

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

AÑO III – N° 2, Marzo / Abril 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, Marzo/Abril 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

Abril/2016

i





Indices

Por Organismo

Novedoso:

- **"DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 69529/2015) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 03/03/2016 [ver texto](#)

El interés superior del niño cuya efectivización resulta primordial, comprende su derecho -y obligación- a la escolarización.

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"YPF S. A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1775/2006) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"DIAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3343/2011) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"MEZA EZEQUIEL RODOLFO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3177/2010) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- **"PALMA CRISTINA ESTHER Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3910/2012) – Acuerdo: 06/16 – Fecha: 15/02/2016 [ver texto](#)
- **"PAEZ SUSANA DELIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1955/2006) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ NIDIA FABIANA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4040/2012) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROSPIDE SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3072/2010) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"ALBANESE ELSA ISABEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3400/2011) – Acuerdo: 14/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROJA ARGENTINO RAMÓN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3590/2012) – Acuerdo: 11/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)



[texto](#)

- "TILLERÍA JUAN DE LA CRUZ C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3589/2012) – Acuerdo: 10/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- "TECNICLIMA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 2839/2009) – Acuerdo: 08/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ACEVEDO ELINA YOLANDA Y OTROS S/ ACCION DE LESIVIDAD" – (Expte.: 2624/2009) – Acuerdo: 15/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- "PEREZ BOURBON HÉCTOR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 2984/2010) – Acuerdo: 108/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)
- "BENITEZ JORGE GABRIEL ALEJANDRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 1488/2005) – Acuerdo: 109/15 – Fecha: 23/12/2015 [ver texto](#)
- "MOSCOSO MARÍA ESTHER C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3619/2012) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "SEGUEL LEONEL CELESTINO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3351/2011) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "FRADES HECTOR DELFIN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 1285/2004) – Acuerdo: 24/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "GARABELLO MARIA ALICIA C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 2618/2008) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "ARIAS RICARDO ANTONIO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN (PJ) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3488/2011) – Acuerdo: 25/16 – Fecha: 30/03/2016 [ver texto](#)
- "CAMPOS HERNAN Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA y SANEAMIENTO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 2977/2010) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "ESTRELLA IVANA VANESA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – (Expte.: 3429/2011) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- "PEREZ HUGO OMAR C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL



ADMINISTRATIVA – (Expte.: 3979/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"SALERNO SERGIO ANTONIO C/ DISTROCUYO S. A. Y OTRO S/ DESPIDO"** – (Expte.: 42/2012) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)
- **"OTERO MIRTA LILIANA Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) Y OTRA S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – (Expte.: 61612/2013) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)

Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia

- **"ELOSEGUI EDUARDO MIGUEL – ROMERO LUIS FELIPE S/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – (Expte.: 50/2015) – Acuerdo: 37/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)
- **"BILBAO JORGE OSCAR S/ ESTAFA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – (Expte.: 129/2015) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/12/2015 [ver texto](#)

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

- **"OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 448967/2011) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2015 [ver texto](#)
- **"BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - (Expte.: 476493/2013) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"DELAMER STELLA MARIS C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 328993/2005) – Sentencia: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 450789/2011) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES MARTA ZULEMA C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 468422/2012) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)



- **"INOSTROZA RUDECINDO C/ MOÑO AZUL S. A. C/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 442078/2011) – Sentencia: 19/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 448230/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION"** - (Expte.: 64205/2014) – Interlocutoria: 394/15 – Fecha: 24/09/2015 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ SOSA MARCOS ANTONIO S/ APREMIO"** - (Expte.: 2991/2012) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TAPIA RICARDO S/ APREMIO"** - (Expte.: 436103/2011) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"J. J. N. C/ S. P. R. N. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 69544/2015) – Interlocutoria: 80/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

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

- **"MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION"** - (Expte.: 368035/2008) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"SAMBUEZA MARIA EUGENIA C/ FERREIRA LUIS ENRIQUE Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 395261/2009) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"BARBE LAURA ANDREA C/ HECHENLEITNER LETICIA PAOLA Y OTROS S/ ESCRITURACION"** - (Expte.: 412178/2010) – Sentencia: 14/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - (Expte.: 427488/2010) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"LEOMAN SRL C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/PRESCRIPCION"** - (Expte.: 451381/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"CURIPE CARLOS ABELARDO C/ LIBERTY ART SA SOBRE ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 428994/2010) – Sentencia: 18/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUÑOZ JESUS ALBERTO C/ CHOCALA APARICIO JACOBO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 419117/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)



- **"BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. SRL Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 457753/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"RUIZ DIAZ RAUL ALEJANDRO C/ SANDOBAL ERNESTO FERNANDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 472651/2012) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 398700/2009) – Sentencia: 28/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ DIANA SOLEDAD C/ MALDONADO MANUEL FRANCISCO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 398228/2009) – Sentencia: 29/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 431193/2010) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"DEHAIS JOSE S/ INCIDENTE E/A147424/95"** - (Expte.: 41582/2004) – Interlocutoria: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ ROSA JUAN PABLO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: INC 43295/15 E/A 442104/11"** - (Expte.: 43389/2015) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"OILFIELD TECHNOLOGY S.A. C/ SEQUEIRA FLAVIA ANDREA S/DESALOJO POR FALTA PAGO"** - (Expte.: 508088/2015) – Interlocutoria: 37/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"Q. M. T. A. Y OTROS C/ Q. B. S/ INCIDENTE"** - (Expte.: 72926/2015) – Interlocutoria: 39/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"H. R. D. C/ T. W. O. I. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 66255/2014) – Interlocutoria: 56/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"ROSA JUAN JOSE S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - (Expte.: 442104/2011) – Interlocutoria: 62/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1727/2016) – Interlocutoria: 63/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GALVAN ANDREA MONICA S/ APREMIO"** - (Expte.: 4170/2013) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"MOLINA FRANCISCO JAVIER C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1735/2015) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)



- **"FINANPRO S.R.L. C/ LAMADRID ADRIAN ESTEBAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 523496/2014) – Interlocutoria: 70/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES CRISTIAN ANDRES C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 433032/2010) – Interlocutoria: 71/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"G. B. L. E. S/ GUARDA PREADOPTIVA"** - (Expte.: 53194/2012) – Interlocutoria: 72/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - (Expte.: 1667/2015) – Interlocutoria: 480/15 – Fecha: 22/10/2015 [ver texto](#)
- **"D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - (Expte.: 60388/2013) – Interlocutoria: 493/15 – Fecha: 27/10/2015 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ ARIANNA SOLEDAD S/ QUEJA POR RESOLUCION REG. N°312/15 Y RESOLUCION REG. N° 290/15 DEL REG. PROPIEDAD INMUEBLE"** - (Expte.: 252/2015) – Interlocutoria: 524/15 – Fecha: 26/11/2015 [ver texto](#)
- **"S. R. B. S/ DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD"** - (Expte.: 816/2015) – Interlocutoria: 574/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"D. P. A. B. C/ F. J. C. S/ INC. DE AUM. DE CUOTA ALIMENTARIA E/A: 34832/2008"** - (Expte.: 636/2014) – Interlocutoria: 525/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A C/ BUSTOS GUSTAVO S/COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 388082/2009) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - (Expte.: 1763/2016) – Interlocutoria: 87/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" y su acumulado "G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA"** - (Expte.: 354796/2007) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ WEYREUTER CARLOS ENRIQUE S/ COBRO EJECUTIVO"** - (Expte.: 538021/2015) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"QUIRINALI ANGEL ADRIAN C/ E.P.A.S. S/ AMPARO POR MORA"** - (Expte.: 509590/2015) – Sentencia: 40/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"CHANETON MILTON DELFIN Y OTROS C/ ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL DE EMPLEADOS DE CASINOS S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 505769/2014) – Sentencia: 41/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"NAHUEL PAN MONICA LILIANA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 506811/2015) – Sentencia: 44/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)



- **"RAIMONDO ELENA C/ C.A.L.F. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 443896/2011) – Sentencia: 45/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 503699/2014) – Sentencia: 46/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 416735/2010) – Sentencia: 47/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO C/ MORENO CARLOS EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** y los acumulados **"VAZQUEZ ESTELA Y OTRO C/ DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 390658/2009) – Sentencia: 48/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"MARCOTE ALFREDO LUIS Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DEL NEUQUEN S/ SUMARISIMO ARTS. 47 Y 52 LEY 23551"** - (Expte.: 503395/2014) – Sentencia: 49/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN C/ IANTOSCA ANDREA SILVINA S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 470991/2012) – Sentencia: 52/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"COLOMBO MARIO EDUARDO C/ ISIDRO PEÑA Y CIA. S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 379635/2008) – Sentencia: 53/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"R. R. J. C/ Q. G. I. S/ INCIDENTE DE REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA E/A 24857/05"** - (Expte.: 710/2014) – Interlocutoria: 110/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)
- **"ARAUJO RODOLFO FABIAN C/ FI-VAS S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 506178/2015) – Interlocutoria: 114/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)
- **"NEGRI PEDRO ALBERTO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - (Expte.: 331957/2005) – Interlocutoria: 119/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)
- **"FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 1714/2016) – Interlocutoria: 124/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)

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



- **"CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ CHAAR JHONY HORACIO KHALIL S/ APREMIO"** - (Expte.: 483518/2012) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"FUNES RICARDO RAUL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S. A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** - (Expte.: 442214/2011) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 475715/2013) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"BEROIZA PABLO ANDRES C/ LA ERA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 388584/2009) – Sentencia: 06-16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"MONTANGIE ALEJANDRA C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESP. EXTRACONT. DE PART"** - (Expte.: 461393/2011) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"AMUSATEGUI JUAN JOSE C/ LUCERO DE ALVAREZ JUANA C. Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 290237/2002) – Sentencia: 15/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SALAS LEIVA PEDRO S/ APREMIO"** - (Expte.: 509838/2014) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"SEGURA ANTONIO ORLANDO C/ FALKEN S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 453058/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"CABRERA LEDA BLANCA C/ DA RODDA GASTON ARMANDO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - (Expte.: 476336/2013) – Sentencia: 20/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ AVAYA ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - (Expte.: 536561/2015) – Sentencia: 22/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"BALDERRAMA MIGUEL JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ AMPARO POR MORA"** - (Expte.: 506530/2015) – Sentencia: 24/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ EL NEGRITO S.R.L. Y OTRO S/ APREMIO"** - (Expte.: 503733/2013) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE SENILLOSA C/ ENSI S.E. S/ APREMIO"** - (Expte.: 460169/2011) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"B. S. C/ S. J. L. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 73087/2015) – Interlocutoria: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"SEVERINI ALDO MARCELO B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ APELACION E/A 'SEVERINI ALDO M. B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y**



- OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRAC. PART. (EXPT. 419719/10)"** - (Expte.: 61311/2010) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - (Expte.: 67894/2014) – Interlocutoria: 05/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
 - **"VAZQUEZ SANDRO RODOLFO Y OTRO C/ DIAZ LUCAS GERMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"** - (Expte.: 472769/2012) – Interlocutoria: 07/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
 - **"MANZOLIDO CARLOS BRUNO C/ BANCO HIPOTECARIO S. A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION"** - (Expte.: 280638/2002) – Interlocutoria: 12/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
 - **"VAZQUEZ LAURA GLADYS C/ EMP.OMNIBUS SARMIENTO S.A. S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 391587/2009) – Interlocutoria: 13/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
 - **"APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - (Expte.: 1676/2015) – Interlocutoria: 16/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
 - **"INCIDENTE DE NULIDAD E/A: BARROS MABEL C/ OLLARCE NESTOR RUBÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 3416/2012) – Interlocutoria: 16/02/2016 [ver texto](#)
 - **"D. M. D. L. M. S/ INCIDENTE DE RECUSACION"** - (Expte.: 1007/2016) – Interlocutoria: 25/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
 - **"GOENAGA MARIA FERNANDA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - (Expte.: 389937/2009) – Interlocutoria: 35/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
 - **"M. M. C/ M. J. E. S/ INC. DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 21832/2011) – Interlocutoria: 50/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
 - **"MERCADO CRISTIAN IVAN C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO"** - (Expte.: 452521/2011) – Sentencia: 91/15 – Fecha: 23/07/2015 [ver texto](#)
 - **"LARA ALBA ROSA S/ INC. ELEVACION A CAMARA"** - (Expte.: 23326/2015) – Interlocutoria: 403/15 – Fecha: 01/10/2015 [ver texto](#)
 - **"D. M. S/ SITUACION LEY 2786"** - (Expte.: 501727/2014) – Interlocutoria: 464/15 – Fecha: 10/11/2015 [ver texto](#)
 - **"A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA"** - (Expte.: 71334/2015) – Interlocutoria: 495/15 – Fecha: 10/12/2015 [ver texto](#)
 - **"I. M. P. C/ F. O. A. S/ ALIMENTO PARA LOS HIJOS"** - (Expte.: 58752/2013) – Interlocutoria: 501/16 – Fecha: 17/12/2015 [ver texto](#)
 - **"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"** - (Expte.: 505395/2014) – Interlocutoria: 507/15 – Fecha: 18/12/2015 [ver texto](#)
 - **"S.E.J.U.N. Y OTROS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 511028/2015) – Interlocutoria: 510/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)



- "J. D. C. E. C/ G. D. F. S/ TENENCIA S/ INC. DE ELEVACION E/A 70594/15" - (Expte.: 920/2015) – Interlocutoria: 512/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- "CORRENTOSO DEL VALLE S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ INDEMNIZACIÓN" - (Expte.: 299666/2003) – Interlocutoria: 76/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- "CEREZAS DEL NEUQUEN SRL C/ E.P.E.N. S/ D. Y P. RES CONTRACTUAL PARTICULARES" - (Expte.: 458523/2011) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- "PIZARRO MARIA ESTHER C/ VIVANCO LUIS Y OTRO S/DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" - (Expte.: 473783/2013) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- "MENDEZ HECTOR OSCAR C/ MOÑO AZUL S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - (Expte.: 442829/2011) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- "CANDIDO ALEXIS SEBASTIAN Y OTRO C/ BRENS S.A. S/ COBRO DE HABERES" - (Expte.: 447221/2011) – Sentencia: 35/16 – Fecha: 29/03/2016 [ver texto](#)
- "ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO C/ DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO" - (Expte.: 428024/2010) – Sentencia: 31/16 – Fecha: 22/03/2016 [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](#)
- "LARA JOHNATAN S/ ROBO CALIFICADO" - (Expte.: MPFNQ 13328/2014) – Sentencia: 05/16 - Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)
- "R. E. J. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - (Expte.: MPFNQ 14063/2014) – Sentencia: 13/16 - Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)
- "P. D. S/ ABUSO SEXUAL" - (Expte.: MPFNQ 14694/2014) - Sentencia S/N – Fecha: 10/02/2016 [ver texto](#)
- "D. N. N. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - (Expte.: MPFNQ 11368/2014) -



Sentencia S/N - Fecha 10/02/2016 [ver texto](#)

- **"P. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFZA 15085/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"GUZMÁN ALDO S/ HOMICIDIO"** - (Expte.: MPFNQ 10500/2014) – Sentencia: 7/16 - Fecha: 19/02/2016 [ver texto](#)
- **"G. H. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFNQ 20487/2014) – Sentencia: 03/16 - Fecha: 12/02/2016 [ver texto](#)
- **"COMISARIA QUINTA S/ INVESTIGACION HOMICIDIO (VICTIMA PADILLA)"** - (Expte.: MPFNQ 10501/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 8/3/2016 [ver texto](#)
- **"MENDEZ HÉCTOR DAVID S/ HOMICIDIO"** - (Expte.: MPFNQ 10637/14) – Sentencia: 6/16 - Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/ USURPACION"** - (Expte.: MPFCU 10358/2014) – Sentencia: 19/16 - Fecha: 09/03/2016 [ver texto](#)
- **"J. S. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - (Expte.: MPFNQ 40674/15) - Sentencia S/N - Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"ASENSIO VILLALON MAURICIO ORLANDO S/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS"** - (Expte.: MPFNQ 18510/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/03/2016 [ver texto](#)
- **"DUBLE MAURICIO NICOLAS - SOTO PABLO ALBERTO S/ ROBO AGRAVADO"** - (Expte.: MPFNQ 33783/2014) – Sentencia: 17/16 - Fecha: 07/03/2016 [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

- **"TAIBI JUAN MANUEL C/ MONTES HUGO ALBERTO Y OTRO S/ DESPIDO"** - (Expte.: 2397/2010) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 30/06/2015 [ver texto](#)
- **"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - (Expte.: 3836/2012) – Acuerdo: 82/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)
- **"MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S. A. S/ ACCION CONFESORIA"** - (Expte.: 26568/2010) – Acuerdo: 84/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)
- **"D. L. C. C/ C. M. H. S/ TENENCIA"** - (Expte.: 4967/2013) – Interlocutoria: 123/15 – Fecha: 11/12/2015 [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



- **“SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS”** - (Expte.: 26781/2010) – Acuerdo: 15/15 – Fecha: 01/04/2015 [ver texto](#)
- **“LUNA ALBERTO JAVIER OMAR C/ GONZALEZ HEINRICH VALENTIN LEANDRO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”** - (Expte.: 2691/2011) – Acuerdo: 23/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)
- **“RIPALTA CELIA ALICIA C/ MARTIN SILVANA ALEJANDRA S/ COBRO SUMARIO DE PESOS”** - (Expte.: 26183/2010) – Acuerdo: 24/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)
- **“PARRA MIGUEL ANGEL C/ BERGUES MIGUEL ROBERTO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES”** - (Expte.: 0645/2012) – Acuerdo: 72/15 – Fecha: 13/11/2015 [ver texto](#)
- **“B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES”** – (Expte.: 40815/2014) – Interlocutoria: 75/15 – Fecha: 02/09/2015 [ver texto](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)



Por Tema

Accidente de trabajo

- **"DELAMER STELLA MARIS C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 328993/2005) – Sentencia: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"CURIPE CARLOS ABELARDO C/ LIBERTY ART SA SOBRE ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 428994/2010) – Sentencia: 18/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"FUNES RICARDO RAUL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S. A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442214/2011) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"MERCADO CRISTIAN IVAN C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 452521/2011) – Sentencia: 91/15 – Fecha: 23/07/2015 [ver texto](#)
- **"ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 416735/2010) – Sentencia: 47/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)

Accidente de tránsito

- **"OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO 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.: 448967/2011) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2015 [ver texto](#)
- **"COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO 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.: 450789/2011) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE 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.: 448230/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)

- **"SAMBUEZA MARIA EUGENIA C/ FERREIRA LUIS ENRIQUE Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 395261/2009) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUÑOZ JESUS ALBERTO C/ CHOCALA APARICIO JACOBO 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 II – (Expte.: 419117/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ DIANA SOLEDAD C/ MALDONADO MANUEL FRANCISCO 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.: 398228/2009) – Sentencia: 29/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"LUNA ALBERTO JAVIER OMAR C/ GONZALEZ HEINRICH VALENTIN LEANDRO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - 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.: 2691/2011) – Acuerdo: 23/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)

Acción de amparo

- **"OTERO MIRTA LILIANA Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) Y OTRA S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 61612/2013) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)
- **"DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 69529/2015) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 03/03/2016 [ver texto](#)
- **"BALDERRAMA MIGUEL JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506530/2015) – Sentencia: 24/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"S.E.J.U.N. Y OTROS 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.: 511028/2015) – Interlocutoria: 510/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"CHANETON MILTON DELFIN Y OTROS C/ ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL DE EMPLEADOS DE CASINOS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en



lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 505769/2014) – Sentencia: 41/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

- **"BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503699/2014) – Sentencia: 46/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)

Actos procesales

- **"INCIDENTE DE NULIDAD E/A: BARROS MABEL C/ OLLARCE NESTOR RUBÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3416/2012) – Interlocutoria: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"I. M. P. C/ F. O. A. S/ ALIMENTO PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 58752/2013) – Interlocutoria: 501/16 – Fecha: 17/12/2015 [ver texto](#)
- **"B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - 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.: 40815/2014) – Interlocutoria: 75/15 – Fecha: 02/09/2015 [ver texto](#)

Adopción

- **"Q. M. T. A. Y OTROS C/ Q. B. S/ INCIDENTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 72926/2015) – Interlocutoria: 39/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"G. B. L. E. S/ GUARDA PREADOPTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53194/2012) – Interlocutoria: 72/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)

Alimentos

- **"H. R. D. C/ T. W. O. I. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 66255/2014) – Interlocutoria: 56/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)



- **"D. P. A. B. C/ F. J. C. S/ INC. DE AUM. DE CUOTA ALIMENTARIA E/A: 34832/2008"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 636/2014) – Interlocutoria: 525/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"M. M. C/ M. J. E. S/ INC. DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 21832/2011) – Interlocutoria: 50/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"R. R. J. C/ Q. G. I. S/ INCIDENTE DE REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA E/A 24857/05"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 710/2014) – Interlocutoria: 110/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)

Amparo por mora

- **"QUIRINALI ANGEL ADRIAN C/ E.P.A.S. S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 509590/2015) – Sentencia: 40/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

Audiencia de impugnación

- **"P. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14694/2014) - Sentencia S/N – Fecha: 10/02/2016 [ver texto](#)

Contratos

- **"MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 368035/2008) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 398700/2009) – Sentencia: 28/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)



- **"SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 475715/2013) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"RIPALTA CELIA ALICIA C/ MARTIN SILVANA ALEJANDRA S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - 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.: 26183/2010) – Acuerdo: 24/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)

Contratos administrativos

- **"PEREZ BOURBON HÉCTOR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2984/2010) – Acuerdo: 108/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)

Contrato de trabajo

- **"SALERNO SERGIO ANTONIO C/ DISTROCUYO S. A. Y OTRO S/ DESPIDO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 42/2012) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES MARTA ZULEMA C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 468422/2012) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"INOSTROZA RUDECINDO C/ MOÑO AZUL S. A. C/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 442078/2011) – Sentencia: 19/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. SRL Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 457753/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"BEROIZA PABLO ANDRES C/ LA ERA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 388584/2009) – Sentencia: 06-16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)



- **"SEGURA ANTONIO ORLANDO C/ FALKEN S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 453058/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO 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.: 26781/2010) – Acuerdo: 15/15 – Fecha: 01/04/2015 [ver texto](#)
- **"TAIBI JUAN MANUEL C/ MONTES HUGO ALBERTO Y OTRO S/ DESPIDO"** - 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.: 2397/2010) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 30/06/2015 [ver texto](#)
- **"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO 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 I – (Expte.: 3836/2012) – Acuerdo: 82/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)
- **"MENDEZ HECTOR OSCAR C/ MOÑO AZUL S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442829/2011) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"CANDIDO ALEXIS SEBASTIAN Y OTRO C/ BRENS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 447221/2011) – Sentencia: 35/16 – Fecha: 29/03/2016 [ver texto](#)
- **"COLOMBO MARIO EDUARDO C/ ISIDRO PEÑA Y CIA. S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 379635/2008) – Sentencia: 53/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1714/2016) – Interlocutoria: 124/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)

Daños y perjuicios



- **"MEZA EZEQUIEL RODOLFO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3177/2010) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- **"PAEZ SUSANA DELIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1955/2006) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROSPIDE SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3072/2010) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"BENITEZ JORGE GABRIEL ALEJANDRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1488/2005) – Acuerdo: 109/15 – Fecha: 23/12/2015 [ver texto](#)
- **"RUIZ DIAZ RAUL ALEJANDRO C/ SANDOBAL ERNESTO FERNANDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 472651/2012) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 431193/2010) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"PARRA MIGUEL ANGEL C/ BERGUES MIGUEL ROBERTO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES"** - 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.: 0645/2012) – Acuerdo: 72/15 – Fecha: 13/11/2015 [ver texto](#)
- **"G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" y su acumulado "G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 354796/2007) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"RAIMONDO ELENA C/ C.A.L.F. Y OTRO 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.: 443896/2011) – Sentencia: 45/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO C/ MORENO CARLOS EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y los acumulados "VAZQUEZ ESTELA Y OTRO C/ DE**



- LAURENTIS NICOLAS ROBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 390658/2009) – Sentencia: 48/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN C/ IANTOSCA ANDREA SILVINA 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.: 470991/2012) – Sentencia: 52/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
 - **"FRADES HECTOR DELFIN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1285/2004) – Acuerdo: 24/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
 - **"CEREZAS DEL NEUQUEN SRL C/ E.P.E.N. S/ D. Y P. RES CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 458523/2011) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
 - **"ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO C/ DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 428024/2010) – Sentencia: 31/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)

Decisiones impugnables

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

Declaración de rebeldía

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

Derecho colectivo de trabajo

- **"MARCOTE ALFREDO LUIS Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DEL NEUQUEN S/ SUMARISIMO ARTS. 47 Y 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503395/2014) – Sentencia: 49/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)

Derechos reales



- **"MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S. A. S/ ACCION CONFESORIA"** - 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.: 26568/2010) – Acuerdo: 84/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)

Dominio del estado

- **"PALMA CRISTINA ESTHER Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3910/2012) – Acuerdo: 06/16 – Fecha: 15/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROJA ARGENTINO RAMÓN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3590/2012) – Acuerdo: 11/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"TILLERÍA JUAN DE LA CRUZ C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3589/2012) – Acuerdo: 10/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)

Empleo público

- **"DIAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3343/2011) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"ALBANESE ELSA ISABEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3400/2011) – Acuerdo: 14/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ACEVEDO ELINA YOLANDA Y OTROS S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2624/2009) – Acuerdo: 15/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- **"SEGUEL LEONEL CELESTINO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3351/2011) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"ARIAS RICARDO ANTONIO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN (PJ) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3488/2011) – Acuerdo: 25/16 – Fecha: 30/03/2016 [ver texto](#)
- **"CAMPOS HERNAN Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA y SANEAMIENTO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala



Procesal Administrativa – (Expte.: 2977/2010) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)

- **"ESTRELLA IVANA VANESA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3429/2011) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"PEREZ HUGO OMAR C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3979/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)

Etapas del proceso

- **"YPF S. A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1775/2006) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"TECNICLIMA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2839/2009) – Acuerdo: 08/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ ARIANNA SOLEDAD S/ QUEJA POR RESOLUCION REG. N°312/15 Y RESOLUCION REG. N° 290/15 DEL REG. PROPIEDAD INMUEBLE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252/2015) – Interlocutoria: 524/15 – Fecha: 26/11/2015 [ver texto](#)
- **"D. M. S/ SITUACION LEY 2786"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501727/2014) – Interlocutoria: 464/15 – Fecha: 10/11/2015 [ver texto](#)
- **"ARAUJO RODOLFO FABIAN C/ FI-VAS S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506178/2015) – Interlocutoria: 114/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)

Excusación. Recusación

- **"D. M. D. L. M. S/ INCIDENTE DE RECUSACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1007/2016) – Interlocutoria: 25/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)

Filiación



- **"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64205/2014) – Interlocutoria: 394/15 – Fecha: 24/09/2015 [ver texto](#)
- **"D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 60388/2013) – Interlocutoria: 493/15 – Fecha: 27/10/2015 [ver texto](#)

Gastos del proceso

- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ ROSA JUAN PABLO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: INC 43295/15 E/A 442104/11"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43389/2015) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES CRISTIAN ANDRES C/ GALENO 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.: 433032/2010) – Interlocutoria: 71/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"AMUSATEGUI JUAN JOSE C/ LUCERO DE ALVAREZ JUANA C. Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 290237/2002) – Sentencia: 15/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"VAZQUEZ LAURA GLADYS C/ EMP.OMNIBUS SARMIENTO S.A. 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.: 391587/2009) – Interlocutoria: 13/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"J. J. N. C/ S. P. R. N. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 69544/2015) – Interlocutoria: 80/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"NAHUELPAN MONICA LILIANA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería- I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506811/2015) – Sentencia: 44/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"CORRENTOSO DEL VALLE S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ INDEMNIZACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I



Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 299666/2003) – Interlocutoria: 76/16 –
Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)

Homicidio culposo

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

Impugnación

- **"J. S. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 40674/15) -
Sentencia S/N - Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)

Jubilaciones y pensiones

- **"MARTINEZ NIDIA FABIANA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/
ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala
Procesal Administrativa – (Expte.: 4040/2012) – Acuerdo: 04/16 – Fecha:
04/02/2016 [ver texto](#)
- **"MOSCOSO MARÍA ESTHER C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/
ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala
Procesal Administrativa – (Expte.: 3619/2012) – Acuerdo: 18/16 – Fecha:
21/03/2016 [ver texto](#)

Jurisdicción y competencia

- **"FINANPRO S.R.L. C/ LAMADRID ADRIAN ESTEBAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara
de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción
Judicial – Sala II – (Expte.: 523496/2014) – Interlocutoria: 70/16 – Fecha: 22/03/2016
[ver texto](#)
- **"D. L. C. C/ C. M. H. S/ TENENCIA"** - 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.: 4967/2013) – Interlocutoria:
123/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)

Medidas autosatisfactivas



- **"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505395/2014) – Interlocutoria: 507/15 – Fecha: 18/12/2015 [ver texto](#)

Medidas cautelares

- **"SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte: 1727/2016) – Interlocutoria: 63/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"MOLINA FRANCISCO JAVIER C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1735/2015) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1667/2015) – Interlocutoria: 480/15 – Fecha: 22/10/2015 [ver texto](#)
- **"B. S. C/ S. J. L. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 73087/2015) – Interlocutoria: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"SEVERINI ALDO MARCELO B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ APELACION E/A 'SEVERINI ALDO M. B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRAC. PART. (EXPTE. 419719/10)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 61311/2010) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 67894/2014) – Interlocutoria: 05/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1676/2015) – Interlocutoria: 16/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)



- **"LARA ALBA ROSA S/ INC. ELEVACION A CAMARA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23326/2015) – Interlocutoria: 403/15 – Fecha: 01/10/2015 [ver texto](#)
- **"A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 71334/2015) – Interlocutoria: 495/15 – Fecha: 10/12/2015 [ver texto](#)
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1763/2016) – Interlocutoria: 87/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

Modos anormales de terminación del proceso

- **"GOENAGA MARIA FERNANDA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 389937/2009) – Interlocutoria: 35/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)

Oralidad del debate

- **"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](#)

Partes del proceso

- **"OILFIELD TECHNOLOGY S.A. C/ SEQUEIRA FLAVIA ANDREA S/DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 508088/2015) – Interlocutoria: 37/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"S. R. B. S/ DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 816/2015) – Interlocutoria: 574/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)

Participación criminal

- **"DUBLE MAURICIO NICOLAS - SOTO PABLO ALBERTO S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 33783/2014) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 07/03/2016 [ver texto](#)



Plazo razonable

- **"LARA JOHNATAN S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 13328/2014) – Sentencia: 05/16 - Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)

Prisión domiciliaria

- **"COMISARIA QUINTA S/ INVESTIGACION HOMICIDIO (VICTIMA PADILLA)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10501/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 8/3/2016 [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](#)

Procedimientos de impugnación

- **"GUZMÁN ALDO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10500/2014) – Sentencia: 7/16 - Fecha: 19/02/2016 [ver texto](#)

Procesos especiales

- **"BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476493/2013) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 427488/2010) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"LEOMAN SRL C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/PRESCRIPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 451381/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)



- **"CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ CHAAR JHONY HORACIO KHALIL S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 483518/2012) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SALAS LEIVA PEDRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 509838/2014) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"CABRERA LEDA BLANCA C/ DA RODDA GASTON ARMANDO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 476336/2013) – Sentencia: 20/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ AVAYA ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 536561/2015) – Sentencia: 22/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ EL NEGRITO S.R.L. Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503733/2013) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"PIZARRO MARIA ESTHER C/ VIVANCO LUIS Y OTRO S/DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 473783/2013) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)

Procesos de ejecución

- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GALVAN ANDREA MONICA S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4170/2013) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE SENILLOSA C/ ENSI S.E. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 460169/2011) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)



- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ SOSA MARCOS ANTONIO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2991/2012) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TAPIA RICARDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 436103/2011) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A C/ BUSTOS GUSTAVO S/COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 388082/2009) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ WEYREUTER CARLOS ENRIQUE S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 538021/2015) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

Recursos

- **"ELOSEGUI EDUARDO MIGUEL – ROMERO LUIS FELIPE S/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 50/2015) – Acuerdo: 37/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)
- **"BILBAO JORGE OSCAR S/ ESTAFA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 129/2015) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/12/2015 [ver texto](#)

Resoluciones inapelables

- **"P. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 15085/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)

Responsabilidad civil

- **"MONTANGIE ALEJANDRA C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESP. EXTRACONT. DE PART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 461393/2011) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)



Responsabilidad del estado

- **"GARABELLO MARIA ALICIA C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2618/2008) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)

Seguro

- **"VAZQUEZ SANDRO RODOLFO Y OTRO C/ DIAZ LUCAS GERMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 472769/2012) – Interlocutoria: 07/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)

Sentencia

- **"MENDEZ HÉCTOR DAVID S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10637/14) – Sentencia: 6/16 - Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)

Sentencia arbitraria

- **"G. H. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20487/2014) – Sentencia: 03/16 - Fecha: 12/02/2016 [ver texto](#)

Sentencia condenatoria

- **"R. E. J. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14063/2014) – Sentencia: 13/16 - Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)

Sobreseimiento

- **"D. N. N. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11368/2014) - Sentencia S/N - Fecha 10/02/2016 [ver texto](#)
- **"ASENSIO VILLALON MAURICIO ORLANDO S/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 18510/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/03/2016 [ver texto](#)



Subasta judicial

- **"DEHAIS JOSE S/ INCIDENTE E/A147424/95"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 41582/2004) – Interlocutoria: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)

Sucesiones

- **"BARBE LAURA ANDREA C/ HECHENLEITNER LETICIA PAOLA Y OTROS S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 412178/2010) – Sentencia: 14/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROSA JUAN JOSE S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 442104/2011) – Interlocutoria: 62/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"MANZOLIDO CARLOS BRUNO C/ BANCO HIPOTECARIO S. A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280638/2002) – Interlocutoria: 12/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)

Tenencia

- **"J. D. C. E. C/ G. D. F. S/ TENENCIA S/ INC. DE ELEVACION E/A 70594/15"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 920/2015) – Interlocutoria: 512/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)

Terminación del proceso

- **"NEGRI PEDRO ALBERTO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 331957/2005) – Interlocutoria: 119/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)

Usurpación



"COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/ USURPACION" - Tribunal de Impugnación -
(Expte.: MPFCU 10358/2014) – Sentencia: 19/16 - Fecha: 09/03/2016 [ver texto](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



Por Carátula

- **"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64205/2014) – Interlocutoria: 394/15 – Fecha: 24/09/2015 [ver texto](#)
- **"A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 71334/2015) – Interlocutoria: 495/15 – Fecha: 10/12/2015 [ver texto](#)
- **"ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 416735/2010) – Sentencia: 47/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"ALBANESE ELSA ISABEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3400/2011) – Acuerdo: 14/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO 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 I – (Expte.: 3836/2012) – Acuerdo: 82/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)
- **"AMUSATEGUI JUAN JOSE C/ LUCERO DE ALVAREZ JUANA C. Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 290237/2002) – Sentencia: 15/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1676/2015) – Interlocutoria: 16/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"ARAUJO RODOLFO FABIAN C/ FI-VAS S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506178/2015) – Interlocutoria: 114/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)
- **"ARIAS RICARDO ANTONIO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN (PJ) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3488/2011) – Acuerdo: 25/16 – Fecha: 30/03/2016 [ver texto](#)
- **"ASENSIO VILLALON MAURICIO ORLANDO S/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 18510/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/03/2016 [ver texto](#)
- **"B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 67894/2014) – Interlocutoria: 05/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - 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.: 40815/2014) – Interlocutoria: 75/15 – Fecha: 02/09/2015 [ver texto](#)



- **"B. S. C/ S. J. L. S/ MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 73087/2015) – Interlocutoria: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476493/2013) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"BALDERRAMA MIGUEL JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506530/2015) – Sentencia: 24/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ BUSTOS GUSTAVO S/COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 388082/2009) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"BANCO PATAGONIA S.A. C/ WEYREUTER CARLOS ENRIQUE S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 538021/2015) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"BARBE LAURA ANDREA C/ HECHENLEITNER LETICIA PAOLA Y OTROS S/ ESCRITURACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 412178/2010) – Sentencia: 14/16 – Fecha: 25/02/2016 [ver texto](#)
- **"BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503699/2014) – Sentencia: 46/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"BENITEZ JORGE GABRIEL ALEJANDRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1488/2005) – Acuerdo: 109/15 – Fecha: 23/12/2015 [ver texto](#)
- **"BEROIZA PABLO ANDRES C/ LA ERA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 388584/2009) – Sentencia: 06-16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"BILBAO JORGE OSCAR S/ ESTAFA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 129/2015) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/12/2015 [ver texto](#)
- **"BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. SRL Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 457753/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"CABRERA LEDA BLANCA C/ DA RODDA GASTON ARMANDO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 476336/2013) – Sentencia: 20/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ CHAAR JHONY HORACIO KHALIL S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo



Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 483518/2012) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)

- **"CAMPOS HERNAN Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA y SANEAMIENTO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2977/2010) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"CANDIDO ALEXIS SEBASTIAN Y OTRO C/ BRENS S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 447221/2011) – Sentencia: 35/16 – Fecha: 29/03/2016 [ver texto](#)
- **"CEREZAS DEL NEUQUEN SRL C/ E.P.E.N. S/ D. Y P. RES CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 458523/2011) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"CHANETON MILTON DELFIN Y OTROS C/ ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL DE EMPLEADOS DE CASINOS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 505769/2014) – Sentencia: 41/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/ USURPACION"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 10358/2014) – Sentencia: 19/16 – Fecha: 09/03/2016 [ver texto](#)
- **"COLOMBO MARIO EDUARDO C/ ISIDRO PEÑA Y CIA. S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 379635/2008) – Sentencia: 53/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"COMISARIA QUINTA S/ INVESTIGACION HOMICIDIO (VICTIMA PADILLA)"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10501/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 8/3/2016 [ver texto](#)
- **"CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN C/ IANTOSCA ANDREA SILVINA 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.: 470991/2012) – Sentencia: 52/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO 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.: 450789/2011) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"CORRENTOSO DEL VALLE S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ INDEMNIZACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 299666/2003) – Interlocutoria: 76/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"CURIPE CARLOS ABELARDO C/ LIBERTY ART SA SOBRE ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 428994/2010) – Sentencia: 18/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 60388/2013) – Interlocutoria: 493/15 – Fecha: 27/10/2015 [ver texto](#)



- **"D. L. C. C/ C. M. H. S/ TENENCIA"** - 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.: 4967/2013) – Interlocutoria: 123/15 – Fecha: 11/12/2015 [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](#)
- **"D. M. D. L. M. S/ INCIDENTE DE RECUSACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1007/2016) – Interlocutoria: 25/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"D. M. S/ SITUACION LEY 2786"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501727/2014) – Interlocutoria: 464/15 – Fecha: 10/11/2015 [ver texto](#)
- **"D. N. N. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11368/2014) - Sentencia S/N - Fecha 10/02/2016 [ver texto](#)
- **"D. P. A. B. C/ F. J. C. S/ INC. DE AUM. DE CUOTA ALIMENTARIA E/A: 34832/2008"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 636/2014) – Interlocutoria: 525/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO C/ MORENO CARLOS EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** y los acumulados **"VAZQUEZ ESTELA Y OTRO C/ DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 390658/2009) – Sentencia: 48/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 69529/2015) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 03/03/2016 [ver texto](#)
- **"DEHAIS JOSE S/ INCIDENTE E/A147424/95"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 41582/2004) – Interlocutoria: 01/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"DELAMER STELLA MARIS C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 328993/2005) – Sentencia: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 431193/2010) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"DIAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3343/2011) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"DUBLE MAURICIO NICOLAS - SOTO PABLO ALBERTO S/ ROBO AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 33783/2014) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 07/03/2016 [ver texto](#)
- **"ELOSEGUI EDUARDO MIGUEL – ROMERO LUIS FELIPE S/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTE 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 50/2015) – Acuerdo: 37/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1763/2016) – Interlocutoria: 87/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)

- **"ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO C/ DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 428024/2010) – Sentencia: 31/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"ESTRELLA IVANA VANESA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3429/2011) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"FABANI JAVIELA LILIANA C/ ROSA JUAN PABLO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: INC 43295/15 E/A 442104/11"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43389/2015) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1714/2016) – Interlocutoria: 124/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)
- **"FINANPRO S.R.L. C/ LAMADRID ADRIAN ESTEBAN S/ COBRO EJECUTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 523496/2014) – Interlocutoria: 70/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"FRADES HECTOR DELFIN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1285/2004) – Acuerdo: 24/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"FUNES RICARDO RAUL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S. A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442214/2011) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"G. B. L. E. S/ GUARDA PREADOPTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53194/2012) – Interlocutoria: 72/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"G. H. E. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20487/2014) – Sentencia: 03/16 - Fecha: 12/02/2016 [ver texto](#)
- **"G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES"** y su acumulado **"G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 354796/2007) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"GARABELLO MARIA ALICIA C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2618/2008) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"GOENAGA MARIA FERNANDA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 389937/2009) – Interlocutoria: 35/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"GONZALEZ ARIANNA SOLEDAD S/ QUEJA POR RESOLUCION REG. N°312/15 Y RESOLUCION REG. N° 290/15 DEL REG. PROPIEDAD INMUEBLE"** - Cámara de



Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252/2015) – Interlocutoria: 524/15 – Fecha: 26/11/2015 [ver texto](#)

- **"GUZMÁN ALDO S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10500/2014) – Sentencia: 7/16 - Fecha: 19/02/2016 [ver texto](#)
- **"H. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZap 15643/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 03/02/2016 [ver texto](#)
- **"H. R. D. C/ T. W. O. I. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 66255/2014) – Interlocutoria: 56/16 – Fecha: 15/03/2016 [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](#)
- **"I. M. P. C/ F. O. A. S/ ALIMENTO PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 58752/2013) – Interlocutoria: 501/16 – Fecha: 17/12/2015 [ver texto](#)
- **"INCIDENTE DE NULIDAD E/A: BARROS MABEL C/ OLLARCE NESTOR RUBÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3416/2012) – Interlocutoria: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"INOSTROZA RUDECINDO C/ MOÑO AZUL S. A. C/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 442078/2011) – Sentencia: 19/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"J. D. C. E. C/ G. D. F. S/ TENENCIA S/ INC. DE ELEVACION E/A 70594/15"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 920/2015) – Interlocutoria: 512/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)
- **"J. J. N. C/ S. P. R. N. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 69544/2015) – Interlocutoria: 80/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"J. S. F. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 40674/15) - Sentencia S/N - Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"LARA ALBA ROSA S/ INC. ELEVACION A CAMARA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23326/2015) – Interlocutoria: 403/15 – Fecha: 01/10/2015 [ver texto](#)
- **"LARA JOHNATAN S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 13328/2014) – Sentencia: 05/16 - Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)
- **"LEOMAN SRL C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/PRESCRIPCION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 451381/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"LUNA ALBERTO JAVIER OMAR C/ GONZALEZ HEINRICH VALENTIN LEANDRO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - 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.: 2691/2011) – Acuerdo: 23/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)



- **"M. M. C/ M. J. E. S/ INC. DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 21832/2011) – Interlocutoria: 50/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S. A. S/ ACCION CONFESORIA"** - 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.: 26568/2010) – Acuerdo: 84/15 – Fecha: 11/12/2015 [ver texto](#)
- **"MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 368035/2008) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"MANZOLIDO CARLOS BRUNO C/ BANCO HIPOTECARIO S. A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280638/2002) – Interlocutoria: 12/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"MARCOTE ALFREDO LUIS Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DEL NEUQUEN S/ SUMARISIMO ARTS. 47 Y 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503395/2014) – Sentencia: 49/16 – Fecha: 19/04/2016 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ DIANA SOLEDAD C/ MALDONADO MANUEL FRANCISCO 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.: 398228/2009) – Sentencia: 29/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"MARTINEZ NIDIA FABIANA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4040/2012) – Acuerdo: 04/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"MENDEZ HÉCTOR DAVID S/ HOMICIDIO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10637/14) – Sentencia: 6/16 - Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"MENDEZ HECTOR OSCAR C/ MOÑO AZUL S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442829/2011) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"MERCADO CRISTIAN IVAN C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 452521/2011) – Sentencia: 91/15 – Fecha: 23/07/2015 [ver texto](#)
- **"MEZA EZEQUIEL RODOLFO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3177/2010) – Acuerdo: 16/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- **"MOLINA FRANCISCO JAVIER C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1735/2015) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"MONTANGIE ALEJANDRA C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESP. EXTRACONT. DE PART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial,



Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 461393/2011) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)

- **"MOSCOSO MARÍA ESTHER C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3619/2012) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ EL NEGRITO S.R.L. Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503733/2013) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SALAS LEIVA PEDRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 509838/2014) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"MUNICIPALIDAD DE SENILLOSA C/ ENSI S.E. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 460169/2011) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"MUÑOZ JESUS ALBERTO C/ CHOCALA APARICIO JACOBO 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 II – (Expte.: 419117/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"NAHUEL PAN MONICA LILIANA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506811/2015) – Sentencia: 44/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"NEGRI PEDRO ALBERTO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 331957/2005) – Interlocutoria: 119/16 – Fecha: 26/04/2016 [ver texto](#)
- **"OILFIELD TECHNOLOGY S.A. C/ SEQUEIRA FLAVIA ANDREA S/DESALOJO POR FALTA PAGO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 508088/2015) – Interlocutoria: 37/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO 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.: 448967/2011) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2015 [ver texto](#)
- **"OTERO MIRTA LILIANA Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) Y OTRA S/ ACCIÓN DE AMPARO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 61612/2013) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)
- **"P. D. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14694/2014) - Sentencia S/N – Fecha: 10/02/2016 [ver texto](#)
- **"P. J. A. S/ ABUSO SEXUAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 15085/2015) - Sentencia S/N - Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"PAEZ SUSANA DELIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal



Administrativa – (Expte.: 1955/2006) – Acuerdo: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)

- **"PALMA CRISTINA ESTHER Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3910/2012) – Acuerdo: 06/16 – Fecha: 15/02/2016 [ver texto](#)
- **"PARRA MIGUEL ANGEL C/ BERGUES MIGUEL ROBERTO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES"** - 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.: 0645/2012) – Acuerdo: 72/15 – Fecha: 13/11/2015 [ver texto](#)
- **"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUIEF LUIS DANIEL S/ INCIDENTE DE APELACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II – (Expte.: 1667/2015) – Interlocutoria: 480/15 – Fecha: 22/10/2015 [ver texto](#)
- **"PEREZ BOURBON HÉCTOR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2984/2010) – Acuerdo: 108/15 – Fecha: 22/12/2015 [ver texto](#)
- **"PEREZ HUGO OMAR C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3979/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"PIZARRO MARIA ESTHER C/ VIVANCO LUIS Y OTRO S/DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 473783/2013) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 31/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ AVAYA ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 536561/2015) – Sentencia: 22/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ACEVEDO ELINA YOLANDA Y OTROS S/ ACCION DE LESIVIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2624/2009) – Acuerdo: 15/16 – Fecha: 04/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GALVAN ANDREA MONICA S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4170/2013) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 17/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ SOSA MARCOS ANTONIO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2991/2012) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TAPIA RICARDO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 436103/2011) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"Q. M. T. A. Y OTROS C/ Q. B. S/ INCIDENTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 72926/2015) – Interlocutoria: 39/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)



- **"QUIRINALI ANGEL ADRIAN C/ E.P.A.S. S/ AMPARO POR MORA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 509590/2015) – Sentencia: 40/16 – Fecha: 05/04/2016 [ver texto](#)
- **"R. E. J. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14063/2014) – Sentencia: 13/16 - Fecha: 26/02/2016 [ver texto](#)
- **"R. R. J. C/ Q. G. I. S/ INCIDENTE DE REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA E/A 24857/05"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 710/2014) – Interlocutoria: 110/16 – Fecha: 21/04/2016 [ver texto](#)
- **"RAIMONDO ELENA C/ C.A.I.F. Y OTRO 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.: 443896/2011) – Sentencia: 45/16 – Fecha: 12/04/2016 [ver texto](#)
- **"RIPALTA CELIA ALICIA C/ MARTIN SILVANA ALEJANDRA S/ COBRO SUMARIO DE PESOS"** - 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.: 26183/2010) – Acuerdo: 24/15 – Fecha: 08/05/2015 [ver texto](#)
- **"RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 427488/2010) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 01/03/2016 [ver texto](#)
- **"ROJA ARGENTINO RAMÓN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3590/2012) – Acuerdo: 11/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROSA JUAN JOSE S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 442104/2011) – Interlocutoria: 62/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"ROSPIDE SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3072/2010) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 398700/2009) – Sentencia: 28/16 – Fecha: 15/03/2016 [ver texto](#)
- **"RUIZ DIAZ RAUL ALEJANDRO C/ SANDOBAL ERNESTO FERNANDO 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 II – (Expte.: 472651/2012) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016 [ver texto](#)
- **"S. R. B. S/ DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 816/2015) – Interlocutoria: 574/15 – 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](#)
- **"S.E.J.U.N. Y OTROS 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.: 511028/2015) – Interlocutoria: 510/15 – Fecha: 29/12/2015 [ver texto](#)



- **"SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE 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.: 448230/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 18/02/2016 [ver texto](#)
- **"SALERNO SERGIO ANTONIO C/ DISTROCUYO S. A. Y OTRO S/ DESPIDO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 42/2012) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 17/02/2016 [ver texto](#)
- **"SAMBUEZA MARIA EUGENIA C/ FERREIRA LUIS ENRIQUE 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 II – (Expte.: 395261/2009) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO 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.: 26781/2010) – Acuerdo: 15/15 – Fecha: 01/04/2015 [ver texto](#)
- **"SEGUEL LEONEL CELESTINO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3351/2011) – Acuerdo: 21/16 – Fecha: 21/03/2016 [ver texto](#)
- **"SEGURA ANTONIO ORLANDO C/ FALKEN S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 453058/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 16/02/2016 [ver texto](#)
- **"SEVERINI ALDO MARCELO B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ APELACION E/A 'SEVERINI ALDO M. B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRAC. PART. (EXPTE. 419719/10)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 61311/2010) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)
- **"SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1727/2016) – Interlocutoria: 63/16 – Fecha: 15/03/2016 [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](#)
- **"SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 475715/2013) – Sentencia: 05/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"TAIBI JUAN MANUEL C/ MONTES HUGO ALBERTO Y OTRO S/ DESPIDO"** - 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.: 2397/2010) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 30/06/2015 [ver texto](#)
- **"TECNICLIMA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2839/2009) – Acuerdo: 08/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)



- **"TILLERÍA JUAN DE LA CRUZ C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3589/2012) – Acuerdo: 10/16 – Fecha: 29/02/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES CRISTIAN ANDRES C/ GALENO 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.: 433032/2010) – Interlocutoria: 71/16 – Fecha: 22/03/2016 [ver texto](#)
- **"TORRES MARTA ZULEMA C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 468422/2012) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505395/2014) – Interlocutoria: 507/15 – Fecha: 18/12/2015 [ver texto](#)
- **"VAZQUEZ LAURA GLADYS C/ EMP.OMNIBUS SARMIENTO S.A. 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.: 391587/2009) – Interlocutoria: 13/16 – Fecha: 11/02/2016 [ver texto](#)
- **"VAZQUEZ SANDRO RODOLFO Y OTRO C/ DIAZ LUCAS GERMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 472769/2012) – Interlocutoria: 07/16 – Fecha: 04/02/2016 [ver texto](#)
- **"YPF S. A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1775/2006) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 02/02/2016 [ver texto](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)



"YPF S. A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1775/2006) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. INGRESOS BRUTOS. ACTO ADMINISTRATIVO. PRESCRIPCIÓN. PLAZO QUINQUENAL. COMPUTO.

Cabe declarar prescripta la acción procesal administrativa iniciada contra la Provincia del Neuquén, a efectos de obtener la repetición de la suma abonada en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, pues la impugnación de la determinación impositiva plasmada en el acto, tiene lugar a partir de que la accionante tomó conocimiento del mismo, pues desde entonces estuvo en condiciones de impugnarlo.

Texto completo:

ACUERDO N°_1. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. 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: "YPF S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 1775/06, 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 fojas 18/31, la empresa YPF S.A., por apoderado, inició acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén, a efectos de obtener la repetición de la suma de \$8.246.750,12, con más sus intereses desde la fecha de pago (24/05/2001), abonados en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos, en virtud de la determinación efectuada mediante Resolución 671/DPR/94 –Exptes. 2309-9318/93, 2753-12769/94 y agregados-, y costas.

Manifiesta que se encuentra en trámite una demanda administrativa de repetición y que, ante la proximidad del vencimiento del plazo de prescripción, interpone la acción a efectos de su interrupción. Asimismo, hace reserva de ampliar la demanda.

Afirma que corresponde la devolución de la suma abonada, con más los intereses, en virtud de que el pago carece de causa justificante porque el acto de determinación que lo generó es nulo.

Relata que la DPR, mediante Resolución 671/94, determinó una deuda por ingresos brutos a cargo de YPF S.A.; que la impugnó mediante recurso de reconsideración -rechazado por Resolución 536/DPR/98- y, luego, a través de un recurso de apelación ante el Poder Ejecutivo, el que fue refutado mediante Acuerdo 01/2000 del Tribunal Fiscal Provincial.

Narra que, ante ello, interpuso una acción procesal administrativa caratulada: "YPF S.A. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ APA". Agrega que, no obstante, el 24/5/01 abonó la suma determinada (\$8.246.750,12).

Señala que esa acción fue declarada inadmisibles por no encontrarse agotada la vía administrativa (R.I. 3382/02). Añade que se desestimaron los recursos de reposición y extraordinario interpuestos y que la CSJN rechazó el recurso de queja.

Indica que en la determinación cuestionada se incluyó, dentro de la base imponible del impuesto, a los ingresos recibidos por YPF S.A. por la cesión de áreas hidrocarburíferas en el marco de la privatización de la empresa, diferencias por aplicación de alícuotas a los ingresos provenientes de ventas de bebidas, comidas y prestación de servicios y el régimen especial del art. 13 1º párrafo, en lugar del régimen general del art. 2º del Convenio Multilateral



para la distribución de ingresos en lugar del régimen general utilizado por su parte.

Añade que su cuestionamiento subsiste en relación con los dos primeros puntos porque respecto a la última cuestión la Comisión Arbitral y la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral le dieron la razón a YPF S.A. y así fue resuelto por la demandada en el Acuerdo del 23/04/2001 del Tribunal Fiscal Provincial.

Afirma que no corresponde tributar por los ingresos derivados de las cesiones de áreas porque no se da el hecho imponible previsto en el art. 163 del CF, que refiere al ejercicio habitual y con propósito de lucro de actividades onerosas en el territorio de la Provincia.

Señala que, aun cuando se diera el requisito de territorialidad, no se dan los otros tres porque YPF S.A. no hace ejercicio habitual de la cesión de áreas, ni éstas forman parte de su giro normal.

Refiere que la cesión le fue impuesta por el Estado Nacional, mediante leyes y decretos dictados en uso de la cláusula de progreso, y que es incompatible y opuesto al ejercicio habitual de sus actividades que consisten en la prospección, la exploración, la extracción, la destilación y la venta de hidrocarburos.

Reseña las pautas previstas en el Código Fiscal –art. 163- con las que se deben apreciar las actividades para determinar si son habituales.

Dice que, además, en la determinación cuestionada, no se especificaron las áreas, ni sus magnitudes, ni se dio fundamento alguno respecto de los supuestos ingresos que aumentaron la base imponible del impuesto.

Enfatiza que no tuvo propósito de lucro con las cesiones a las que fue obligada por ley y que ese recaudo no fue reemplazado por la mera onerosidad porque, conforme lo dispuesto en el art. 9 inc. b) de la Ley 23548, sigue rigiendo.

Sostiene que los ingresos derivados de las cesiones no provienen de la actividad gravada y, por ende, no pueden integrar la base imponible. Añade que así lo confirma lo establecido en el art. 172 inc. f) del CF, que excluye la venta de bienes de uso aun cuando sirvan para obtener, en el ejercicio de actividad gravada, ingresos también gravados, porque su enajenación implica el desprendimiento de bienes que sirven para conseguir ingresos.

Explica que el producido de la cesión no ingresó a YPF S.A. sino al Estado Nacional para compensar deudas que tenía la empresa.

Impugna la base imponible tomada por la DPR para los períodos 1991/3. Cuestiona los ingresos considerados para 1991 porque se ajustaron por inflación cuando no correspondía. Respecto a los de 1992 y 1993, objeta que se haya incluido el producido de las ventas de acciones de las empresas Refinor, Oldelval S.A. y Ebytem S.A.

Dice que sobre estas cuestiones presentó pruebas en 1994 y 1995 cuando la DPR, en el marco del proceso de determinación que terminó con la Resolución 671/DPR/94, le solicitó documentación.

Refiere a la Resolución 671 y afirma que, en dicho acto, respecto de los ingresos por ventas de bebidas, comestibles y servicios, se le adjudica a YPF S.A. haber aplicado una alícuota del 1% cuando corresponde el 2%, pero que, su parte abonó el tributo conforme el 2%, extremo que quedó acreditado en las actuaciones administrativas, en las inspecciones realizadas y en las declaraciones juradas.

Sostiene que la Provincia de Neuquén no consideró sus descargos, alegaciones e impugnaciones, ni la prueba producida y que los actos atacados (Resoluciones 671/94 y 536/98 y Ac. 01/200) no se fundamentaron en debida forma y que, por lo tanto, resultan arbitrarios, irrazonables y antijurídicos. Los considera inexistentes o nulos y les endilga los vicios previstos en los arts. 66 y 67 de la Ley 1284.

Solicita que se revoquen tales actos y se ordene a la Provincia de Neuquén la devolución de las sumas abonadas, con más intereses devengados desde el momento de su pago a la tasa que el estado aplica a los contribuyentes.

Por último, hace reserva del caso federal y del derecho a ampliar la demanda.

II.- A fs. 36 la actora informó que en el expediente por el que tramitaba la demanda administrativa de repetición (3795-007894/06) se había dictado la Resolución 253/DPR/06 que rechazó su reclamo. Agrega que recurrió dicho acto y que el recurso fue admitido por Resolución 375/DPR/06 y elevado al Tribunal Fiscal Provincial.

A fs. 44/6 la accionante amplió la demanda respecto del Decreto 2057/06, dictado en el expediente 3100-020092/06-, que rechazó el reclamo contra el Acuerdo 01/2000 del TFP que interpuso luego de la denegación del recurso de queja por la CSJN que otorgó firmeza a la inadmisibilidad de la primera acción procesal administrativa.



Crítica que dicho acto no haya tratado la cuestión de fondo por entender prescripta la acción procesal administrativa en virtud de haber transcurrido más de cinco años desde el dictado del Ac. 01/2000 del TFP.

Alega que la prescripción no había operado porque la pretensión procesal luego de denegarse su recurso de queja fue la prevista en el art. 184 inc. d) de la Ley 1284 desde que pretendió la revocación de los actos administrativos de determinación y la devolución de las sumas abonadas en base a tales actos.

Señala que el art. 191 de la Ley 1284 establece plazos de prescripción para la acción procesal administrativa pero no para la reclamación. Añade que los actos que impugna son inexistentes y por lo tanto la acción para atacarlos es imprescriptible.

Cuestiona que en el Decreto 2057/96 no se haya advertido que su reclamo fue interpuesto en los términos del art. 183 inc. e) de la Ley 1284 y que el plazo de prescripción comenzó cuando quedó firme la resolución judicial que declaró inadmisibles su anterior acción procesal administrativa, extremo que se concretó con el rechazo de la queja o, en su defecto, con el dictado de la R.I. 3382/02 que declaró la inadmisión.

Asevera que la prescripción únicamente produce efectos cuando la acción puede ser ejercida. Por lo tanto, la interpretación efectuada en el Decreto 2057/06 es irrazonable.

Asimismo, critica que el decreto no haya tratado los vicios graves que le endilgó al Acuerdo 01/2000.

III.- A foja 70, por R.I. 6100/7 se declaró la admisión formal de la demanda.

IV.- Ejercida la opción procesal de la parte actora por el procedimiento ordinario, se corrió traslado de la demanda.

A fs. 84/104 contestó la accionada, solicitando su rechazo, con costas.

Luego de efectuar las negativas formales, manifiesta que la determinación impositiva efectuada y el procedimiento administrativo previo se ajustaron a derecho.

Resalta que la acción intentada requiere, en forma previa, la declaración de nulidad de la Resolución 671/DPR/94, aspecto que resulta imposible porque dicho acto adquirió firmeza y estabilidad por haber operado la prescripción de las acciones para impugnarlo.

En consecuencia, opone la prescripción, en los términos del art. 191 inc. a) de la Ley 1284, como defensa de fondo.

Rechaza que los actos atacados contengan vicios muy graves y señala que la propia actora los consideró nulos en varias presentaciones efectuadas en sede administrativa y también en el punto IX de su demanda. Dice que resulta aplicable el art. 65 de la Ley 1284 y reseña jurisprudencia en donde se califica como graves a los vicios de actos de determinación impositiva.

Sostiene que la actora debió haber cuestionado en tiempo y forma la determinación establecida por Resolución 671/DPR/94.

Afirma que al momento de interponerse la demanda (23/5/06) la presente acción estaba prescripta porque había vencido el plazo previsto en el art. 191 inc. a) de la Ley 1284 ya que la resolución de determinación le fue notificada a YPF S.A. el 20/10/94. Es decir que, aun cuando se considerase el año de suspensión por la interposición del reclamo administrativo, se llega a igual conclusión.

Agrega que lo mismo sucede si se toman las fechas de notificación de la Resolución 536/DPR/98 (14/8/98) y del Acuerdo 01/2000 del TFP (29/2/00).

Asimismo, niega efectos interruptivos a las presentaciones administrativas y contradice la interpretación efectuada por la actora del art. 183 inc. e) de la Ley 1284, con fundamento en que el art. 194 de dicha ley establece, en forma clara, que la prescripción no se interrumpe si se declara la inadmisión del proceso.

Señala que el Acuerdo dictado el 23/4/2001 por el TFP-que dejó sin efecto el primer ítem de la Resolución 671 y confirmó el resto- quedó firme porque no fue cuestionado por la accionante.

Apunta que, en virtud de lo establecido en el art. 82 1º párrafo del CF, la presente acción de repetición no puede ser ejercida debido a que la actora optó por la demanda administrativa de repetición.

No obstante, indica que el Decreto 2057/06 no agotó la vía administrativa respecto al reclamo de repetición, sino que, cumplió con tal recaudo en relación con la determinación de impuestos efectuada en la Resolución 671 (confirmada por la Resolución 536/98 y Ac. 01/2000).



A continuación, en forma subsidiaria, contesta la demanda.

Defiende la legitimidad de la determinación confeccionada por la DPR.

Transcribe los actos cuestionados y alega que no han sido desvirtuados por la accionante.

En punto a los intereses reclamados, plantea que en el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda, se opone a que se devenguen desde el momento del pago. Entiende que deberían correr desde el pedido de reintegro hasta la resolución que dispone hacer lugar al reclamo. Funda su posición en lo dispuesto por la Resolución 498/DPR/95.

En tal sentido, señala que la solicitud de reintegro se concretó el 23/5/2006, con la interposición de la presente acción, o, en su defecto, el 30/1/2006, fecha en que se presentó el reclamo administrativo de repetición. Asimismo, indica que la tasa aplicable es la promedio entre la activa y la pasiva del BPN.

V.- A fs. 130/141 la actora contestó el traslado de la defensa opuesta por la demandada.

Adjunta copia del recurso interpuesto el 30/5/2007 ante el Gobernador contra el Acuerdo 04/2007 del TFP.

Entiende que la contraria al no oponer la defensa de prescripción como excepción de previo y especial pronunciamiento –art. 53 de la Ley 1305- sino como defensa de fondo, renunció a la misma.

No obstante, afirma que al interponerse la demanda (23/5/2006) no había transcurrido el plazo de cinco años desde que efectuó el pago que pretende repetir (24/5/2001) y que, además, el 30/1/06 interpuso reclamo de repetición provocando la suspensión por un año.

Explica que la demanda tiene una estructura triple por cuanto el pago del impuesto se realizó debido a la determinación de deuda efectuada por la DPR que no se encontraba firme y que, por lo tanto, hacía innecesaria la demanda de repetición, razón por la cual se dedujo, en forma supletoria, como reclamación en el ámbito suspensivo de la Ley 1284 y como interpelación en los términos del art. 3986 del Código Civil.

Critica que la Administración se haya limitado a repetir textos de los actos anteriores sin expedirse sobre la tacha de inexistencia que formuló a los actos cuestionados, lo que evidencia la falta de motivación de los mismos.

Indica que recién estuvo en condiciones de promover nueva reclamación administrativa cuando quedó firme la declaración de inadmisibilidad. Reitera su argumento de que la acción no se encuentra prescripta porque formuló reclamación administrativa en los términos del art. 184 inc. d) de la Ley 1284.

Recuerda que en la resolución de este Tribunal que declaró la inadmisión del proceso se estableció que YPF podía activar la instancia administrativa a través de la reclamación.

Indica que recurrió ante el Sr. Gobernador el Acuerdo 04/07 del TFP.

Asegura que no desconocía la imposibilidad de reclamar administrativamente la repetición, en virtud de lo establecido en el art. 82 del CF, pero que no obstante presentó reclamación a dicho efecto.

Dice que el Acuerdo fiscal del 23/04/2001 mantuvo la postura de la

Administración, que quedó consolidada con el Decreto 2057/06 que agotó la instancia administrativa.

VI.- A fs. 160/174 la actora volvió a ampliar la demanda respecto del Decreto 1671/09 –Expte. 3100-026025/2007- que rechazó el recurso interpuesto contra el Acuerdo fiscal 04/07 y agotó la instancia administrativa respecto a la reclamación o demanda administrativa de repetición, presentada en enero de 2006.

Resalta la conexión existente entre dicho acto y esta acción. Critica que en el decreto se haya establecido que la Resolución 671 es un acto firme y consentido, que resulte de aplicación el art. 82 del CF y que, en base a tales argumentos, se haya desestimado su demanda administrativa de repetición.

Entiende que la cadena de impugnaciones contra la Resolución 671 se encontraba viva tal como surge de esta causa y de las actuaciones administrativas precedentes.

Agrega que la Resolución 253/DPR/06 reconoció que estaba pendiente la queja y que su parte tenía la posibilidad de acudir ante el Sr. Gobernador, tal como luego se concretó con el Decreto 2057/06.

Rechaza que el Acuerdo Fiscal 04/07 estuviera firme –como se dice en el Decreto 1671/09-, porque le fue notificado el 22/5/2007 y lo recurrió el 30/5/07, dentro del plazo previsto en el art. 181 de la Ley 1284.

Sostiene que por todas estas razones no puede considerarse que la Resolución 671 estaba firme.

Cuestiona que en sede administrativa se haya rechazado su demanda de repetición por tener planteada demanda



judicial con idéntico objeto y que en sede judicial se dijera que no correspondía la demanda judicial por haber interpuesto demanda administrativa.

Crítica que por razones formales no se trataran las impugnaciones de fondo que formuló contra la resolución de determinación.

Insiste en que la Resolución 253/DPR/06 reconoció que la determinación impositiva no se encontraba firme porque admitió la pendencia de recursos que debía interponer ante el Gobernador al tiempo de deducción de la demanda judicial.

Peticiona el reintegro de lo abonado en concepto de ingresos brutos determinados por Resolución 671, con más intereses desde su pago. Cita jurisprudencia y se opone a la aplicación de la Resolución 789/DPR/05 porque es posterior y resulta inconstitucional ya que implicaría un enriquecimiento sin causa del Estado y afectaría los principios de ejemplaridad, igualdad y razonabilidad.

VII.- A fs. 178/180 la demandada contesta la ampliación. Luego de efectuadas las negativas formales, defiende la legitimidad del Decreto 1671/09.

Dice que, más allá de que la ampliación de demanda se dirija contra dicho acto, lo que se pretende es afianzar los términos de la demanda y su ampliación, para lograr la revocación de las Resoluciones 671/94 y 536/98, los Acuerdos fiscales 01/2000 y 04/2007 y los Decretos 2057/06 y 1671/09 para que se ordene el reintegro del pago efectuado.

Debido a ello, reitera los argumentos y defensas opuestos al contestar la demanda, sobre todo, la necesidad de que la impugnación de los actos administrativos y la repetición sean viables desde el punto de vista legal.

Apunta que cualquiera que fuere el encuadre legal que se le otorgue a las demandas y reclamos de la actora, lo cierto es que, al momento de iniciarse esta acción, la posibilidad de impugnar el acto de determinación del impuesto había prescrito sin que sea ya posible la anulación judicial del mismo.

Sostiene que la cesión de áreas se encuentra gravada por el impuesto a los ingresos brutos conforme a lo establecido en los arts. 163, 166 y 183 del CF, porque YPF, en forma habitual y a título oneroso, ejerce en la Provincia el comercio, la industria, los negocios y el desarrollo propios de su actividad.

Añade que la cesión es un negocio relacionado de manera directa con la explotación petrolera y que los ingresos por tal concepto no se encuentran dentro de los ingresos no gravados previstos en el art. 166 del CF, ni están exentos en la enumeración taxativa establecida en el art. 183. Asimismo, agrega: que YPF es una sociedad anónima por lo que toda su actividad tiene propósito de lucro, que no hay obstáculo de orden nacional que impida gravar tales ingresos y que existe una relación jurídica entre YPF y otras empresas privadas mediante concesiones en áreas secundarias y a través de asociaciones en áreas centrales.

Respecto a los ingresos derivados de la explotación de actividades secundarias (venta de bebidas, comidas y servicios) señala que corresponde aplicar una alícuota del 2%.

Reitera su posicionamiento en punto al modo en que debe reconocerse a los intereses en caso de que prospere la pretensión de la actora.

VIII.- A fs. 146 se abrió la causa a prueba y a fs. 354/5, mediante R.I. 208/13, se clausuró dicho período y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 365/8 y 369/372 obran agregados los alegatos de la actora y la demandada, respectivamente.

IX.- A fs. 375/386 se expidió el Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la demanda por estar prescripta la posibilidad de anular el acto de determinación que motivó el pago que se pretende repetir.

X.- A fs. 389, se dispuso el autos para sentencia, providencia que se encuentra firme y que coloca a estas actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

XI.- Así las cosas, cabe iniciar el abordaje del asunto, traído a decisión de este Tribunal, con el análisis de la defensa de prescripción opuesta por la demandada, en tanto, de prosperar dicho planteo, devendría innecesario el tratamiento de la cuestión de fondo.

La posición de la Provincia se basa en que se encuentra prescripta la acción para impugnar la Resolución 671/DPR/94, que determinó diferencias en concepto de impuesto a los ingresos brutos que debía abonar YPF S.A., surgidas de la



aplicación del art. 13 del Convenio multilateral, de la incorporación a la base imponible de la cesión de áreas y de la alícuota correspondiente para los ingresos por ventas de bebidas, comidas y servicios. Dicho acto motivó el pago que pretende repetir en esta acción.

Ahora bien, conforme surge de las actuaciones administrativas –Exptes. 2309-9318/93 y 2753-12769/94- la Resolución 671 fue notificada a YPF S.A. el 20/10/94. La empresa la impugnó a través de un recurso de reconsideración en los términos del art. 74 del Código Fiscal y también cuestionó la determinación ante la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral.

Ambas impugnaciones fueron rechazadas mediante Res. 536/DPR/98 y Resoluciones 07/95 y 01/98 de la Comisión Arbitral y de la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral.

Frente a tales desestimaciones YPF apeló ante el Poder Ejecutivo, presentación que fue denegada mediante el Acuerdo 01/2000 del TFP, que se notificó al contribuyente el 29/2/2000.

El 23/4/2001 el TFP, a raíz de lo resuelto por las comisiones del Convenio Multilateral que dieron la razón a YPF en punto al criterio de distribución de ingresos, dictó un Acuerdo, notificado a la actora el 2/5/2001. En consecuencia, la diferencia determinada por Resolución 671 quedó establecida en \$8.246.750,11.

Por otro lado, luego de desestimado el recurso de apelación -a través del Acuerdo Fiscal 01/2000, YPF interpuso una acción procesal administrativa que tramitó por Expte. 37/00 y, el 24/5/2001, pagó la suma determinada mediante Res. 671 con la modificación efectuada por el Acuerdo Fiscal del 23/4/2001. A su vez, en enero de 2006, inició una demanda administrativa de repetición y el 23/5/06 a efectos de interrumpir la prescripción interpuso la presente acción a la que, como hemos reseñado, la demandada le opone defensa de prescripción.

XII.- Efectuado el recorrido de las actuaciones administrativas, cabe observar que en el presente, la dilucidación de la prescripción opuesta requiere el análisis del instituto desde sus implicancias locales.

Ello así en orden a las consideraciones formuladas por la actora que, si bien no cuestiona la aplicación del régimen local -en el que sustenta su defensa la demandada-, alegó la inexistencia del acto y puso en tela de juicio el funcionamiento del sistema previsto por nuestro ordenamiento para la impugnación de actos con el régimen de prescripción.

En punto a la mentada inexistencia de la determinación llevada a cabo por el DPR, esboza que los vicios que tiene dicho acto son vicios muy graves (con encuadre en los incs. a) y c) del art. 66 de la Ley 1284: "Resulta clara y terminante absurdo o imposible de hecho" y "Transgreda una prohibición expresa de normas constitucionales, legales o sentencias judiciales firmes") y, por lo tanto, el acto es inexistente y la acción para impugnarlo deviene imprescriptible.

Sin embargo, se advierte que los vicios que denuncia giran en torno a: que se omitió considerar que la cesión de áreas no fue decisión de YPF sino que fue impuesta por el Estado Nacional; que se reclama por una alícuota de 2% cuando se tributó conforme a la misma y que se vulnera el principio de reserva legal.

Nótese que en los ataques efectuados no se patentizan los vicios muy graves antes referidos, sino que, en todo caso, los mismos podrían enmarcarse en los vicios graves previstos en los incs. a) y b) del art. 67. Es decir que, de conformarse, acarrearían la nulidad más no la inexistencia del acto.

XIII.- Desestimado este argumento, lo que implica que la acción es susceptible de prescribir, y definido que resulta de aplicación al caso la prescripción quinquenal dada por la Ley 1284, debe analizarse si los medios de impugnación que ha seguido YPF S.A., han sido eficaces para mantener vivo su derecho o si, tal como afirma la accionada, al momento de presentarse la demanda, la acción estaba prescripta.

La demandada considera que ha operado la prescripción con fundamento en el artículo 191 de la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo. Indica que la prescripción de cinco años se tiene por operada a la fecha de interposición de la acción procesal administrativa (23/05/2006) ya sea que se cuente el plazo desde la fecha de la Resolución 671, o su actos confirmatorios (Resolución 536/98 y Ac. Fiscal 01/2000). Inclusive llega a tal conclusión computando el plazo de suspensión de 1 año previsto por el artículo 192.

Por su parte, la actora al momento de contestar la excepción, alega que al interponerse la demanda (23/05/2006) no había transcurrido el plazo de cinco años desde que efectuó el pago que pretende repetir (24/5/2001).

Además, arguye que recién estuvo en condiciones de promover nueva reclamación administrativa cuando quedó



firmó la declaración de inadmisibilidad de la primera acción procesal administrativa y que la acción no se encuentra prescripta porque formuló reclamación administrativa en los términos del art. 184 inc. d) de la Ley 1284.

En tal contexto, se hace preciso el abordaje integral del instituto de la prescripción con anclaje en el régimen local, de manera de despejar las dudas sobre su interpretación.

XIV.- Este Tribunal –en distinta composición– en la causa "Corvin" (Ac. 1633/07) se pronunció acerca de las particularidades del instituto de la prescripción en el sistema local.

Así se estableció: "Es necesario describir cómo funciona el procedimiento administrativo en la Provincia del Neuquén, pues con ello se demostrará, que el régimen se encuentra asentado sobre principios diferentes al orden nacional, e incluso las mismas denominaciones de algunos institutos, tienen en el orden local, distinta implicancia.

En efecto, el procedimiento administrativo provincial se caracteriza en general por una regulación que podríamos llamar más "garantista" que la nacional.

Así, por ejemplo, se caracteriza por su unidad recursiva, pues la ley adhiere a las modernas reglas de la unificación y simplificación procesal: recurso y reclamación como medios de impugnación; pero la reclamación no tiene el mismo alcance que a nivel nacional, como se explicará más adelante.

También, por la inexistencia de plazos perentorios o fatales en materia recursiva que lleven a la pérdida de derechos. Es aquí donde adquiere relevancia la prescripción, pues ésta actúa como único límite temporal para el ejercicio de los derechos y está dado por un plazo de cinco años para impugnar actos nulos y dos años para actos anulables. A la par, se regula claramente el supuesto de "suspensión" del de "interrupción" de los plazos de prescripción.

Volviendo a los medios de impugnación, la Ley prevé que, por medio del recurso, son impugnables los actos administrativos, y por la reclamación es impugnable el resto de las variantes (hechos u omisiones, reglamentos, simples actos, y todo comportamiento, conducta o actividad administrativa que no sea impugnable por otra vía administrativa o judicial).

Y, la diferencia más importante con el ordenamiento nacional es que la "reclamación" también está prevista para impugnar los actos administrativos, cuando a su respecto hubiera vencido el plazo para interponer o reproducir recursos, caducado el plazo para interponer acción procesal administrativa o cuando se hubiere declarado la inadmisión del proceso judicial (art. 183 de la Ley 1284).

Es decir que el derecho no se pierde si aconteció alguna de las circunstancias antes apuntadas, sino que a través de la interposición de una nueva reclamación, podrá cuestionar, inclusive el primer acto, haciendo renacer de esta manera toda la actividad impugnatoria del procedimiento, para poder iniciar o reiterar la acción procesal administrativa.

El único límite temporal entonces, es el plazo de prescripción que la ley establece y que hoy aparece discutido en estos autos, pues no existen plazos de caducidad fatales.

De tal forma toda la actividad de la administración es siempre impugnable mientras no se extinga el derecho sustantivo por vía de prescripción (arts. 191 a 194) u otros medios de decaimiento definitivo del derecho.

De lo expuesto surge, que en el orden local, la Ley no sanciona con la pérdida del derecho, la inactividad, demora o negligencia del interesado en el procedimiento administrativo o en acudir a la instancia judicial, sino que a través de la reclamación le permite volver a poner en movimiento todo el sistema de impugnación de la actividad estatal (ya sea acto, hecho, omisión, etc.), mientras no haya operado el plazo de prescripción, inclusive reeditando las cuestiones sobre las cuales ya se obtuvo un acto definitivo y causante de estado, e inclusive si ya interpuso el proceso judicial y éste fue declarado inadmisibile."

La cita efectuada, permite advertir que el diseño y funcionamiento del sistema local son determinantes para resolver la cuestión a decidir en esta causa.

Así, ya puede vislumbrarse que es incorrecta la posición actoral en punto a que recién estaba en condiciones de promover nueva reclamación administrativa cuando quedó firme la declaración de inadmisibilidad de la primera acción procesal administrativa con la desestimación de la queja ante la CSJN.

Justamente, ante la declaración de inadmisibilidad, tenía la posibilidad –a través de una nueva reclamación– de reintentar la impugnación de la actividad estatal. Sin embargo, en lugar de hacerlo, intentó revertir en sede judicial la



declaración de inadmisibilidad.

XV.- Ahora bien, como vimos, la actora pretende en esta causa la repetición de la suma pagada en concepto de impuesto a los ingresos brutos en virtud de la determinación efectuada por la DPR en la Resolución 671/94.

Así, la repetición que pretende no puede escindirse de la validez del acto de determinación que motivó el pago efectuado. La presunción de legitimidad de dicho acto y de los que lo confirmaron (Resolución 536/98 y Acuerdo Fiscal 01/2000) provoca que, para que proceda la devolución pretendida, se declare su nulidad.

Esta tesis nos conduce, a su vez, a discernir cuál es el momento de inicio del plazo de prescripción porque, si para admitir la repetición es preciso establecer la ilegitimidad del acto de determinación, no puede aceptarse que, tal como afirma la actora, el plazo comience a correr desde la fecha en que se hizo efectivo el pago que se pretende repetir.

A lo anterior, se añaden dos extremos que deben ponderarse cuando se trasladen estas cuestiones al caso concreto. Por un lado, que los medios administrativos de impugnación pueden ejercerse mientras esté vigente el plazo de prescripción (art. 192 de la Ley 1284) y, por otro lado, que la acción procesal administrativa incoada en el año 2000 no interrumpió el curso de la prescripción porque fue declarada inadmisibile (segunda parte del art. 194 de la Ley 1284).

XVI.- Establecido lo anterior, resta analizar su aplicación al caso concreto para determinar si ha operado prescripción.

El plexo normativo a considerar está dado por el artículo 191 inc. a), en cuanto dispone que el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa es de cinco (5) años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas" y correlativamente, en el artículo 192 en tanto establece, que "una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en este Título".

Cabe considerar también, lo dispuesto por el artículo 193° que norma lo relativo a la suspensión de la prescripción: "La interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año".

Y el artículo 194° en cuanto a la interrupción: "La interposición de la acción procesal administrativa interrumpe el curso de la prescripción, salvo que por cualquier circunstancia el proceso termine sin sentencia que resuelva sobre el fondo de la cuestión planteada. La prescripción no se interrumpe en los supuestos de conclusión del proceso por inadmisión del mismo, desistimiento del proceso, caducidad de instancia y excepciones previas".

Sentado ello, corresponde precisar el momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción.

En tal sentido, tal como antes se expusiera, debe tenerse presente que la causa del pago que se pretende repetir fue la determinación de oficio efectuada por la DPR.

De ello se sigue que la prescripción de las acciones tendientes a la impugnación de la determinación impositiva plasmada en dicho acto, tiene lugar a partir de que la accionante tomó conocimiento del mismo, pues desde entonces estuvo en condiciones de impugnarlo.

Tal circunstancia ocurrió el 20/10/94 (cfr. fs. 82 vta. del Expte. 2309-9318/1). Entonces, fijado el inicio del cómputo de la prescripción en octubre de 1994 y si el recurso de reconsideración interpuesto suspende por única vez y por un año dicho cómputo, el plazo de prescripción vencía en el mes de octubre de 2000.

En consecuencia, habiéndose interpuesto la demanda judicial -único supuesto de interrupción de la prescripción-, el 23/5/2006, cabe concluir que al momento de su promoción, ya había operado la prescripción.

Es más, cabe destacar que cuando la actora efectuó el pago -el 24/5/01- ya había prescripto la acción para impugnar la determinación impositiva que lo motivó.

También se encontraba vencido si se lo computara, en la situación más favorable a la actora, a partir de la notificación del Acuerdo fiscal 01/00 del TFP, que ocurrió el 29/2/2000 (cfr. fs. 420 vta. del Expte. adm. cit.), acto que la propia actora consideró que la habilitaba para iniciar la acción procesal administrativa que interpuso en el 2000 (Expte. 37/00) y que fue declarada inadmisibile por lo que no interrumpió el curso de la prescripción.

XVII.- Frente a tal escenario, es preciso recordar que la Ley 1284, otorga a los interesados la posibilidad de recurrir o reclamar a la Administración sin estar sujetos a breves plazos para ello y que el único límite temporal es la prescripción. A la par, la obligación de respuesta que posee la Administración, le otorga a esos interesados las herramientas



necesarias para paliar el silencio o la no respuesta dentro de los plazos legales.

Estas herramientas son: a) reputar denegada tácitamente la petición en cualquier oportunidad antes de la prescripción, ejerciendo los medios de impugnación administrativo o judiciales que correspondan, b) aguardar una respuesta extemporánea, o c) interponer un amparo por mora.

Pero ello, con el límite infranqueable de la prescripción, pues –como antes se señalara- una vez que ella opera no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación (art. 192 Ley 1284).

La espera en el ejercicio de su derecho a reclamar implica que, aún teniendo disponible el instrumento procesal para instar la revisión de la conducta que causa el agravio, no se lo ha utilizado.

En otras palabras, pese a contar con un tiempo útil (5 años o 6 contando la suspensión) para exigir su derecho, la accionante optó por otro camino y dejó expirar el plazo. Por ello, es lógico que se compute el tiempo transcurrido, pues el tiempo computado para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción.

Y en este caso lo es, desde el momento en que, al tomar conocimiento de la determinación efectuada por la DPR, contaba con las vías y el tiempo razonable para hacer valer su derecho.

Así, más allá de las circunstancias fácticas y jurídicas en que la actora intenta justificar la demora, lo cierto es que, al momento de interposición de la presente acción habían transcurrido más de 11 años desde que la DPR efectuó la determinación impositiva que cuestiona la accionante para obtener la repetición.

XVIII.- En síntesis, la existencia de una prescripción administrativa se justifica en el principio general del derecho que impone un límite temporal a cualquier acción patrimonial, que se rige por normas y principios propios del derecho administrativo en consideración a las particularidades propias del interés público (cfr. Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I, AbeledoPerrot, Lexis N° 2202/001288).

Frente a ello, el administrado tiene la carga de pedir o impugnar, según el caso, dentro de plazos ya fijados y antes de que opere la prescripción.

En definitiva, por las razones expuestas, corresponde hacer lugar a la defensa de prescripción y, en mérito a ello, se toma abstracto el tratamiento sustancial de la cuestión. En consecuencia, cabe rechazar la demanda instaurada, con imposición de costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC). ASI 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 Señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por YPF S.A. contra la Provincia de Neuquén; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (artículo 68 del CPCyC de aplicación supletoria); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello.; 4º) 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](#)

"DIAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3343/2011) – Acuerdo: 02/16 –
Fecha: 02/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.



EMPLEADO PUBLICO. ENFERMERA. FUNCIONES DE LA ADMINISTRACION PÚBLICA. PODER DE REORGANIZACION. RAZONABILIDAD. ESTABILIDAD DEL EMPLEO PÚBLICO. REMUNERACION. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

1.- Corresponde rechazar la demanda incoada contra la Provincia del Neuquén, mediante la cual se cuestionaba las facultades de reorganización de la Administración –art. 154 del EPCAPP- y denunciaba haber recibido un trato discriminatorio y rechazar. asimismo, el pago de la bonificación por el título obtenido y el reclamo de daños y perjuicios, pues surge de las constancias de autos que las condiciones personales de la agente –referidas a su salud- hicieron necesario asignarle nuevas funciones, toda vez que no poseía una aptitud total para el desempeño de la función en el sector enfermería. En este contexto, en autos no existe mérito para descalificar los actos atacados toda vez que no ha logrado acreditarse los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad invocados.

2.- El derecho a ser ascendido [o, en su caso, a ser reencasillado] no es un derecho absoluto o automático, sino que responde a cuestiones de mérito y de posibilidades de la Administración, con lo cual depende de circunstancias personales del agente y la existencia de vacantes o la creación de cargos –sujeta siempre a razones de servicios-, la previsión presupuestaria y la decisión de la administración de cubrirlas.

3.- Las facultades de reorganización de la Administración han sido razonablemente ejercidas en función de las necesidades del servicio y no se advierte comprometida la garantía de estabilidad en el empleo, toda vez que se ha respetado la categoría escalafonaria alcanzada por la agente y sus atributos.

4.- El reclamo indemnizatorio deviene innecesario considerarlo porque se encuentra estrechamente vinculado con la suerte del planteo de nulidad de los actos administrativos impugnados.

5.- En cuanto a la “falta de pago de título de licenciada”: corresponde aplicar la Ley 2562, de remuneraciones del personal de sistema de Salud Pública Provincial dependiente de la Subsecretaría de Salud. Desde allí, si la actora no cumple [ni cumplió] un puesto de trabajo en el que se requiera el título de “Licenciada en Enfermería”, la razón que justificó su denegación por parte de la Administración, guarda compatibilidad con la norma aplicable, vértice que determina el ajuste de lo decidido al principio de legalidad.

Texto completo:

ACUERDO N° 2. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E MASSEI con la intervención de la Secretaria de



Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "DÍAZ MARIA CLOTILDE C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3343/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 130/160 se presenta la Sra. María Clotilde Díaz, por su propio derecho y con patrocinio letrado e interpone formal acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita se declare la nulidad de la Resolución 2154/10 del Ministerio de Salud.

Manifiesta que prestó, durante 24 años, servicios como enfermera auxiliar, en dos instituciones hospitalarias; los últimos 22 años en el Hospital Provincial Castro Rendón.

Explica que en el año 2006, debido a su enfermedad, hizo uso de licencia hasta que se reincorporó el 4 de diciembre de 2007, con adecuación de tareas y horario reducido. Luego, a partir del 1 de abril de 2008, se le otorgó el alta de reducción horaria y se mantuvo la adecuación de tareas (no levantar ni trasladar peso mayor a 1 kg, no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo) desde el 4/4/08 al 4/7/08.

Alega que se realizó nuevo informe médico de tareas adecuadas el 28/8/09 a raíz de la presentación de un certificado médico expedido por su profesional, a resultas del cual se certificó "tareas adecuadas desde el 28/8/09 al 28/2/10".

Indica que el 17 de octubre de 2008 la supervisora, Sra. Nilda Castillo, elevó un nuevo informe sobre su desempeño a la Lic. Cristina Castillo, Jefa del Departamento de Enfermería y, como consecuencia de ello, se dictó la Disposición interna N° 327/08 en la que le asignaron tareas administrativas.

Menciona que a partir del 31 de agosto de 2009, se le informa que desde esa fecha debía desempeñarse como auxiliar administrativa en guardia de adultos, cumpliendo con la rotatividad completa (turno nocturno, franco no calendario, turno rotativo) y, además, con fecha 23/11/09 se le solicitó que prestara consentimiento para el cambio de función de auxiliar administrativo a auxiliar de estadísticas con gestión de pacientes ya que sólo con ese puesto podría percibir la bonificación por rotatividad al 9%.

Dice que el día 7/12/09 contestó dicha nota y que en ese mismo mes se dictó la Disposición interna 279/09 por la cual se justifica el mantenimiento de la decisión adoptada y se rechaza el reencasillamiento solicitado por ella, al haber obtenido el título de enfermera profesional.

Manifiesta que recurrió tal decisión, el día 2/2/10, pues tanto la Disposición 327/08 como la Disposición 279/09 fundan la adecuación de tareas en la certificación médica del Servicio de Medicina Laboral que establece que es permanente e incompatible su estado de salud con las tareas de enfermería pero, en ninguna de las evaluaciones médicas que le realizaron en Medicina laboral se aludió a una adecuación de tareas "permanentes". Alega que su médico de cabecera certificó lo contrario y en cada una de las Juntas médicas se amplió y modificó la tarea que podía desempeñar.

Relata que el 9 de abril de 2010 se realizó una nueva Junta médica y allí se dictaminó que podía cumplir sus tareas de acuerdo a su nombramiento y no ameritaba ningún cambio de función por indicación médica.

Por su parte, comunica que el recurso jerárquico interpuesto fue rechazado mediante la Resolución 2154/10 (que transcribe) y dice que, como consecuencia de ello, estuvo bajo licencia psiquiátrica y fue sometida a junta médica en fecha 14 de septiembre de 2010.

Manifiesta que si bien la Administración tiene facultades para rotar a su personal (art. 154 del EPCAPP) cuestiona que el cambio de actividad se haya justificado en una incapacidad para cumplir con su tarea en forma permanente cuando ello no figura en ningún certificado o Junta médica realizada por la Administración.

Estima que existió un exceso en el ejercicio de las facultades discrecionales, por violentar el principio de razonabilidad; cita doctrina.

Sostiene que la decisión fue arbitraria en tanto, según el manual de misiones y funciones del servicio, había otras actividades propias de la tarea de enfermería que podía llevar a cabo.

En ese punto, informa sobre las tareas que regula la Ley 2219; y, además, describe las funciones de los Puestos: "jefe del área enfermería"; "supervisora de enfermería"; "enfermera jefe de unidad"; "enfermera"; "auxiliar de enfermería". De dicha descripción extrae que las únicas limitaciones que poseería se encuentran en la categoría "auxiliar de



enfermería" pero, igualmente, apela a la Ley Provincial 2216 para afirmar que no es una tarea que ella deba realizar. Se expresa luego sobre el derecho a la carrera administrativa conforme el E.P.C.A.P.P. con citas doctrinarias y de jurisprudencia. Denuncia la existencia de vacantes que demuestran que, durante el período en que efectuaron los reclamos, hubiera estado en condiciones de cubrir el puesto reclamado.

Acota que en noviembre de 2010 se presentó a concurso y no se le permitió participar, indicándole que debía considerar su situación respecto a la matrícula; posteriormente, dice, denegaron su intervención por estar sujeta a función administrativa.

Refiere que fue discriminada por la Administración ya que, en igualdad de circunstancias, adoptó otra conducta, en especial, con dos compañeras que tuvieron idéntica patología en similar fecha y fueron reincorporadas a sus tareas normales a pesar de contar con igual limitación física.

Se ocupa de fundar la procedencia del pago del adicional por "título" conforme las disposiciones del EPCAPP y la Ley de Remuneraciones y afirma que éste es independiente de la recategorización que le fue negada.

Denuncia los daños ocasionados por el actuar de la Administración y reclama la suma de \$267.199,99 en concepto de indemnización por el daño material, daño psicológico y daño moral sufrido.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II.- A fs. 166/174 la actora acompaña copia del Decreto 0829/11, por medio del cual el Poder ejecutivo denegó su reclamo.

III.- La admisión de la acción fue decretada a fs. 180, mediante R.I. 356/11.

Luego, a fs. 182/183, la accionante optó por el trámite ordinario y se corrió traslado de la demanda.

IV.- La Provincia, con el patrocinio del Sr. Fiscal de Estado, contestó la demanda a fs. 192/196. Allí, efectúa la negativa general de los hechos invocados.

Sostiene que la demanda no es clara ya que no se individualiza, ni se cuestionan debidamente, los actos que se impugnan.

Expone que la accionante no brinda motivos fácticos y/o jurídicos con entidad suficiente para descalificar el actuar administrativo.

Alude al informe de fecha 17 de octubre de 2008, elaborado por la Lic. Cristina Castillo (Jefa del Dpto. de Enfermería) mediante el cual requirió un cambio de funciones de la actora o la asignación en otra dependencia del Hospital, como consecuencia de lo cual se dictó la Disposición 327/08 asignándole tareas administrativas. Ello, en atención al informe médico que, según la Administración, determina tareas adecuadas permanentes.

Señala que la Resolución 2154/10 brinda los argumentos suficientes, en sintonía con dicha disposición, para decidir el rechazo de lo reclamado por la actora.

Enfatiza sobre las facultades discrecionales con las que cuenta la Administración y cita precedentes de este Cuerpo.

Sostiene que aún si hubiese existido la posibilidad, de acuerdo a la normativa, de hacer lugar a la pretensión de la actora (existiesen vacantes y la necesidad de cubrir las a juicio de la autoridad competente) ello sería una facultad discrecional de la Administración pública, sin que corresponda requerir tal decisión jurisdiccionalmente.

Manifiesta que no existen elementos, ni la Sra. Díaz acreditó, que la Provincia hubiese actuado en forma irrazonable o arbitraria.

Dice que la accionante percibió correctamente su salario por la tarea realizada. Indica que es improcedente el pago de suma alguna.

Para el hipotético caso que se resuelva la procedencia de la demanda requiere que se retengan los respectivos aportes personales y contribuciones patronales.

Ofrece prueba.

V.- A fs. 199 se abre la presente causa a prueba y se clausura a fs. 281. Luego se colocan los autos para alegar, agregándose a fs. 286/300, el realizado por la actora.

VI.- El Sr. Fiscal se expide a fs. 302/309 y propicia que se rechace la demanda porque los actos impugnados por la actora no padecen los vicios endilgados.



VII.- A fs. 311 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.- Entonces, la accionante persigue la declaración de nulidad de la Resolución 2154/10 del Ministerio de Salud, en el entendimiento que se ha hecho un uso arbitrario e irrazonable de las facultades de reorganización con que cuenta la Administración –art. 154 del EPCAPP-, lesionando de tal modo su derecho a la carrera administrativa –art. 11 del EPCAPP-; en ese contexto, aduce que ha recibido un trato discriminatorio por desigual. Además requiere el pago de la bonificación por el título obtenido que, afirma, le fue denegada.

Suma a lo anterior, el reclamo de daños y perjuicios que, dice, le fueron ocasionados.

IX.- Ahora bien, de cara a ello, corresponde en primer lugar, contextualizar jurídicamente el planteo efectuado.

Este Tribunal ha sostenido repetidamente que en el ejercicio de facultades atinentes a la política administrativa y a la ponderación de las aptitudes de los agentes, ha de reconocerse a la Administración Pública una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego, en aras de lograr un mejor servicio.

La autoridad administrativa posee al respecto, amplias facultades para reestructurar y renovar sus cuadros de personal por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Tal potestad ha sido expresamente reconocida, por el art. 154 del E.P.C.A.P.P., norma que establece que: "La autoridad administrativa podrá rotar al personal en sus funciones, por razones de reorganización o conveniencia administrativa, que no sean de carácter correccional previstas y penadas expresamente en el apartado e) del art. 111º".

La disposición transcrita faculta a la Administración a disponer traslados de personal, cuando las razones de servicio así lo requieran. La ponderación de tal extremo –existencia de razones de servicio- se enmarca en la órbita discrecional de la actividad administrativa.

En esta línea debe señalarse que, las "necesidades del servicio" conforman valoraciones discrecionales atinentes a la política conductiva que, en un momento determinado, realiza el poder administrador y no son susceptibles de control judicial, en la medida que sean ejercitadas razonablemente.

No obstante, "discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad", y en consecuencia, no se halla inhibido el control jurisdiccional de constitucionalidad y razonabilidad de la actividad administrativa desplegada en ejercicio de tales atribuciones. En consecuencia, los actos dictados por la autoridad, en ejercicio de la mencionada función administrativa, son revisables, si presentan ilegitimidad o arbitrariedad, sin que obste a ello el haber sido emitidos en ejercicio de facultades discrecionales, pues en tal caso la validez del acto dependerá de su razonabilidad, que debe ser verificada si se impugna judicialmente (cfr. Ac. 906/03 entre tantos otros).

Dicho control jurisdiccional no alcanza aquello que integra el ámbito de apreciación razonable de la administración ya que no corresponde que el poder judicial sustituya con su criterio personal, el también personal criterio del administrador.

Es que, contrariamente a lo que sucede en el marco de los actos puramente reglados, cuando la autoridad administrativa, ejerce una actividad que conlleva una cuota de discrecionalidad, actúa con mayor libertad, ya que su conducta no está predeterminada normativamente, sino por la finalidad a cumplir. Se efectúan valoraciones políticas y de conducción que constituyen el mérito, oportunidad o conveniencia del respectivo acto. Más que un juicio de legalidad, la Administración realiza aquí un juicio de oportunidad. Sólo así podrán las autoridades obrar con la oportunidad, la prudencia, la rapidez o energía que la apreciación del caso les aconseja como más conveniente, según el conocimiento que tiene de las personas, tiempos, lugares y demás circunstancias (Cfr. Acuerdo N°775/01, con cita del voto del Dr. Sesín en autos: "Linch Napoleón Justo c/ Provincia de Córdoba s/ Contencioso Administrativo" TSJ Córdoba. 2/6/96)).

En definitiva, los jueces pueden ejercer el control de legalidad del accionar administrativo pero el límite está dado por la imposibilidad de transformar su control, en un medio de intervención indirecta en la determinación de las políticas confiadas a los otros poderes del Estado.

En este punto, también viene al caso señalar que la garantía de estabilidad en el empleo no comprende la de desempeñar una función específica en un determinado puesto; por razones de interés, de índole organizativa, o



conforme las necesidades del Servicio y las condiciones personales del/la agente, la Administración puede asignarle otras funciones, siempre que se respete la categoría escalafonaria alcanzada y tal facultad sea ejercida en forma razonable (Ac. 906/03 "Urtazun").

X.- Sentado ello, en consideración a las tachas de irrazonabilidad y arbitrariedad imputadas por la actora a las decisiones tomadas por la Administración en el marco antes referenciado, resulta pertinente efectuar un repaso del legajo personal y constancias administrativas acompañadas a la causa.

Del Legajo personal de la actora surge que, por medio del Decreto 667/86, se la nombró a partir del 15 de marzo del año 1986, en la categoría 013-2, para desempeñarse como Auxiliar de Enfermería en el Hospital "Aldo Maulú" de Cutral Có.

Luego, con su conformidad, fue trasladada al Hospital "Castro Rendón", con fecha 17 de junio de 1988, categoría OFC-2.

En el Expte. 4420-24148/09 (fs. 1), obra un informe de la Lic. Nélide Castillo, Supervisora del Área, de fecha 17/10/08, dirigido a la Jefa del Departamento Enfermería para "plantearle la situación de la Auxiliar de Enfermería Díaz y solicitarle una definición al respecto".

Allí consigna: "el agente ingresa a la institución mediante un pase desde Cutral Có en el año 1988. En los años posteriores tuvo un ausentismo imprevisto siempre alto, entre artículo 61, 62 y 78. En el año 2002 comienza con problemas de salud estando con certificado desde el 27/5/02 hasta el mes de octubre del mismo año donde se le da el alta, no queriendo la agente volver a reintegrarse a sus tareas, siendo intimada por la Dirección del Hospital para hacerlo. En el año 2004 cursa embarazo patológico por lo que presenta artículo 62 y posterior artículo 73 desde el 26/5/04 hasta el 31/10/04. En el año 2005 denuncia accidente laboral el 26/01/05 y permanece con artículo 65 hasta el 31/10/2005 donde se le da de alta con una adecuación de actividades, que no puede desarrollarlas en el ámbito de la Enfermería, por lo que se le adecuan las actividades pasando a cumplir actividades en el Servicio de Personal. En el mes de enero 2006, aún estando con la adecuación de actividades por el accidente laboral en su mano, presenta otra patología, estando con art. 62 hasta el 20/10/07; luego se le otorgan días de licencia, mientras corren los trámites jubilatorios por incapacidad. Desde ese momento y hasta el presente se la ha "reubicado" de nuevo en el Servicio de Neonatología realizando algunas actividades relacionadas con la preparación de material ya que la indicación médica indica "media jornada laboral hasta el 4/01/08 y no levantar pesos > a 1 kg. y no realizar movimientos repetitivos que involucren miembro superior izquierdo. Por lo que puede realizar es muy poco, no puede lavar material, ni secarlo, sólo envolverlo. Observándose que luego de la jornada laboral tiene su miembro superior izquierdo edematizado. Además en el año 2001 se le inicia un sumario administrativo... por el cual fue sancionada en octubre de 2006 con 15 días de suspensión. En mayo del 2008 desde el Departamento de Enfermería se eleva nota solicitando cambio de función por la imposibilidad de realizar tareas de Enfermería para las cuales fue nombrada. Teniendo en cuenta: que su permanencia en la atención directa de pacientes, desde el año 2002 hasta la fecha, ha sido en forma discontinua (sólo lo hizo en el 2003) y sin contacto directo con pacientes en forma permanente desde enero 2005 hasta la fecha; que por su patología no puede realizar tareas en Enfermería, dentro de la atención directa de los recién nacidos; que según consta en su legajo, estaría tramitando su jubilación por discapacidad" se solicita una solución definitiva, proponiendo como alternativa: "cambio de función (el agente estuvo cursando estudios de Técnico Superior de Administración Pública) o asignación en otra dependencia del Hospital" (fs. 1/2).

Dicho informe fue remitido por la Jefa del Departamento Enfermería al

Departamento de Recursos Humanos y se indicó que, en atención a los conocimientos en gestión administrativa que poseía la actora, debería proponerse el cambio de sector y liberar la vacante a fin de cubrir con un postulante que pueda cumplir con la función (fs. 3).

El Jefe del Departamento de Recursos Humanos coincidió en el cambio de función de la Sra. Díaz a los efectos de no generar mayor malestar en la misma (fs. 6, del 4/11/08). Tuvo en consideración, además, que "dada la situación crítica por la que atraviesa este nosocomio, no estamos en condiciones de perder una vacante de enfermería, por lo que debería ser una decisión de la Dirección, gestionar la liberación del cargo, sin utilizar la vacante". Solicitó la



intervención de la Directora Asociada de Servicios Diagnóstico y Tratamiento para dar continuidad al trámite, sin perder de vista que la Sra. Díaz necesitaba una reubicación con cambio de función en el menor tiempo posible.

Luego, se requirió la participación del Servicio de Salud Ocupacional a los fines de describir las funciones que podía desarrollar para definir el lugar adecuado para su quehacer laboral (fs. 7).

Dicho Sector informó que "...las tareas adecuadas de dicha agente en forma permanente son: no puede levantar ni trasladar peso mayor de 1 kg.; no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo; estas tareas deben ser tenidas en cuenta a la hora de definir el lugar adecuado para su quehacer laboral" (fs. 8).

Ese trámite fue el antecedente de la Disposición N° 327/08 del Director General del Hospital, mediante la cual le asigna funciones como "auxiliar administrativa", a partir del 18/12/08; ordenó cubrir un cargo nuevo con presupuesto 2009 y no convertir la vacante del Departamento de Enfermería. Se expresó que era necesario regularizar la situación laboral a los efectos de reflejar en la planta funcional del Hospital, los puestos de trabajo efectivamente ocupados; también, que, de acuerdo a los informes médicos de la actora si bien la tarea acorde a su adecuación debería ser la de "repcionista", a los efectos de mantener su agrupamiento actual debería ser encuadrada como "auxiliar administrativo".

Dicha decisión fue impugnada por la actora solicitando mantener la función de Enfermera; alegó que existían tareas de enfermería que podía realizar, con lo cual la "adecuación de tareas" debía efectuarse dentro de sus funciones habituales y en su sector de trabajo.

Ínterin, el 18 de febrero de 2009, presentó fotocopia certificada del título de Enfermera profesional –expedido con fecha 15/12/08- y solicitó su reencasillamiento.

Dictaminó el Departamento de Asesoramiento jurídico del Hospital y propició el rechazo del cambio de agrupamiento.

La actora comenzó a cumplir tareas como personal de la Guardia de Emergencia de Adultos, con funciones como "auxiliar administrativo" con turnos rotativos, francos no calendarios y turnos nocturnos (fs. 23).

Notificada la Sra. Díaz (fs. 27) en pos de alcanzar su consentimiento respecto al cambio de función de "auxiliar administrativo a auxiliar de estadística con gestión de pacientes", ya que sólo con este último puesto podría percibir la bonificación por rotatividad al 9%, no lo aceptó y alegó que su función era Enfermera (fs. 27).

Luego, a fs. 28/30, rechazó el cambio de función y solicitó su reencasillamiento por entender que se conculcaban sus derechos laborales, su persona y su salud. Agregó que desde que se le efectuó el cambio a la guardia de adultos, el 31/8/09, se encontraba cumpliendo funciones con rotatividad completa y, por ende, percibe la bonificación por rotatividad.

En especial, mencionó la opinión de su médico tratante, Dr. Peñaloza, especialista en oncología, de fecha 28/8/09, quién dictaminó que podía desempeñarse en tareas de enfermería neonatología con pacientes no críticos, no debiendo realizar movimientos repetitivos que involucren miembro superior izquierdo, ni tareas que involucren levantar o trasladar pesos superior a dos kilos, debiendo ser reevaluada periódicamente para tal fin.

A los fines de regularizar la situación y resolver la situación laboral de la actora se dictó la Disposición N° 279 (diciembre de 2009), mediante la cual se rechazó el recurso interpuesto contra la Disposición 327/08, como también la solicitud de reencasillamiento; se dispuso asignar a la agente Díaz la función de auxiliar de Estadística con Gestión de pacientes debiendo cumplir tareas en la guardia del nosocomio.

Se explica en sus considerandos, la incompatibilidad entre la adecuación de tareas otorgada (hasta ese momento consideradas permanentes) y las tareas de enfermería. Entre otras cosas, ponderó la certificación de medicina laboral, las potestades de organización en base a las necesidades del servicio, y la necesidad de que ambas partes se vinculen de buena fe, esto es que el agente tome las funciones encomendadas y la administración le asigne un puesto acorde a sus posibilidades técnicas y físicas. Explica que la decisión de asignarle la función de auxiliar de estadística ha sido debidamente fundada en base a razones fácticas y que no varían en lo esencial o sustancial de la primera tarea que dio comienzo a la relación laboral y que ahora no podía cumplir; que la solución encontrada ha sido elaborada a efectos de no causar perjuicio alguno a la agente y fundada en necesidades de cubrir el servicio.

Así, mediante la Resolución 737/10, del 11/5/10, el Ministro de Salud transformó el puesto de "auxiliar de enfermería" de



la Planta funcional del Hospital Castro Rendón en un puesto de "auxiliar de estadísticas", asignándole el cargo a la actora en forma retroactiva -a partir del 22/12/09-, con su respectivo agrupamiento.

A la actora se le realizó una Junta médica el día 9 de abril del 2010. Allí se efectuó un repaso de los antecedentes en la prestación de su tarea y se concluyó que, podía cumplir sus funciones de acuerdo a su nombramiento, sin cambios y se ratificó lo dictaminado en Junta médica realizada en el Hospital Castro Rendón donde se indican las tareas adecuadas que podía cumplir (fs. 358 Expte. 5000-6280/10 y su agregado 4420-51542/10).

La Jefa del Dpto. de Enfermería (fs. 361/362 del expediente administrativo mencionado) vuelve a efectuar un recuento de las antecedentes de la Sra. Díaz en atención a su ubicación. Así informa que: "... dejó de cumplir tareas específicas como auxiliar de enfermería del servicio de Neonatología en el año 2005 por presentar adecuación de tareas, posterior a una cirugía de mano que le exigía utilizar un guante en forma permanente que le impedía cumplir con las tareas como auxiliar de enfermería. Es en ese momento cuando se le asignan tareas administrativas en el servicio de personal hasta tanto gestione su jubilación por incapacidad. A partir del 5 de enero del año 2006 hasta el 20 de octubre del año 2007 está con artículo 62 por patología oncológica. Se reinserta con adecuación de tareas y disminución a 4 hs. por día a partir del 4 de diciembre del 2007, en las indicaciones médicas no se especificó que no pudiera estar en Esterilización ... se menciona (la actora) que estaba expuesta a calor... cabe aclarar que nunca estuvo en el Sector de máquinas, el resto del servicio cuenta con aire acondicionado y solo realizaba tareas de envolver ya que no se la quería exponer a mayores riesgos y pese a querer respetarle la adecuación se observaba gran linfedema al final de la jornada de trabajo. "LA TAREA ESPECIFICA DE ENFERMERIA ES BRINDAR CUIDADOS". La agente solicitaba quedarse como administrativa de la Jefa de Sector, la realidad es que cada Jefe de Sector no tiene determinado un recurso como asistente y menos aún si es personal de enfermería ya que éste es considerado recurso crítico. Las altas médicas con las adecuaciones de tareas que especificaba la Médica Laboral son imposibles de respetar dentro de la enfermería, ejercer la función para la cual nos formamos implica contar con aptitudes físicas, condición que la Sra. Díaz no tenía..." En la Resolución 2154/10 también se explican los motivos que justificaron la decisión adoptada por el Ministro de Salud. Se alude a los argumentos brindados por la Jefa del Departamento de Enfermería del Hospital Castro Rendón, al decir que la "...tarea específica de enfermería es brindar cuidados...", por eso la adecuación de tareas es imposible de respetar dentro de enfermería. Ejercer la función, para la cual se han formado, implica contar con aptitudes físicas, condiciones que la Sra. Díaz no tenía. Se indica que no es responsabilidad de la conducción que haya elegido continuar con estudios inherentes a la formación de Licenciada en Enfermería cuando ya desde febrero del 2004 no cumplía con tareas de enfermería; agrega que toda su formación la realizó estando bajo licencia por artículo 62 y, parte, con adecuación de tareas. Resalta como meritorio el interés en aprender, pero se alegó que la disciplina requiere no sólo conocimientos sino capacidad física para poder trabajar, más aún en la complejidad de la Institución. Se indica que es posible la prestación de servicios en otro nivel de atención, donde la asistencia sea al usuario ambulatorio y de auto-cuidado, que no requiera realizar esfuerzos por encima de lo establecido por Medicina Laboral. Se refiere que el Hospital, por ser el de máxima complejidad de la Provincia, ingresan pacientes en condiciones críticas que presentan altas demandas de cuidados de enfermería, lo que implica que el personal deba estar en condiciones físicas de poder dar respuestas, ya que no siempre se puede contar con alguien que complementa lo que no puede ofrecer (fs. 361/362 Expte. 5000-006280/2010).

Y, por último, el Decreto 829/11 dictado por el Sr. Gobernador de la Provincia, luego de transcribir todos los antecedentes, decisiones y recursos promovidos, decide también rechazar el reclamo.

En lo que aquí importa destacar, expresa "que en realidad en los distintos informes médicos, confirmados por la última Junta Médica realizada, se realiza una adecuación de tareas...; que más allá del carácter de permanente o no de la incapacidad, lo cierto es que mientras esté indicada esa adecuación, las tareas a cumplir deben respetarla, al menos hasta que exista una nueva adecuación; que es importante destacar que el pedido de cambio de funciones surgió del sector de enfermería y no por capricho de las autoridades del Hospital; que sin perjuicio de la descripción de los puestos que realice la norma, nadie conoce mejor las necesidades de cada sector que quienes prestan servicios en él. De modo que lo manifestado en los informes obrantes por integrantes del Departamento de Enfermería, resultan



antecedentes de gran importancia en la resolución del tema, en cuanto son los hechos que justifican el dictado de la norma que determinó el cambio de funciones; que así la Supervisora del Área de Enfermería, de fecha 17/10/08, realiza un resumen del historial de la agente donde describe las funciones que cumplía en ese momento, así como las dificultades y perjuicios que las mismas le producían; que, del informe, de fecha 14/5/10, emitido por la Jefa del Departamento de Enfermería del Hospital Castro Rendón, describe la actividad de la institución y refiere las enormes dificultades que acarrea contar con personal que no pueda cumplir todas las funciones... dada la gravedad de sus afecciones, como la escasez de personal; que ...incluso en los últimos años, tampoco cumplió tareas de auxiliar de enfermería... que, además, para ejercer la enfermería no se requiere solo conocimientos, sino condiciones físicas. Su desempeño en el sector ha resultado antifuncional...; que, a lo que está obligada la Administración es a asignarle tareas según la adecuación indicada, respetando su categoría. Todo esto se cumplió...; que, en cuanto al pago del adicional por poseer título, no corresponde en cuanto no realiza tareas para las que se requiera tal capacitación [cita el art. 2º inc. E-2 de la Ley 2562]; que...los actos que generaron todos los recursos posteriores,... se han dictado dentro del marco de las facultades conferidas a los superiores jerárquicos para el orden de los recursos a su cargo, por el EPCAPP y la Ley 1284, debidamente fundados en circunstancias de hecho y con el único fin de optimizar el servicio y preservar la salud de la trabajadora. Por otra parte, se respetó la estabilidad de la agente, así como la indicación médica de readecuar tareas...".

XI.- De la descripción de los antecedentes más relevantes que ha sido llevada a cabo, no se advierte que se haya ejercido en forma irrazonable [al punto de justificar su descalificación] las facultades de organización con las que cuenta la demandada.

Se ha acreditado que las condiciones personales de la agente –referidas a su salud- hicieron necesario asignarle nuevas funciones [incluso hay constancias que en el período comprendido entre el año 2008 y 2009, no se habrían respetado las indicaciones médicas dadas –cfr. informe de fs. 71-].

Los informes médicos fueron contestes en la necesidad de la "adecuación" de tareas"; es más, hasta el 09/04/10 (informe de Junta Médica de fs. 116), si bien se indica que puede cumplir sus funciones de acuerdo a su nombramiento, se ratifica lo dictaminado en Junta Médica realizada en el Hospital Castro Rendón "donde se indican las tareas adecuadas que debe cumplir" [en la demanda se omite esta última consideración].

Igual constancia surge del informe de Junta Médica psiquiátrica de fs. 71, realizado el 14/9/10 donde se le otorga licencia debido a su patología psíquica por el "cambio de funciones forzoso", indicando que "si se le restituyera sus funciones de Lic. en enfermería, estaría en condiciones de realizar sus tareas habituales con la adecuación antes mencionada".

Entonces, no hay dudas que no poseía una aptitud total para el desempeño de la función en el sector enfermería y, en este punto, resultan coherentes todas las constancias consideradas en sede administrativa para adoptar la decisión (dictamen de la Oficina Médico Laboral de la Subsecretaría de Salud, los informes remitidos por la Supervisora del Área donde prestaba funciones y la Jefa del Departamento de Enfermería, de los que surge que no estaba cumpliendo la función de auxiliar de enfermería; sólo las ejerció en el 2003).

Por su parte, en la causa, se ofreció una pericia médica. De acuerdo a los puntos de pericia propuestos por la actora, el experto debía pronunciarse sobre: 1) limitaciones en sus funciones e informe a su criterio si la Sra. se encuentra en condiciones de realizar tareas de Licenciada en Enfermería; 2)

Determine en caso de existir incapacidad y grado de la misma; 3) informe teniendo en cuenta para éste cálculo estado anatómico y fisiológico del sector afectado, con alusión integral al organismo como un todo, si las actividades propias de la enfermería son compatibles con el estado de salud de la actora y en su caso se pronuncie sobre la viabilidad de que ésta realice el trabajo de licenciada en enfermería en forma satisfactoria; 4) informe en caso de existir incapacidad y grado de la misma en la persona de la actora y en su caso si la misma es de evolución progresiva; 5) cuáles son las tareas que la actora puede realizar teniendo en consideración lo planteado en la presente demanda; 6) en la anamnesis de la actora deberá consignar: a) médicos consultados, fechas, diagnósticos de los mismos; estudios a los que fue sometida y resultados de los mismos; 7) tratamientos instituidos médicos que los prescribió y detalles de en



qué consistieron; 8) si la enfermedad presentada por la actora es de carácter ambulatorio o requiere internación, así como fase en la que se encuentra actualmente; si del estudio de la anamnesis surge que la misma tenga una incapacidad tal que le impida desempeñarse como licenciada en enfermería.

Así, el informe del perito médico (fs. 245/246) comienza por señalar que éste se ha confeccionado en base al "detallado análisis y evaluación de las constancias documentales existentes, en el expediente judicial y la eventual documental reservada en Secretaría, el examen clínico practicado a la periciada, los puntos de pericia propuestos y la consulta de bibliografía médica y legal relacionada con este caso concreto".

Luego, en la "anamnesis directa" dice que del interrogatorio médico efectuado puede inferir que su relato resulta genéricamente congruente con las constancias documentales disponibles y/o con los hallazgos periciales. Respecto al "examen físico" comprueba la actual presencia de escasos síntomas y signos relacionados con la afección neoplásica que sufrió y que fuera motivo de tratamiento quirúrgico en el año 2006. La descripción de las mismas, no resultan de particular interés, en este caso concreto.

Contestando los puntos de pericia refiere sobre el estado actual de la actora, es decir, al momento de la pericia - 1/3/12-; a su criterio ésta se encuentra en excelente estado de salud física, por lo que estima no tendría sustanciales impedimentos para desempeñar -de manera eficiente, saludable y continuada- con las tareas laborales propias de una Licenciada en Enfermería agregando que, de todos modos, ello no obsta que también puede desempeñarse en otras tareas técnico-administrativas, propias de un Servicio de Salud organizado y complejo.

A la pregunta dos, respondió que en las condiciones psicofísicas actuales no presenta ninguna minusvalía laboral mensurable, relacionada con la afección sufrida ni con su tratamiento posterior. Luego, las respuestas a los puntos 3, 4, 5 se remiten a lo contestado en primer lugar; a la pregunta 8, se remitió a los antecedentes documentales de autos; a la pregunta 7 dijo que no presentaba manifestaciones clínicas ostensibles por lo que resulta de carácter ambulatorio; a la pregunta 8, reitera lo contestado en primer término.

De ello podría extraerse que, al momento de la pericia, según el perito, la actora no tendría "sustanciales" impedimentos para desempeñar las tareas laborales propias de Licenciada en Enfermería; pero, dado que no aclara qué comprende el término "sustanciales", no es posible asumir que las limitaciones que fueron ponderadas en sede administrativa para disponer la adecuación de tareas no hayan existido o no existan a la fecha de la pericia (no levantar ni trasladar peso mayor a 2 kg, no realizar movimientos repetitivos que involucre miembro superior izquierdo); tampoco puede soslayarse que no fue desafectada de las funciones que desempeñaba como "Licenciada en Enfermería", sino de "Auxiliar de Enfermería".

En este orden, vale advertir que no fue producida la pericial en medicina laboral en la que se solicitaba que se designe perito médico oncológico a fin de que informe "limitaciones en sus funciones e informe a su criterio si la actora se encuentra incapacitada para realizar tareas de Licenciada en Enfermería; cuál es el tratamiento habitual y cotidiano para pacientes con esta patología en relación a su ámbito laboral; hasta cuanto peso la actora puede manipular y en su caso manifieste si esto le crea una incapacidad tal que le impida desempeñarse como licenciada en enfermería, si la enfermedad la incapacita para ejercer funciones de [no terminó la frase]; etc.

Ahora bien, más allá de todo ello, lo cierto es que lo relevante aquí, es determinar si -de cara a sus limitaciones funcionales- ha resultado arbitrario o irrazonable la decisión de otorgarle otras tareas distintas a la del sector enfermería, en lugar de adecuarle las propias del sector.

Luego, partiendo de tener por acreditado que a la actora debían "adecuarle las tareas" que realizaba como "auxiliar de enfermería" [puesto que el título de Licenciada en Enfermería lo obtuvo con posterioridad], no se presenta como irrazonable que la Administración haya sopesado las necesidades concretas del Servicio y, en atención a los motivos esgrimidos por la Jefa y Supervisora del sector [escasez de personal, urgencias y las tareas delicadas que allí se llevan a cabo] se haya dispuesto el traslado, en lugar de adaptar el servicio a las necesidades de la actora.

Es que no puede tacharse de irrazonable que se haya tratado de conciliar los intereses de ambas partes, máxime teniendo en cuenta el interés público que subyace en la prestación que brinda el organismo sanitario de mayor complejidad de la Provincia.



Y tampoco, en orden a los motivos esgrimidos en los actos atacados, podría afirmarse que se haya razonado falsa o indebidamente, como se afirma en la demanda.

Para más, no puede soslayarse que, si bien la actora obtuvo el título de Enfermera Profesional ínterin se desarrollaba el conflicto, lo cierto es que la función para la cual fue designada originariamente era "auxiliar de enfermería", con lo cual, la diplomatura posteriormente obtenida tampoco irroga la obligación por parte de la Administración de propiciarle –sin más– un puesto distinto al que motivó su nombramiento (cfr. art. 16 del EPCAPP).

XI.1.- Y ello nos introduce en el tema atinente a la supuesta vulneración al derecho a la carrera que la actora esgrime en su escrito postulatorio.

En este punto, recuérdese que el EPCAPP en su Capítulo V "DERECHOS" de los agentes, establece en su artículo 11° el derecho a la "carrera administrativa", consagrándolo como aquel que permite el progreso dentro del ámbito de actuación del agente, pudiendo ascender de un grupo, categoría o clase a otros superiores, siempre que acredite título habilitante, capacitación específica o idoneidad suficiente adquirida en el ejercicio de sus funciones.

El artículo 16° del mismo cuerpo normativo reza: "El título habilitante o la especialidad que adquiera el personal no será, por sí sola, condición suficiente para pertenecer a determinada clase, categoría o grupo, debiendo revistar en aquella función o tarea para la cual fue nombrado".

Por otro lado, el artículo 18° prevé: "Para que el personal tenga derecho a ser ascendido deberán concurrir las siguientes circunstancias: a) Que existan en su grupo, vacantes en las categorías y clases superiores y sea necesario cubrirlas a juicio de autoridad competente, o sean creados nuevos cargos de acuerdo con las necesidades del servicio; b) Que los aspirantes de las categorías inferiores reúnan las condiciones y calificaciones que se establecen en este Estatuto y las que se requieran por reglamentaciones especiales o de los concursos para su provisión; c) Que en un grupo distinto al de su clasificación exista vacante, y la autoridad competente resuelva cubrirla, o se creen nuevos cargos y reúnan los antecedentes, calificaciones y demás requisitos reglamentarios y especiales para su provisión".

De la correlación de los artículos transcriptos surge que el derecho a ser ascendido [o, en su caso, a ser reencasillado] no es un derecho absoluto o automático, sino que responde a cuestiones de mérito y de posibilidades de la Administración, con lo cual depende entonces de circunstancias personales del agente y la existencia de vacantes o la creación de cargos –sujeta siempre a razones de servicios–, la previsión presupuestaria y la decisión de la administración de cubrirlas.

Esta cuestión ha sido tratada en varios precedentes de este Cuerpo.

Recientemente, mediante Acuerdo 55 del 2015 en autos "MUÑOZ ANTONINA" se expresó: "En cuanto al reencasillamiento de categoría profesional, se adelanta que tampoco resulta procedente por la sola circunstancia de haber alcanzado el título profesional; ello sin más, no le otorga derecho a percibir una categoría mayor. 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) no corre en forma separada de las necesidades del servicio en el que se inserta".

Al respecto, sostiene la actora que se encontraría acreditada la existencia de vacantes, a partir del llamado a concurso para la renovación de 4 cargos de supervisión en el Dpto. de Enfermería.

Sin embargo, ello si bien arroja como dato objetivo la existencia de vacantes [uno de los recaudos], no implica que a la par deba asumirse que hubiera correspondido su reencuadramiento en un puesto/función acorde al título de "Licenciada en Enfermería" ya que, aun cuando nada de lo aquí ventilado hubiera sucedido, tampoco sería posible conceder que hubiera tenido la chance cierta de haber obtenido uno de esos cargos (en el mejor de los casos, lo único cierto es que poseía el título requerido para poder presentarse a dicho concurso).

Y todo lo demás que argumenta, en punto a su idoneidad, experiencia y desempeño, tampoco logran sortear el hecho que, en esta materia, es la Administración la competente para evaluar la necesidad de cobertura de las vacantes y las condiciones personales de los agentes, con lo cual ninguna relevancia posee el dato proporcionado a los fines de poder variar la solución del caso.

Desde otro lado, aún cuando se haya planteado en la demanda un capítulo específico denunciando discriminación y



desigualdad de trato, afirmando que en su caso se ha actuado en forma arbitraria y discriminatoria, el análisis realizado permanece incólume.

Es que, más allá que la prueba arrimada a tal efecto (copias simples de los informes médicos que indican tareas adecuadas a dos agentes) no alcanza para extraer una conclusión determinante (no hay modo de poder concluir que se estaba ante exactamente la misma situación), lo cierto es que tal alegación tampoco sería susceptible de mutar el análisis que se viene realizando.

Entonces, hasta aquí, no advirtiéndose que las decisiones impugnadas posean las tachas efectuadas (arbitrariedad-irrazonabilidad) todo lleva a colegir que el conflicto queda reducido a una discrepancia con lo actuado por la Administración [la actora estima que, en lugar de haberse otorgado tareas administrativas, deberían haberse adecuado las tareas desempeñadas en el sector enfermería a sus limitaciones funcionales- la Administración, en función de las mismas circunstancias, ha estimado que por las necesidades imperantes en el sector, era más conveniente disponer que la actora cumpliera funciones fuera del sector].

Y es aquí, entonces, donde adquieren relevancia las premisas sentadas al inicio de este voto, en relación con el alcance del control jurisdiccional en la materia: "La actividad de la Administración vinculada con las facultades emanadas del art. 154 del EPCAPP, si bien no está exenta de contralor judicial, dicho control no alcanza aquello que integra el ámbito de apreciación razonable de la administración ya que no corresponde que el poder judicial sustituya con su criterio personal, el también personal criterio del administrador".

"Tratándose de una relación de empleo público, el Estado, en cumplimiento de los cometidos públicos, puede modificar las modalidades de la prestación de los agentes y funcionarios, siempre y cuando no vulnere su estabilidad y tal accionar, no suponga un obrar persecutorio".

"Las apreciaciones de oportunidad, mérito o conveniencia cuando el propio orden jurídico autoriza, explícita o implícitamente, su concreción por la administración, no pueden ser revisadas por el juez; ni siquiera con el pretexto de hacer una valoración de justicia, porque implicaría vulnerar la separación de poderes, dado que el propio sistema ordinamental quiere que tal marco de libertad sea integrado por lo que se considere más conveniente o útil.

El juez controla la juridicidad, no sustituye ni valora la oportunidad o conveniencia ya apreciada o seleccionada creativamente por la administración" (cfr. Domingo Juan Sesin. Administración Pública, Actividad Reglada, Discrecional y Técnica. Depalma, págs. 222 y 251).

En función de todo ello y sin desconocer el esfuerzo argumentativo empleado en la demanda, lo cierto es que no existe mérito para descalificar los actos atacados toda vez que no ha logrado acreditarse los supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad invocados.

Antes bien, puede concluirse que las facultades de reorganización de la Administración han sido razonablemente ejercidas en función de las necesidades del servicio y, en ese contexto, no se advierte comprometida la garantía de estabilidad en el empleo, toda vez que se ha respetado la categoría escalafonaria alcanzada por la agente y sus atributos.

Siendo así, toda vez que el reclamo indemnizatorio se encuentra estrechamente vinculado con la suerte del planteo de nulidad de los actos administrativos impugnados, deviene innecesario entrar a su consideración.

XII.- Por último, cabe abordar el reclamo en cuanto a la "falta de pago de título de licenciada" (pto. 5 de la demanda).

Como se dijo anteriormente, la Administración rechazó tal pedido en función de lo dispuesto por el art. 2 E2 b de la Ley 2562.

Por su parte, la actora, en su demanda, cita en su apoyo el EPCAPP y el art. 2 de la Ley de Remuneraciones (2265) a modo de acreditar que el pago del título no está sujeto a la recategorización, sino que es un adicional independiente, con lo cual, a su criterio, correspondería que se le abone el adicional en relación con el título obtenido.

Ahora bien, la Ley 2562, es la Ley que rige las remuneraciones del personal de sistema de Salud Pública Provincial dependiente de la Subsecretaría de Salud. Y es ésta Ley, la que en su art. 2. E. 2 contempla el adicional por "título".

Así, en el punto E.2.b) establece que éste se abona "cuando el mismo corresponde a la capacitación requerida para



el puesto de trabajo".

Desde allí, si la actora no cumple [ni cumplió] un puesto de trabajo en el que se requiera el título de "Licenciada en Enfermería", la razón que justificó su denegación por parte de la Administración, guarda compatibilidad con la norma aplicable, vértice que determina el ajuste de lo decidido al principio de legalidad.

A todo evento, vale señalar que de los recibos de haberes acompañados a la causa, surge que la actora percibe un adicional por "título" –incluso antes de haber obtenido el de enfermera profesional–, con lo cual es posible colegir que, efectivamente, se le abona este ítem en función de la capacitación que exigía el puesto de trabajo para el cual fue nombrada [auxiliar de enfermería].

XIII.- Entonces, no surgiendo de autos que haya existido un obrar irrazonable o arbitrario por parte de la Administración, no hay motivos para descalificar los actos impugnados; en ese cuadro, jurisdiccionalmente no podría suplantarse el criterio con el que se ha conducido la demandada en la ponderación de los factores en juego, disponiendo de qué forma, en qué tareas y en qué sector debería haberse cumplido la "adecuación de tareas", pretensión que, en definitiva, es la que emerge del conflicto suscitado.

XIV.- Por todas estas consideraciones, se propone al Acuerdo desestimar la demanda interpuesta en todas sus partes, con costas a cargo de la actora en su calidad de vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 78 del C.P.A.). ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E MASSEI dijo: en orden a los argumentos expuestos por el Sr. Vocal que abre el Acuerdo, comparto la solución acordada por lo que he de emitir mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda incoada por la señora MARIA CLOTILDE DIAZ contra la PROVINCIA DE NEUQUEN; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) 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](#)

"MEZA EZEQUIEL RODOLFO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3177/2010) – Acuerdo: 16/16 –
Fecha: 04/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. POLICIA. DISTURBIOS EN LA VIA PÚBLICA. LESIONES AL ACTOR. SOBRESEIMIENTO PENAL. FALTA DE SERVICIO. PRESUPUESTOS. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Resulta improcedente responsabilizar al Estado Provincial por los daños y perjuicios derivados de las lesiones que el actor dice haber padecido en oportunidad de un procedimiento policial al que acudieron los efectivos por el llamado anónimo de un



vecino que los alertaba de disturbios en la vía pública. Ello es así, toda vez que en sede penal el juez de instrucción determinó de forma expresa que el sobreseimiento se dicta de conformidad con lo dispuesto en el art. 301 inc. 4to. del C.P.P., es decir porque entiende que el delito no fue cometido por el imputado. Asimismo, resulta claro que en este juicio reparatorio no se logró acreditar por parte de quien debía hacerlo - accionante- el ejercicio anómalo de la actuación por parte de los agentes policiales, de modo que hayan cumplido de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial, o lo que es lo mismo, que haya existido por parte de la policía de Neuquén una irregularidad en la prestación del servicio.

2.- Para que se configure ese supuesto de responsabilidad [falta de servicio] es necesaria la presencia de determinados requisitos, a saber: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12 entre otros).

Texto completo:

ACUERDO N° 16. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, 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 Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MEZA EZEQUIEL RODOLFO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3177/2010, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 19/28 se presenta el señor Ezequiel Rodolfo Meza, por derecho propio y con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita se haga lugar a la indemnización por los daños y perjuicios que dice le fueron ocasionados el día 5 de agosto de 2007, como consecuencia del actuar de la policía provincial, por el monto de \$214.080 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más los respectivos intereses y la imposición de costas.

Relata que el día indicado, alrededor de las 7:00 horas, en oportunidad de encontrarse en la casa del Señor Pablo Peralta, junto a otras personas y con motivo del festejo del cumpleaños de este último, ingresó personal policial por la fuerza y sin motivo alguno lo tiraron al suelo y lo golpearon en las costillas, cabeza y la cara, habiendo sido luego arrastrado de los pelos hasta el móvil policial donde fue esposado y trasladado a la Comisaría Quinta de la localidad de Centenario.

Describe que, una vez en la comisaría, solicitó explicaciones acerca del motivo de la detención, lo que motivó que un agente le pegara un fuerte golpe en su nariz, para luego caer al suelo y ser pateado por varios uniformados.

Indica que a las 15 hs. fue dejado en libertad, oportunidad en la que se dirigió hacia el Hospital de Centenario, donde se constató mediante una radiografía una fractura del hueso de la nariz.

Enfatiza que ha sido víctima de un caso de brutalidad policial, que intenta acreditar a través de los recortes periodísticos y el accionar de distintos organismos de derechos humanos.

Bajo el apartado III) realiza el encuadre normativo de su pretensión y entiende que la responsabilidad del Estado en este caso debe subsumirse en lo dispuesto por el artículo 1113 del Código Civil, en tanto la accionada debe responder "en forma directa por la actuación u omisión de sus órganos, en este caso, la policía, por el deber de garantía de la conducta de los dependientes o subordinados en la ejecución de sus funciones".



Agrega que el personal de la policía tuvo un actuar doloso e incurrió en una actuación indebida, generando responsabilidad del Estado, en tanto existe un deber de seguridad que ha sido incumplido desde que fue ingresado a la camioneta y mientras estuvo demorado, máxime cuando no representaba peligro alguno para la sociedad, no estaba cometiendo delito alguno, ni lo había cometido.

Bajo el apartado IV) detalla cada uno de los rubros cuya reparación pecuniaria reclama: a) En concepto de daño moral reclama la suma de \$75.000, que pretende como reparación de la angustia que el hecho le generó tanto a él como a sus padres, que son quienes lo contienen y acompañan. Agrega que vio frustrado su deseo de ingresar, una vez finalizado el ciclo secundario, a la Escuela de Oficiales del Colegio Militar de la Nación, ya que como requisito se requiere el perfecto estado de salud y la ausencia de marcas visibles.

También detalla que a raíz de las lesiones sufridas padeció prolongados dolores por los golpes, durante el proceso de curación, de rehabilitación y la mayor incidencia de trastornos degenerativos; b) Por daño estético reclama la suma de \$40.000, el que pretende con independencia del daño moral y como consecuencia de la fractura de su nariz, lo que le provoca una afectación de su apariencia de por vida, con visibles indicadores que constituyen alteraciones estéticas de importancia; c) Como reparación por el daño psíquico o psicológico, reclama la suma de \$14.080, a cuyo fin alega el padecimiento de una "neurosis traumática", o síndrome post conmocional, y alega una serie de cuestiones como la alteración de su personalidad, el constante mal humor, etc., por lo que entiende que requiere de un tratamiento psicológico; d) En concepto de gastos médicos y de farmacia pretende como reparación la suma de \$25.000; e) Engloba los rubros lucro cesante y pérdida de chance, por los que estima para su reparación la suma de \$60.000. A tal fin alude que la desfiguración sufrida en su rostro no le permitirá ingresar a las Fuerzas Armadas, con la consecuente pérdida de haberes y derecho al ascenso, a lo que se suma la frustración sufrida por sus padres en tanto albergaban la esperanza de recibir en un futuro su ayuda con lo que percibiera; f) Bajo el rubro daños a la persona, pretende la suma de \$30.000, donde incluye el daño físico, incapacidad sobreviniente y el daño al proyecto de vida y vida en relación. En el punto insiste en que ha tenido que cambiar de hábitos y modo de relacionarse con los demás, a lo que suma la exclusión en el futuro del mercado laboral como consecuencia de la rotura de su nariz.

Para finalizar funda su petición en derecho, efectúa la reserva del caso federal y ofrece la prueba que considera pertinente.

II.- A fojas 39/45 se presenta la demandada e interpone excepción de incompetencia.

A fojas 52/54 el Juez interviniente declina su competencia y remite las actuaciones a este Tribunal Superior de Justicia.

A fojas 63/64 mediante R.I. 12/11 se asume la competencia y se ordena el cumplimiento de los recaudos de admisibilidad de la acción procesal administrativa, a cuyo fin el actor efectúa la presentación de fs. 70 y vta., declarándose a fs. 81 la admisibilidad del proceso por R.I. 292/11.

III.- A fojas 82 el actor ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fojas 97/98 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado de la Provincia, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de cumplir con la negativa de rigor, y desconocer la documental aportada por la actora, que especifica en el punto IV) de su escrito, expone su versión de los hechos.

Parte de sostener que el actor es el único responsable por lo acontecido, como también de sus consecuencias; describe que la supuesta detención ocurre en un complicado contexto de desorden grupal, en el que participaron numerosas personas que realizaban disturbios en la vía pública, con el empleo de violencia y agresión hacia los efectivos policiales, quienes acudieron al lugar en respuesta a un llamado anónimo de un vecino y actuaron en forma reglamentaria.

Afirma que el actor omite en su relato dar cuenta del ilícito que protagonizara antes de su detención, que es además la causa de la herida que refiere haber sufrido en su nariz.

Agrega que el personal policial también recibió ataques violentos que los pusieron en la obligación de defenderse mediante el ejercicio legal y razonable de los medios con que cuentan para cumplir sus funciones frente a ese tipo de circunstancias.



Manifiesta que, de haber existido sospechas sobre un accionar policial irregular, la división de asuntos internos de la Policía hubiera dado inicio al trámite interno e investigaciones pertinentes, lo que no sucedió, de modo tal que cualquier afección o perjuicio que el actor demuestre no posee ninguna relación causal con el accionar policial ni con la Provincia demandada.

Para finalizar se manifiesta acerca de la improcedencia de los rubros reclamados, ofrece prueba y señala su desinterés en la prueba pericial psicológica, médico legista y caligráfica.

V.- A fs. 102 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 213.

A fs. 220/223 obra el alegato producido por la parte actora.

VI.- A fs. 225/231 dictamina el Sr. Fiscal General del Tribunal, quien propicia el rechazo de la demanda.

A tal fin analiza la sentencia absolutoria dictada por el juez correccional el 01-08-2012, a la luz del artículo 1103 del entonces vigente Código Civil, para concluir que el sobreseimiento dictado en sede penal no tiene un valor neutro a los fines de ponderar los hechos generadores de esta causa, a lo que suma la notoria contradicción de los testimonios rendidos en estas actuaciones con los oportunamente brindados en sede penal.

Concluye que el uso de elementos –disuasivos como coercitivos- por parte de las fuerzas policiales no constituye un accionar antijurídico cuando se trata de instrumentos no letales y su objetivo es la neutralización de desmanes potencialmente generadores de actos violentos o vandálicos.

Por todo ello, propicia el rechazo de la demanda, entendiendo que asiste razón a la accionada.

VII.- A fs. 247 se dicta la providencia de autos que reanuda el llamado de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Tal como surge del relato efectuado, la pretensión indemnizatoria deducida tiene su origen en la actividad desplegada por agentes pertenecientes a la Policía de la Provincia de Neuquén, en el desempeño de sus funciones.

Así, siguiendo la línea trazada en los distintos precedentes de este Tribunal, la responsabilidad que se analiza es de índole directa, pues la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado, realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690).

Además, para su configuración es necesaria la presencia de determinados requisitos, a saber: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12, entre otros).

En este contexto, para avanzar en el análisis es preciso determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de sus funciones (falta de servicio), sin perjuicio de la presencia de los restantes extremos que deben reunirse para que proceda la pretensión (Fallos: 320:266; 325:1277; 328:4175; 334:376 y sus citas).

La Provincia de Neuquén postula que ha existido un actuar culposo de la propia víctima, base sobre la cual plantea como eximente de responsabilidad la ruptura del nexo de causalidad.

En efecto, tal como lo detalla en su contestación, entiende que el hecho se dio en el contexto de un complicado marco de desorden grupal en el que numerosas personas, entre ellas el actor, realizaban disturbios en la vía pública que tuvieron como consecuencia la agresión del personal policial.

Agrega que, previo a su detención, el actor protagonizó un hecho de violencia, del que provino la herida de su nariz.

En prieta síntesis, la accionada advierte que los daños que el actor dice haber sufrido no son responsabilidad del accionar de la policía de Neuquén, quien en todo momento ejerció de modo legal y razonable los medios con que cuenta para cumplir con sus funciones.

IX.- Sobre esa base debe analizarse la prueba rendida en autos, considerando a dicho fin la carga de la prueba que tiene cada una de las partes, en orden a acreditar los extremos que alegan (cfr. art. 377 del CPCyC).

En primer orden, debe abordarse la proyección que ejerce en los presentes la sentencia penal dictada en la causa: "Meza, Ezequiel Rodolfo – Ortiz, Alba Nieves – Valenzuela, Ramón Eduardo s/ Dcia. Violación de domicilio, daño,



severidades ilegales y lesiones" (Expte. 55614/7), a través de la cual también se valora lo actuado en la causa: "Ortiz, Daniel Alfredo – Guang, Pablo Andrés, Meza, Exequiel Rodolfo – Peralta, Raúl Alejandro – Urrutia, Yonathan Ariel s/ atentado y resistencia a la autoridad, lesiones, daño y amenazas" (Expte. 55371/07), tramitada por cuerda.

En las citadas actuaciones -que tengo a la vista-, fueron abordadas las conductas desarrolladas por el personal policial dependiente de la Provincia de Neuquén, y se dictó el sobreseimiento de todos los agentes policiales en relación con el hecho de autos.

El decisorio expresa en el punto II: "SOBRESEER en la presente causa a OMAR ERNESTO CARRASCO, a JUAN PABLO MOYA, a NELSON MEZA TORRES, a JOSE DANIEL MOLINA, LUIS ALBERTO SÁNCHEZ, a OMAR ALBERTO VEJARES, a DIEGO ANDRES CASTILLO, a FRANCISCO ARIEL HUENTENAO, a CARLOS ALBERTO HIRSUTA, a NICOLAS EUGENIO MARTINEZ, a JORGE ANTONIO DIAZ y ANIBAL EDUARDO CALVO en relación a los hechos por los que fueran convocados a tenor del art. 64 del C.P.P., de conformidad a lo dispuesto en el art. 301 inc. 4to. del texto legal citado" (cfr. Expediente citado Nro. 55614/7, fs. 507 y vta.).

Así, entre de las consideraciones más relevantes efectuadas por el Juez de Instrucción, adquiere relevancia la que señala que: "... no existen elementos de convicción concretos que permitan fundamentar un estado de sospecha contra los efectivos policiales de mención... por lo que estimo que debe acogerse la solución propuesta por la defensa de los mismos, sobreseyéndolos conforme lo dispuesto en el art. 301. Inc. 4 del C.P.P..." (cfr. fs. 503/507 vta. de las mencionadas actuaciones penales).

El magistrado también tuvo en cuenta que: "...no obran elementos objetivos que permitan sustentar una imputación formal, ya que todos los agraviados se encuentran vinculados entre sí por razones familiares, de amistad y protagonizaron el hecho, como así que no se ha logrado identificar testigos que permitan corroborar la versión de los mismos, pese a lo intentado...".

Agregó que, las versiones brindadas por los efectivos intervinientes se contradicen sustancialmente con las versiones de las víctimas (cfr. las declaraciones obrantes en la causa Nro. 55371/07 por cuerda a la causa Nro. 55614/7).

En otro apartado de la sentencia puntualizó que: "...conforme a los dichos del damnificado MAURICIO MARTÍN FONSECA ... surge que la agresión partió de las personas que se encontraban en la vivienda ubicada en Guillén 575 de Centenario y que motivó la intervención posterior policial".

Frente a ello el actor, en la oportunidad de producir sus alegatos, se manifestó acerca del sobreseimiento dictado en sede penal a favor de los doce policías acusados de haber participado en los hechos, en los siguientes términos: "... Es decir no sobresee porque el hecho no hubiera existido, sino porque los testigos no pudieron identificar a los Policías agresores. Debe recordarse que la prejudicialidad penal se refiere concretamente a los hechos no a la responsabilidad civil la que es sabido difiere del reproche penal (cfr. fs. 220 vta.).

Ahora bien, sin perjuicio de la posición que asumen las partes frente a la sentencia dictada en sede penal, o incluso lo expresado por el Sr. Fiscal General del Cuerpo en su dictamen, lo cierto es que cabe considerar lo dispuesto por el entonces vigente art. 1103 del Código Civil.

La norma derogada disponía: "Después de la absolución del acusado, no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído la absolución".

El artículo regula así, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal absolutorio tiene en el juicio civil, a diferencia del artículo 1102 del C.C. que regla los efectos de la sentencia penal condenatoria; en esta última norma "...se mencionan dos calificaciones, cuya determinación en sede penal hace cosa juzgada en lo civil: la existencia del hecho penal constitutivo del delito y la culpa del condenado; en cambio en el 1103 sólo se menciona una sola calificación que, establecida en la causa penal, hace cosa juzgada en sede civil, y es la referida a la inexistencia del hecho principal sobre el que recayó la absolución, a la que se equipara en este tema la ausencia de la calidad de autor en el imputado, lo que equivale a la inexistencia del hecho" (cfr. LLBA 1994-209 citada en "Código Civil Comentado", Jorge Mosset Iturraspe-Miguel A. Piedecasas. Directores. Ed. Rubinzal – Culzoni).

La norma contiene un principio que debe ser analizado y aplicado con cautela, atendiendo a las particulares circunstancias del caso concreto, y no como una regulación que contiene un principio dogmático, cerrado y



abstracto: resultará esencial ver cómo y de qué manera se arribó en el proceso penal a la sentencia absolutoria y determinar si la absolución guardó relación directa con la inexistencia del hecho imputable al demandado o con alguna otra característica del proceso que lo desvincule del hecho principal (cfr. Ob. Cit. Pag.257).

En definitiva, como allí se señala "cabe recalcar que el artículo 1103 no está señalando que el absuelto no pueda ser responsable en sede civil, sino que lo que está marcando claramente es que no podrá fundarse la responsabilidad o irresponsabilidad civil del absuelto penalmente en la caracterización de un hecho principal distinta de la que se hubiese analizado en el proceso penal".

En el caso, el juez de instrucción determinó de forma expresa que el sobreseimiento se dicta de conformidad con lo dispuesto en el art. 301 inc. 4to. del C.P.P., es decir porque entiende que el delito no fue cometido por el imputado.

Entonces, si bien no ha sido afirmado en sede penal la inexistencia del hecho, en cuyo caso el avance sí estaría vedado, debe continuarse en el análisis de los restantes medios de prueba, para poder determinar si se dan los presupuestos que permitan la configuración de la alegada falta de servicio por parte de la demandada.

X.- En esa línea, de acuerdo a la línea jurisprudencial que ha seguido este Cuerpo, la responsabilidad por "falta de servicio" -que postula la actora-, se trata de una responsabilidad directa, porque la actividad de los órganos, funcionarios o agentes del Estado realizada para el desenvolvimiento de los fines de las entidades de las que dependen, ha de ser considerada propia de éste, el que debe responder de modo principal y directo por sus consecuencias dañosas (Fallos: 312:1656; 317:1921; 318:193; 321:1124; 330:2748; 331:1690).

Cabe recordar, en consonancia con lo resuelto en reiteradas oportunidades por parte de la Corte Suprema de Justicia que, quien contrae la obligación de prestar el servicio de policía de seguridad, lo debe hacer en condiciones adecuadas para llenar el fin para el que ha sido establecido y es responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o ejecución irregular (Fallos: 322:2002, 321:2310, 321:1776).

Para que se configure ese supuesto de responsabilidad es necesaria la presencia de determinados requisitos, a saber: imputabilidad material del acto o hecho administrativo a un órgano del Estado en ejercicio de sus funciones; falta o funcionamiento defectuoso o irregular del servicio; existencia de daño cierto; y, relación causal entre el hecho y el daño (cfr. Acs. 1237/06, 24/12, 91/12 entre otros).

Sin embargo, a modo de adelanto, puede afirmarse que la prueba rendida en estas actuaciones no alcanza para tener por acreditados tales extremos:

X.1.- Por un lado, las testimoniales obrantes en estas actuaciones pertenecen en su totalidad a familiares y amigos del actor que se encontraban en el domicilio en el momento en que se precipitaron los hechos, y si bien ese no es un dato definitorio ni invalida los testimonios brindados, no es menos cierto que dicha circunstancia debe ser ponderada.

Así, los testimonios obrantes a fs. 138/139 (Pablo Martín Peralta); 140/141 vta. (Alba Nieves Ortíz); 142/143 (Pablo Andrés Guanes); 144/145 (Raúl Alejandro Peralta); 146/151 (Jonatan Ariel Urrutia, Gabriel Valenzuela, Carlos Daniel Ortiz), resultan -con mayores o menores detalles-, contestes en afirmar que agentes pertenecientes a la policía de Neuquén irrumpieron en la casa, donde algunos estaban durmiendo y otros despiertos; que a los fines de ingresar rompieron el portón que da a la calle sin ningún tipo de explicación; que este grupo de policías disparó armas; que se llevaron detenidas y esposadas a algunas personas, y que en la comisaría quinta también fueron agredidos.

Aun así, hay un testimonio ofrecido por la propia actora, el del Sr. Luis Alberto Contreras, en el que reconoce que existió una agresión por parte del grupo que integraba el actor, en cuanto afirma que: "nosotros les tiramos piedras..." (cfr. fs. 150).

X.2.- De los restantes elementos de prueba obrantes en el expediente cobran relevancia las actas de denuncia judiciales obrantes a fs. 135/142 de la causa penal número 55614/07, traída como prueba instrumental-, en las cuales los uniformados son contestes en afirmar que cerca de las 7:45 hs. am recibieron una comunicación radial mediante la cual se los ponía en conocimiento de una alarma en la calle Guillen casi Lugones; que al arribar los distintos móviles al lugar, todos coinciden en que había un grupo de personas que los agredieron arrojándoles piedras y objetos tanto a los uniformados como a los móviles policiales, provocando daños físicos en algunos de los policías y materiales en las unidades automotores pertenecientes a la fuerza.



Asimismo, a fs. 142 de las citadas actuaciones penales se agregaron las fotografías que constatan las lesiones sufridas por los policías intervinientes, y a fs. 143 y 144 la certificación médica de tales lesiones.

X.3.- Luego, cabe repasar algunas expresiones vertidas en las declaraciones testimoniales brindadas en la mencionada causa penal: (i) Jorge Antonio Díaz manifestó: "...constituídos en el lugar a bordo del JP-691... es que somos agredidos por unas veinte personas aproximadamente...", "...mediante equipo de radio solicitó al resto de los móviles constituirse en apoyo en el lugar debido a la incesante lluvia de piedras. Que en relación al grupo en general pudimos observar que los mismos se encontraban alterados en su conducta, aparentemente motivados por la ingesta de alcohol, por lo que debimos replegarnos en un primer momento...", "...yo procedo a refirar el móvil del lugar, hasta la intersección de las calles GUILLEN Y LUGONES, habiendo observado daños en dicha unidad, momentos en que el Agente CARRASCO realiza un disparo con municiones antitumulto al aire, por lo que pierdo de vista a los mencionados efectivos y al observar su ubicación constato que el Agente CARRASCO traía hacia el móvil al Agente CALVO agarrado desde el cuello y con la otra mano llevaba la escopeta, donde observo que el Agente CARRASCO realizó dos disparos más debido a que los ciudadanos lo perseguían para golpearlo, quienes al llegar al lugar en donde me encontraba veo que los dos efectivos se encontraban con lesiones en rostro" (cfr. fs. 145/146 causa 55614); (ii) Por su parte, Omar Alberto Vejares expuso: "Que en la fecha siendo aproximadamente las 07:45 hs., en circunstancias de encontrarme en esta Unidad a los efectos de entregar el servicio del Jefe de Calle entrante, escuchando vía radial que el móvil policial JP 691... solicitaba apoyo... salimos de la Unidad... procediendo a dirigirnos al lugar del hecho, constituyéndonos en el mismo observamos a un grupo de personas las cuales arrojaban piedras al personal policial, viendo que los Agentes CALVO y CARRASCO se encontraban lesionados, como así que los agresores no obstante a las lesiones que padecían los efectivos continuaban su agresión hacia los mismos, momentos en que escuché varias detonaciones de arma de fuego efectuadas hacia los efectivos policiales, solicitándoles que se cubrieran detrás del móvil policial...", "En relación a los motivos que dieran origen al procedimiento policial, se originó a raíz de que el móvil 691 se aboco a verificar una alarma en el domicilio del Agente FONSECA, con servicios en la localidad de Neuquén, como así que las personas demoradas habrían arrojado todo tipo de elementos contundentes hacia la vivienda del mismo..." (cfr. fs. 147/148 Causa 55614); (iii) Luego, Francisco Ariel Huentenao expresó: "...llegamos al sitio antes mencionado y un grupo de personas le estaban arrojando piedras al JP 691, y cuando llegamos nosotros para replegar la agresión y de esta manera sacar al JP 691 nos recibieron con piedras y ladrillos también desde la calle y la casa de PERALTA; una vez que pudimos sacar el móvil, nos alejamos a lo que dejaron de tirar piedras, pero continuaban apiedrando una casa que se encontraba frente a ellos; por lo que procedemos ambos móviles a dirigirnos nuevamente al lugar para demorar a estas personas, que al momento de hacerlo algunos alcanzan a ingresar al domicilio de PERALTA, mientras que a otros que se encontraban todavía en la vía pública fueron demorados, como así también pude observar que algunos camaradas trastabillaban producto de las piedras y ladrillos que los golpeaban al momento de realizar la demora..." (cfr. fs. 150 y vta.).

Un detenido análisis de la prueba rendida en autos, y en especial las constancias de las causas penales incorporadas como instrumental, dan cuenta de su insuficiencia para tener por probados los extremos que la actora debe, insoslayablemente, acreditar para avanzar en el análisis de un cuadro de responsabilidad como el que pretende.

Como fuese dicho en la oportunidad de estudiar las actuaciones penales, si bien allí no se descartó la inexistencia del hecho, ello solo no resulta suficiente para tener por acreditados el resto de los elementos que, necesariamente, deben estar presentes para avanzar en la determinación de una falta de servicio.

Frente a ello, la actora no sólo no logró aportar elementos que permitan tener por acreditado tales extremos, sino que enfrenta -como contrapartida- elementos como las denuncias judiciales por parte de los funcionarios policiales, sumadas a los testimonios rendidos -también en sede penal-, que dan cuenta que el escenario al que arribó el servicio de policía estaba lejos de ser el descripto por la actora.

Dichos extremos guardan además una conexión con las actas, croquis, elementos secuestrados y fotografías de los daños producidos (cfr. fs. 124/128 de la causa penal Nro. 55614/2007), que más allá de su precisión en cuanto a cantidad, calidad o mayores características, dan una clara pauta que el escenario que debe enfrentar la policía de



Neuquén no era precisamente el de un ambiente calmado, o un hogar en el que sus habitantes se encontraban durmiendo, como lo expresan o insinúan algunos de los testigos propuestos por la actora.

XI.- En virtud de los lineamientos que preceden, resulta claro que en este juicio reparatorio no se logró acreditar por parte de quien debía hacerlo el ejercicio anómalo de la actuación por parte de los agentes policiales, de modo que hayan cumplido de una manera irregular las obligaciones inherentes a su función policial, o lo que es lo mismo, que haya existido por parte de la policía de Neuquén una irregularidad en la prestación del servicio.

Por todo ello la demanda debe ser desestimada, lo que así propongo al Acuerdo.

En relación con las costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota consagrado en el ordenamiento procesal vigente, las mismas se imponen a cargo de la actora vencida (cfr. art. 68 del CPCyC). ASÍ VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por EZEQUIEL RODOLFO MEZA contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas para ello; 4º) 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](#)

"PALMA CRISTINA ESTHER Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3910/2012) – Acuerdo: 06/16 – Fecha: 15/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Dominio del Estado.

TIERRAS FISCALES. MENSURA. ESCRITURACION. CONDOMINIO. OBLIGACION DE HACER. DEMANDA. ALLANAMIENTO.

Cabe tener presente el allanamiento a la pretensión y, en consecuencia, hacer lugar a la acción procesal administrativa promovida contra la Municipalidad de San Martín de los Andes a fin de que se la condene a ejecutar la obligación de hacer a su cargo, consistente en mensurar y escriturar una fracción indivisa de terreno, con una superficie aproximada de 29.036,34 metros, o lo que en más o en menos surja de la mensura cuyo porcentaje como condóminos serán establecidos al momento de escriturarse el bien a su favor, en tanto la demandada reconoce los hechos, el derecho invocado y la documentación acompañada por las actoras, refiriendo luego que no existe mora en el cumplimiento de la obligación municipal que emana de la Ordenanza N° 4852/2002, y que ha actuado dentro de sus posibilidades materiales a



fin de cumplir con sus obligaciones; luego se cumplen los requisitos formales, en los términos del art. 33 de la Ley; no se encuentra comprometido el orden público, y el demandado ha reconocido los hechos y el derecho invocado por las actoras por lo que no existe controversia. Sin embargo, el caso presente particularidades toda vez que el cumplimiento de la Ordenanza exige el trabajo coordinado y conjunto de la Municipalidad demandada y de los beneficiarios en su totalidad, que deberán establecer los porcentajes correspondientes en el condominio, para la posterior escrituración.

Texto completo:

ACUERDO N° 6. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince días del mes de febrero de dos mil dieciséis, 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 resolver en los autos caratulados: "PALMA CRISTINA ESTHER Y OTRA C/ MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3910/12, 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 fs. 21/23 se presentan Cristina Esther Palma y Orfelina Vera, por apoderado, interponen acción procesal administrativa contra la Municipalidad de San Martín de los Andes a fin de que se la condene a ejecutar la obligación de hacer a su cargo, consistente en mensurar y escriturar una fracción indivisa de terreno ubicado en el remanente del Lote 69-d sito en el Paraje Trahunco, Sector 4 hectáreas de aquella ciudad, con una superficie aproximada de 29.036,34 metros, o lo que en más o en menos surja de la mensura cuyo porcentaje como condóminos serán establecidos al momento de escriturarse el bien a su favor.

Refieren que mediante Ordenanza N° 4852/2002 se dispuso transferir a los familiares de Don Gumersindo Vera –entre los que se encuentran-, una fracción de terreno ubicado en el remanente del Lote 69-d como fracción indivisa, cuyos restantes beneficiarios se identifican en el listado de ocupantes que indica el Anexo I de la misma norma, quienes deberán establecer los porcentajes que les corresponden en el condominio al momento de escriturarse el referido bien. Agregan que ante la omisión de la demandada de dar cumplimiento con el artículo cuarto de la norma, interpusieron reclamos administrativos.

Dicen que nacieron y continúan viviendo en el remanente del Lote 69-d, siempre con el convencimiento que al haber sido reconocidos como legítimos ocupantes les asiste el derecho adquirido por la Ordenanza citada.

Fundan en derecho.

II.- Declarada la admisión del proceso y corrido el traslado de la demanda, a fs. 61/63 se presenta la accionada, mediante apoderado y contesta la demanda, allanándose a la pretensión formulada por las actoras.

Reconoce los hechos, el derecho invocado y la documentación acompañada por las actoras. Refiere luego que no existe mora en el cumplimiento de la obligación municipal que emana de la Ordenanza N° 4852/2002, y que ha actuado dentro de sus posibilidades materiales a fin de cumplir con sus obligaciones.

Dice que previo al dictado de la Ordenanza en cuestión existieron un sinnúmero de actuaciones administrativas relativas a la fracción que ocupaban Don Gumersindo Vera y sus familiares, como la realización de relevamientos poblacionales de ocupación, delimitación por vía de croquis, relevamientos situacionales en cuanto a condiciones de vivienda, consultas sobre la pertenencia o no –y su deseo de continuar perteneciendo- a la Comunidad Mapuche Vera.

Dice que la Ordenanza N° 4852/2002 no establece un plazo determinado para que la Municipalidad cumpla con su obligación de mensurar y escriturar atento que suele ser normal que por la escasez de recursos económicos y humanos



competentes para la tarea, la Dirección de Catastro vaya fijando prioridades de realización de mensuras, que incluyen no sólo estas situaciones sino las relativas a regularización de barrios enteros de la ciudad.

Relata que la Directora de Catastro Municipal informa que al 20/04/11 la Dirección se encuentra abocada a la realización de los trabajos de topografía y mensura del Barrio Chacra 4, y en caso de finalizar con las tareas se continuaría con las mensuras y divisiones de los Barrios Vamep 36 Viviendas y Vamep 48 Viviendas. Agrega que la Municipalidad le ha entregado certificaciones de ocupación que posibilitaron a los familiares de Gumersindo Vera la colocación de los servicios que resultaban necesarios.

Señala que en el expediente administrativo N° 05000-378/2002 obra un informe de la Dirección de Catastro Municipal en el que se hace referencia a la mensura de la fracción y la falta de posibilidades presupuestarias de la Municipalidad para contratar profesionales privados que la realicen y la imposibilidad de hacerlo por la misma administración.

Agrega que actualmente se encuentra en el terreno -6° remanente del lote 69d- el agrimensor Fernando Lagazzi realizando tareas de relevamiento y mensura del lote para la Municipalidad, por lo que se presenta la situación ideal para finalmente dar cumplimiento a la manda de la Ordenanza N° 4852/2002.

Acompaña Decreto N° 2083/13 de fecha 1 de Noviembre de 2013 dictado por el Intendente Municipal en el que se autoriza el allanamiento a la demanda planteada por Orfelina Vera y Cristina Esther Palma, asumiendo la Municipalidad la obligación de efectivizar la mensura de la fracción de aproximadamente 29.034,34 m2 individualizada en el croquis que conforma el Anexo I de la Ordenanza 4852/02, en el plazo razonable que lleve el trabajo de campo necesario para, posteriormente transferir el dominio del inmueble a las personas consignadas en el citado anexo I, en los términos fijados en la norma sancionada por el Concejo Deliberante y promulgada por Resolución D.E.M. 3952/02, de fecha 24 de Diciembre de 2002.

Solicitan se impongan las costas en el orden causado.

Ofrece prueba.

III.- Corrido traslado a la actora y al Fiscal de Estado, contesta la actora a fs. 65/66. Se opone al allanamiento. Manifiesta que se equivoca la demandada al manifestar que no existe mora en el cumplimiento de la obligación de hacer a su cargo. Describe los reclamos administrativos iniciados solicitando el cumplimiento de la Ordenanza.

Agrega que omite señalar en qué fecha se comenzará a dar cumplimiento a la obligación de mensurar y escriturar a favor de las actoras el lote de terreno perteneciente al remanente del Lote 69-d, Fracción C.

Solicita se rechace el pedido de imposición de costas en el orden causado.

IV.- La Fiscalía de Estado no contesta el traslado que le fuera conferido.

V.- A fs. 73/75 dictamina el Sr. Fiscal General quien propicia se tenga a la demandada por allanada. Respecto a la ausencia de plazo para el cumplimiento refiere que la cuestión es solucionada por la legislación procesal vigente.

Agrega que no encuentra comprometido el orden público, así como tampoco motivos para apartarse de la regla general en cuanto a la imposición de costas.

VI.- En este estado, las actuaciones pasan a resolución de la Sala.

VII.- A fs. 77, como medida para mejor resolver se convoca a las partes a una audiencia.

VIII.- A fs. 83 en forma conjunta las partes manifiestan que en razón de encontrarse el Agrimensor Lagazzi realizando trabajos de mensura en el Lote 69d hacia noviembre de 2013 la Municipalidad le encomendó la tarea de generar una fracción que cumpliera con la obligación asumida por el Municipio en la Ordenanza N° 4852/02 a fin de cumplimentar la transferencia de dominio dispuesta por la norma reseñada a favor de los sucesores de Gumersindo Vera.

Agregan que conforme nota del Agrimensor –que en copia acompañan- dicha tarea está cumplimentada y resta la aprobación del plano de mensura que se encuentra presentado ante la Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial, y de la Dirección de Recursos Hídricos de la Provincia.

Señalan que una vez aprobada la mensura general del Lote 69d la Municipalidad estará en condiciones de proceder a la transferencia de dominio, cumpliéndose con la manda normativa y con los términos del allanamiento.

Concluyen que ambas partes mantienen su posición asumida, solicitan se deje sin efecto la audiencia y afirman que sólo resta por decidir por parte del Tribunal el tema correspondiente a costas.



IX.- Al requerirse se expidan sobre el plazo en que estará en condiciones de satisfacer la petición objeto de la causa, la Municipalidad explicó los trabajos efectuados y los trámites que restan ante la Dirección Provincial de Recursos Hídricos y La Dirección Provincial de Catastro e Información Territorial quienes tienen que dar la aprobación final para luego, la Municipalidad poder otorgar la escritura traslativa de dominio en los porcentajes que los actores indiquen.

X.- A fs. 89 las actuaciones pasan a resolución de la Sala.

XI.- Sabido es que el allanamiento a la demanda, es un acto procesal de carácter unilateral, a través del cual una parte expresa su voluntad en el sentido de aceptar como idónea la pretensión de la contraria, rindiéndose incondicionalmente al reconocer que tiene la razón respecto del objeto en litigio, de modo que carece de sentido discutir al respecto si puede evitarse.

El allanamiento puede ser expreso, según que el demandado formalmente manifieste su conformidad con el contenido de la pretensión, aviniéndose a satisfacerla o haciéndolo simultáneamente en el mismo acto; o tácito, cuando sin oponerse a la pretensión, éste adopta una actitud según la cual aquélla aparece satisfecha, o cuando directamente cumple con la prestación que constituye el objeto del juicio. Carece de eficacia si se lo supedita a alguna condición o reserva, salvo que consista, por ejemplo, en una determinada forma de pago (cfr. "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Elena Highton-Beatriz A. Aréan, Dirección. (5), Hammurabi, pág. 607 y ss.).

Importa el reconocimiento del derecho pretendido por el demandante y con ello el abandono de la oposición o de la discusión respecto de la pretensión; en otras palabras, se somete a la pretensión del accionante sin que interesen los motivos que lo llevaron a adoptar esa decisión.

Así las cosas, el artículo 33 de la Ley 1305 hace remisión a las normas del CPCyC relativas al allanamiento, con lo cual corresponde aplicar el artículo 307 del código adjetivo.

En tal sentido, corresponde dejar sentado que, en los presentes se cumplen los requisitos formales, en los términos del art. 33 de la Ley 1305 en tanto el allanado ha acompañado el Decreto N° 2083/13 en el que el Intendente Municipal autoriza a la asesoría letrada a contestar demanda, allanándose en los términos que resulten más convenientes a los intereses municipales.

Por otro lado, no se encuentra comprometido el orden público, y el demandado ha reconocido los hechos y el derecho invocado por las actoras por lo que no existe controversia. Ello ha sido reforzado además por la presentación conjunta de fs. 83 en donde las partes son contestes en señalar que la tarea de mensura ha sido cumplimentada y sólo resta resolver la imposición de costas.

Sin embargo, la obligación a cumplir presenta algunas particularidades.

En primer lugar, no puede desconocerse que en la Ordenanza 4.852/2002 no se había fijado un plazo cierto para cumplir con las obligaciones comprometidas.

Por otra parte, si bien la Municipalidad de San Martín de los Andes se obligó a desafectar del dominio público municipal la fracción de terreno y a transferirla a los familiares de Don Gumersindo Vera, en autos sólo dos de las beneficiarias se han presentado a reclamar su derecho, cuando son todos los beneficiarios quienes deberán establecer los porcentajes correspondientes en el condominio al momento de la escrituración. Así fue establecido en el artículo 2 de la Ordenanza.

Concretamente, sólo dos de los dieciséis beneficiarios que figuran en el Anexo I (fs. 16) se han presentado a reclamar el cumplimiento de la Ordenanza que establece obligaciones a su cargo y que deben ser cumplidas con anterioridad al otorgamiento de la escritura comprometida por la Municipalidad. El artículo 2 expresamente establece: "TRANSFERASE la fracción individualizada en el Art. 1° a los familiares de Don Gumersindo Vera, como fracción indivisa, cuyos beneficiarios se indican, en el listado de ocupantes consignado en el Anexo I, quienes deberán establecer los porcentajes correspondientes en el condominio, al momento de la escrituración del bien".

Por lo expuesto en la Ordenanza, el cumplimiento de la misma exige el trabajo coordinado y conjunto de la Municipalidad demandada y de los beneficiarios en su totalidad, que deberán establecer los porcentajes correspondientes en el condominio, para la posterior escrituración.

Aun cuando sólo han reclamado Cristina Palma y Orfelina Vera, la sentencia alcanzará también a los restantes



beneficiarios que, al menos, deberán participar para establecer los porcentajes correspondientes en el condominio.

XII.- Lo expuesto justifica que la sentencia que aquí se dicte, se limite a tener presente el allanamiento formulado por la demandada.

En cuanto a las costas, toda vez que el allanamiento no fue acompañado del cumplimiento de la obligación y que la demanda fue precedida de reclamos administrativos que no fueron resueltos, es claro que el posterior reconocimiento efectuado en el responde no la libera de soportar las costas, conforme el principio general establecido por el art. 70 del CPCyC. 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Tener presente el allanamiento a la pretensión y, en consecuencia, hacer lugar a la acción procesal administrativa promovida por CRISTINA ESTHER PALMA y ORFELINA VERA contra la MUNICIPALIDAD DE SAN MARTIN DE LOS ANDES. 2º) Con respecto a la imposición de costas, las mismas deberán ser soportadas por la demandada de conformidad con lo dispuesto en el considerando XII (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305).

3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello (arts. 24, 34 y ccs. de la Ley 1594. 4º) Regístrese, notifíquese en el domicilio electrónico 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](#)

"PAEZ SUSANA DELIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1955/2006)
– Acuerdo: 05/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

DOCENTE. DAÑO PSICOLOGICO. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- La actora entabla una demanda contra el Consejo Provincial de Educación, mediante la cual reclama la nulidad del acto que rechaza el recurso administrativo, y la consecuente condena al pago de la suma de \$ 290.685,36 (incapacidad total y permanente y daño moral), más intereses y costas. Se concluye que del estudio de las actuaciones y la prueba producida, no surge acreditada la existencia del daño que se invoca, en tanto el eventual perjuicio que puede habersele ocasionado a raíz de los desencuentros habidos con sus autoridades y compañeros de trabajo, ha sido reparado a través de la sentencia alcanzada en sede laboral, luego mejorada a través del acuerdo alcanzado entre la accionante y Consolidar ART. S.A. Siendo una carga de la accionante la demostración del mayor daño (al que comprendió la



indemnización obtenida), y no habiendo sido éste acreditado, corresponde desestimar la demanda, con costas a cargo de la actora vencida.

2.- Previo repaso de lo acontecido en sede laboral, se analiza si en el caso se encuentran reunidos los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad buscada: 1) existencia de un daño o perjuicio, 2) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio, 3) posibilidad de imputar, jurídicamente, los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó, y 4) presencia de un factor de atribución (cfr. Fallos 315:2865; 320:266, 321:1776, 321:2144, 328:2546, entre otros).

Texto completo:

ACUERDO N° 5. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PAEZ SUSANA DELIA C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 1955/06, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: I.- A fs. 21/29 vta. se presenta la Sra. Susana Delia Páez, por apoderado y promueve demanda procesal administrativa contra el Consejo Provincial de Educación. Solicita que se declare la nulidad del Decreto que rechaza el recurso administrativo y se condene a la demandada al pago de la suma de \$290.685,36 más intereses y costas.

Relata que se desempeñó en el Jardín de Infantes N° 21 de esta Ciudad de Neuquén y afirma que tuvo numerosos inconvenientes con el personal directivo del establecimiento – Directora, vicedirectora y docentes-, incluso destaca que desde la Dirección del establecimiento se solicitó la instrucción de un sumario.

Narra que el sumario administrativo estuvo colmado de nulidades e irregularidades que condujeron al dictado de la Resolución N° 1001, de fecha 23 de julio de 2001, que dejó sin efecto las sanciones impuestas.

Indica que los informes en los libros y cuadernos de actuaciones eran siempre negativos e irritantes, observándose en forma permanente las clases para luego realizar advertencias y llamados de atención.

En ese contexto dice que padeció persecuciones, angustias y sufrimientos que desencadenaron en problemas psicológicos, por lo que el Departamento de Salud Ocupacional del Consejo le otorgó una prolongada licencia por enfermedad, circunstancia que llevó a la Junta Médica -con fecha 16 de diciembre de 2002-, a sugerir un cambio de lugar de trabajo como modo de rehabilitación.

Afirma que como consecuencia solicitó el cambio de establecimiento por razones de salud, que le fue denegado por la Junta de Clasificación y confirmado con el rechazo de los recursos administrativos.

Refiere que la persecución y los maltratos continuaron agravando su salud psicológica: realiza una descripción de las licencias otorgadas desde el 25 de febrero de 2003 hasta el 27 de mayo de 2004, mes este último en el que el Departamento de Salud Ocupacional solicitó un nuevo informe psicológico, que fuera dejado de lado, junto a sus antecedentes, por la Junta Médica, al otorgarle el alta a partir del 28 de mayo, sin cambio de funciones y la orden de presentarse en el Jardín N° 21.

Afirma que fue recibida con "recomendaciones" y "reflexiones" que no hacían más que advertir que no resultaba bienvenida.

En esa sintonía, detalla que se le instruyó un sumario acusándola de maltratar a los alumnos, por el cual fue sancionada, pero que con posterioridad se dejó sin efecto habiendo sido declarado nulo el mismo.

En otro orden, relata que el Departamento de Salud Ocupacional le denegó pedidos de licencias, por lo que promovió



los autos: "Paez, Susana Delia c/Consejo Provincial de Educación s/Acción de amparo", que acompañó con el inicio de una medida cautelar con el fin de obtener una licencia hasta la finalización del amparo.

Indica que con fecha 13 de octubre de 2005 se resolvió la acción de amparo, que se hizo lugar a lo peticionado en base a los certificados presentados y se ordenó el cambio de funciones; en consecuencia, se dictó la Resolución 2250/05 de fecha 15/11/2005 que dispuso el cambio de funciones, debiéndose asignar a través de la Dirección de Nivel el destino y tareas a cumplir, el que luego de ser impugnado fue finalmente otorgado, conjuntamente con el cambio de funciones, en el Centro de Enseñanza Media N° 48.

Por todo ello, la actora pretende; (i) que se declare la nulidad del Decreto N° 2006/06 por infundado y estar en discordancia con las actuaciones administrativas (Cfr. art. 67° inc. a, s, 70°, 72° y concordantes de la Ley 1284); (ii) la reparación integral de los daños y perjuicios que dice haber sufrido, que cuantifica del siguiente modo: \$190.685,36 por incapacidad total y permanente y \$100.000 por daño moral.

Para terminar, plantea la inconstitucionalidad del art. 39° de la Ley 24557, por los mismos fundamentos expuestos por la Corte Suprema de Justicia en autos "Aquino" y efectúa la reserva del caso federal.

Asimismo denuncia la acción: "Paez, Susana Delia c/Consolidar ART SA y Otro s/Accidente ley", que tramita en el expediente N° 339.182/06 ante el Juzgado Laboral N° 2, y efectúa citas de fallos de la Corte Suprema de Justicia en cuanto otorgan la posibilidad de interponer ambas acciones –ante la inexistencia de opción excluyente que preveía la vieja Ley de Accidentes de Trabajo-. Asimismo destaca que las sumas percibidas en el marco de la Ley de Riesgo de Trabajo podrán ser descontadas de la indemnización reclamada en ésta acción.

II.- A fs. 51/51 vta. se dicta la Resolución Interlocutoria N° 6063/07 que declara la admisión del proceso y, habiendo optado la parte actora por el procedimiento ordinario, se sustancia la acción.

III.- A fs. 65/81 se presenta el Consejo Provincial de Educación y contesta demanda.

Solicita el rechazo de la pretensión en todas sus partes, con expresa imposición de costas a cargo de la actora.

Luego de efectuar la negativa de rigor, menciona que a su entender el art. 39° de la Ley 24557 no resulta aplicable al caso.

Luego, afirma que la enfermedad psicológica de la actora es estrictamente inculpable, pero aún para el hipotético e improbable caso que no se considerara de tal modo, debería ser encuadrada dentro del concepto de "enfermedad profesional" en los términos del art. 6 de la Ley 24557.

Señala que por ello no resulta aplicable el art. 39 de dicha Ley. Aclara que el sistema allí instituido es cerrado, es decir que salvo la existencia de dolo del empleador no se puede acudir a la vía civil.

En ese contexto, dice que la actora se limita a plantear la inconstitucionalidad del art. 39 sin señalar concretamente cuales fueron las acciones dolosas que tornan procedente la acción; y que no describe una situación fáctica en la cual se vislumbre con claridad el actuar doloso o culposo del CPE.

Asimismo sostiene que a los fines de evaluar la inconstitucionalidad o no del citado artículo 39°, es necesario analizar las constancias del caso y determinar sí, frente al supuesto en el que se considere procedente una reparación, la establecida por el sistema de la Ley de Riesgos de Trabajo no es suficiente a los fines de resarcir los supuestos daños que alega el accionante.

Concluye que, ante el caso hipotético que proceda una indemnización en virtud de la relación laboral en cuestión, la misma se encontraría cubierta por aquella prevista por la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24557, no existiendo elementos que justifiquen la declaración de inconstitucionalidad del art. 39° de la Ley.

Luego, realiza una descripción cronológica de los hechos; señala que la accionante posee antecedentes de padecer una patología de salud mental desde el año 1993, por la que se le otorgó licencia por largo tratamiento, la que nuevamente fue otorgada en el año 1995 (por problemas familiares) y en el año 1999 (relacionada con la enfermedad de un familiar).

Resalta que por decisión de la Junta Médica de fecha 28/10/2005, se dispuso otorgar a la agente el cambio de funciones definitivo.

Acerca de la alegada incapacidad total y permanente, entiende que no existe relación de causalidad alguna entre



ella y el accionar del Consejo Provincial de Educación, pues en el año 1993 ya padecía serios problemas que perturbaban su accionar. Por lo que la enfermedad que afecta a la actora no posee su origen en la relación laboral. Tampoco entiende procedente el reclamo por daño moral, en tanto no advierte la existencia de elementos para ello. Luego argumenta que en el caso no sólo debe existir una relación causal sino que, conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema -más allá de lo estipulado por la Ley de Riesgos de Trabajo y amén de la hipotética inconstitucionalidad del art. 39º de la Ley-, debe acreditarse el dolo en la producción del daño.

Ofrece prueba, formula reserva de la cuestión federal y solicita el rechazo de la acción en todas sus partes, con expresa imposición de costas.

IV.- A fs. 83 se presenta el Sr. Fiscal de Estado y toma intervención en las actuaciones en virtud de lo normado en el art. 1º y concordantes de la Ley 1575.

V.- A fs. 92 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 434.

VI.- A fs. 454/461 dictamina el Sr. Fiscal General del Tribunal, quien propicia que se tenga por reparado el daño que reclama la actora con lo percibido en los autos: "Paez Susana Delia c/Consolidar ART SA s/Indemnización", Expte. N° 339182/06.

VII.- A fs. 462 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Conforme surge de los frondosos antecedentes descriptos, la cuestión central se circunscribe a determinar la viabilidad de la pretensión resarcitoria expuesta por la actora.

IX.- Vale comenzar por recordar que para que se configure el supuesto de responsabilidad pretendido, deben encontrarse reunidos cuatro presupuestos: 1) existencia de un daño o perjuicio, 2) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio, 3) posibilidad de imputar, jurídicamente, los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó, y 4) presencia de un factor de atribución (cfr. Fallos 315:2865; 320:266, 321:1776, 321:2144, 328:2546, entre otros).

A su vez, siendo el daño el elemento constitutivo esencial de toda pretensión indemnizatoria, lo que implica que el detrimento debe estar claramente perfilado y acreditado al dictarse la sentencia, desde un punto de vista metodológico, corresponde comenzar por abordar la acreditación del mismo en los términos que han sido propuestos por la accionante.

Por estar íntimamente conectado con el punto en análisis, corresponde hacer mención a lo acontecido en sede laboral en relación con el daño que allí se indemnizara; la actora informa a través del punto 9 de su demanda que en los autos caratulados: "Paez, Susana Delia C/Consolidar A.R.T. S.A. S/Accidente Ley" (Expte. N° 339.182/06) del registro del Juzgado Laboral N° 2 de la Ciudad de Neuquén, reclamó una indemnización por incapacidad en los términos de la Ley de Riesgos de Trabajo (Ley 24557).

De tales actuaciones, las que tengo a la vista, surge que con fecha 28 de Mayo de 2009 la justicia laboral dictó sentencia mediante la cual hizo lugar a la demanda y condenó a Consolidar Aseguradora de Riesgo de Trabajo S.A. a abonar a la Sra. Páez, en concepto de enfermedad profesional, la suma de pesos Treinta mil (\$ 30.000) en un solo pago, en concepto de compensación dineraria de pago único que fija el artículo 11 punto 4 y 14 apartado 2 inc. b) de la Ley 24557, y el pago de una renta periódica en los términos del art. 14 inc. 2 b) de pesos ochocientos doce con noventa y cuatro centavos (\$ 812,94), con más intereses, que al 30/04/2009 ascendía a la suma de pesos diez mil novecientos catorce (\$10.914).

Por último, en el punto IV, rechazó la demanda contra el Consejo Provincial de Educación atento encontrarse acreditada la cobertura exigida por la Ley de Riesgos de Trabajo (Cfr. fs. 409/415 de las citadas actuaciones).

El decisorio fue recurrido por ambas partes, que luego suscribieron un acuerdo transaccional homologado por la Sala III de la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Neuquén con fecha 29 de Septiembre de 2009. Allí Consolidar ART ofreció -sin reconocer hechos ni derecho y al solo efecto conciliatorio- pagar la suma de pesos \$125.000 por todo concepto, ofrecimiento que la aquí actora aceptó.

Como contraprestación del acuerdo, la parte actora aceptó y comprometió, en los términos del art. 2.1, lo siguiente:



"La parte actora manifiesta que desiste de su reclamo en estos autos, de la acción y del derecho invocado en este juicio, es decir de la pretensión fundada en la Ley de Riesgos del Trabajo (24.557) contra el demandado Gobierno de la Provincia de Neuquén (Consejo Provincial de Educación) respecto de todos aquellos rubros que hacen al objeto de su pretensión en estos autos".

Asimismo se acordó que: 2.2. "...acepta el ofrecimiento formulado por la demandada Consolidar ART S.A. y que reajusta el importe de su reclamo a la suma total y única de \$125.000.- que imputa a los rubros indemnizatorios reclamados, agregando que una vez percibido el importe total mencionado, nada más tendrá que reclamar de Consolidar ART S.A. por ningún concepto emergente del reclamo de autos, ni en los términos de la Ley 24557 ni en los de los arts. 1074, 1109, 1113 y concordante del Código Civil, así como también desiste de toda acción o reclamo pendiente, fundado en la Ley 24557, contra el Gobierno de la Provincia de Neuquén y contra Consolidar ART S.A. – cualquiera sea el fundamento legal invocado contra esta última-, que se encuentre en trámite por ante las Comisiones Médicas Jurisdiccional y Central, Superintendencia de Riesgos de Trabajo, Justicia Federal, Cámara Federal de la Seguridad Social, Justicia Ordinaria, Laboral y Civil, de la Provincia de Neuquén." (Cfr. fs. 452 y vta. y 455 y vta. del Expte. N° 339182/6 caratulado: "Paez Susana Delia c/Consolidar ART S.A. y otro s/Indemnización" del registro del Juzgado Laboral N° 2).

X.- Dicho ello, deberá determinarse si la actora ha logrado acreditar la existencia del daño psicológico que reclama.

En doctrina se expone que: "por daño psíquico entendemos "una perturbación patológica de la personalidad de la víctima, que altera su equilibrio básico o agrava algún desequilibrio precedente" Y ... sin perjuicio a que se pueda acudir a otros medios probatorios, bajo ningún concepto se podrá pasar por alto la pericia médica, ya que es la única manera de que el Juez llegue a la certeza con respecto a la existencia de la patología psíquica, esto se logrará a través de los estudios científicos apropiados" ("Reparación del daño causado por acoso psicológico en el ámbito laboral (Mobbing)", Torrens Elgueta, Gonzalo, Publicado en: DT 2006(setiembre), 1298 • DJ 2007-I, 291 – Cita Online: AR/DOC/2647/2005).

Tal como se trasluce, resulta de esencial importancia la prueba pericial psicológica, que en las presentes actuaciones no fue producida en tanto la actora no la incluyó dentro de la prueba propuesta, y la demandada si bien la ofreció luego se declaró negligente su producción, mediante Resolución Interlocutoria N° 42/12).

No obstante, en el expediente laboral -incorporado a los presentes autos- luce agregada la prueba pericial psicológica que fue solicitada por la actora, donde además el Consejo Provincial de Educación adhirió a los puntos de pericia requeridos (ver fs. 210/213 del Expte. N° 339182/06 del registro del Juzgado Laboral N° 2).

La pericia resaltó que: "Tomando como referencia el baremo de Mariano Castex y Daniel Silva, la Sra. Susana Páez tendría un porcentaje de incapacidad del 85-90%.

Por los datos recolectados durante las entrevistas, la incapacidad tendría relación directa con el entorno desfavorable y conflictivo en el que se desempeñó la Sra. Páez, como así también con el nivel de conflicto generado con su empleador a nivel administrativo, ya que el deterioro personal y profesional no era tal en el desempeño de la Sra. Páez en sus trabajos anteriores como maestra de jardín ni lo es actualmente en las nuevas funciones asumidas.

La no resolución de la situación conflictiva (que hubiese implicado el traslado cuando se lo demandó) en tiempo y forma, genera en el sujeto sentimientos de detención, fijeza y malestar generalizado que dificultan e imposibilitan a la persona seguir con su vida y desempeños normales".

Sin embargo, el informe pericial fue impugnado por el Consejo Provincial de Educación y por Consolidar ART S.A., situación que condujo a la perito psicóloga a responder las impugnaciones, y variar el grado de incapacidad que había otorgado a la actora en la pericia (Cfr. fs. 239/247 del citado expediente laboral).

La citada profesional señaló –al momento de responder las impugnaciones- que el discurso que surge de las entrevistas clínicas de la persona peritada es prevalente sobre el resto de las técnicas utilizadas, las que constituyen técnicas auxiliares. Asimismo, detalló cada una de las pruebas realizadas ("Bender", "Test de la casa, el árbol y la persona", etc.), rectificando el porcentaje de incapacidad en un 60% y con la ratificación del diagnóstico de trastorno por estrés postraumático (Cfr. fs. 239/246 del citado expediente laboral).



XI.- Y si bien la propia actora manifestó su discrepancia con lo decidido en la sentencia de fecha 28 de Mayo de 2009, motivo por el cual recurrió el decisorio, luego suscribió el acuerdo de voluntades que fuera objeto de homologación por parte de la Sala III de la Cámara Civil de Apelaciones de Neuquén, cuyos detalles ya han sido abordados.

XI.1.- Sobre esa base, la actora alega -en estas actuaciones- la existencia de un daño mayor que el allí resarcido, y pretende entonces la reparación de una incapacidad total y permanente para ejercer sus tareas habituales, más un alegado daño moral.

A los fines de acreditar dicha posición, se producen en las actuaciones los siguientes testimonios ofrecidos por la propia actora:

a) La testigo Liliana Gladys Zuliani: Secretaria del Jardín 21 donde se desempeñaba la actora, da cuenta de lo siguiente:

"Nunca en mi presencia hicieron comentarios adversos sobre Susana. No hubo ningún comentario adverso sobre Susana. Si tenían animosidad o algo contra Susana o si tenían una relación conflictiva con ella, nunca adelante mío lo manifestaron..."

"Susana se sentía mal, más de una vez manifestaba que había animosidad hacia ella. Ella me lo comentaba no fue que yo haya visto algo..."; al ser interrogada acerca de alguna manifestación psicológica de la actora que la haya afectado, la testigo expresó que: "Yo creo que a cualquier persona la afecta la muerte del marido y haberse quedado sola con sus hijos, la afecta. Estuvo con licencia..." (Cfr. fs. 126/127).

b) La testigo Elina Arbert manifiesta: "...Al ser vecina tenía conocimiento que ella estaba teniendo problemas en su lugar de trabajo"; luego, ante la pregunta acerca de si como consecuencia de esos problemas tuvo que tomarse licencias por tratamientos psicológicos, contestó: "Sí, sé. Aparte se la veía mal", luego ante la pregunta acerca de cómo es la actora como persona, contestó: "Yo ahora la veo bien, está tranquila. Para mí es buena vecina. No tengo problemas con ella. He visto que a partir del cambio de funciones está más relajada, tolerante" (Cfr. fs. 128).

c) La testigo María Nérida Romero: se expresa en el mismo sentido que la testigo antes mencionada, en cuanto sostiene que: "Sé que tenía problemas con su trabajo pero desconozco las razones del problema...", "...Yo soy vecina de ella y por la poca relación que teníamos se la veía mal, lloraba. Decía que todos los problemas se le venían a ella. Su estado anímico en general no era bueno.

Eso era lo que demostraba a los vecinos..." (Cfr. fs. 247).

El testimonio de la Señora Loida Marlene Delgado Herrera y el de Amalia Beatriz Torres, tampoco aportan elementos diferentes a los contenidos en los anteriores testimonios.

Por otro lado, entre los testimonios propuestos por la demandada, resulta de utilidad la mención de los siguientes:

a) La testigo Bellido, preguntada sobre si observó en alguna oportunidad alguna actitud persecutoria hacia la Señora Páez, por parte de algún integrante del equipo de conducción del establecimiento, indicó que: "No al contrario. Cuando yo tomo la dirección lo que veo es que como equipo nos planteamos que dado el tenor de las actitudes de la docente, desde todas las intervenciones, eran muy ambiguas. Esto se veía sobre todo en el cuaderno de actuación... Durante los años que trabajamos en el jardín, le dieron un cambio de funciones y le dieron a elegir otro establecimiento, ella eligió de nuevo nuestro jardín. Cuando le dan el cambio de funciones uno puede elegir un establecimiento más cercano y un horario que convenga y ella eligió el mismo horario y el mismo jardín sabiendo que iba a compartir con las mismas personas del equipo de conducción... Esto también era una muestra de que no estaba mal. Siempre tuvo la opción de irse a otro lado y nunca la tomó..." (Cfr. fs.303/305).

b) La testigo Daniel, preguntada sobre si observó en alguna oportunidad una actitud persecutoria hacia la actora por parte de algún integrante del equipo de conducción del establecimiento, afirmó que: "No, definitivamente no. Contrariamente a eso, creo que se le tuvo una enorme paciencia. Que se le dio oportunidades de acompañamiento importantes"; Luego, preguntada sobre si observó en alguna oportunidad una actitud persecutoria hacia la actora por parte de algún docente, afirmó que "No." (Cfr. fs. 306/308).

A fs. 129/131 luce prueba informativa solicitada por la actora, contexto en el cual la Psicóloga Salvarezza remitió copia del informe laboral que oportunamente presentara ante la Dirección de Salud Ocupacional del Consejo Provincial de



Educación, documento este que, en el acápite "conclusiones" resulta clarificante en los siguientes términos: "Se trata de una persona de buena presencia. Desenvuelta y con una cultura general acorde a sus estudios.

Se expresa correctamente y pone de manifiesto con claridad sus ideas. Se descarta psicopatología grave al momento de estas entrevistas, aunque corre serios riesgos de desarmonizarse subjetivamente, si no obtiene todo lo solicitado, en constancias anteriores a este informe. Este informe la presenta apta para desempeñar su función en un área distinta a la que le es requerida.

Puede y debe trabajar sin tener niños a cargo." (Cfr. fs. 131, el resaltado se encuentra en su original).

Por último, de la prueba instrumental aportada resulta de interés lo acontecido en el expediente judicial -tramitado en instancia laboral-, "PAEZ SUSANA DELIA CONTRA CONSOLIDAR ART. S.A. SOBRE INDEMNIZACIÓN, Expte. JNQLA2 EXP 339182/6", cuyo análisis ya fue oportunamente abordado.

XII.- Como puede apreciarse, del análisis de los medios de prueba producidos no surgen elementos que, con la entidad necesaria, resulten suficientes para acreditar la existencia del daño que se invoca; así, si bien en el caso de los testimonios, éstos pueden arrojar una pauta "indirecta" en orden a determinarse que de algún modo la actora ha sido víctima de desencuentros con sus autoridades y compañeros, no es menos cierto que el eventual perjuicio que ello le ha ocasionado ha sido suficientemente reparado por la sentencia alcanzada en sede laboral, luego mejorado a través del acuerdo alcanzado entre la accionante y Consolidar ART. S.A.

La misma línea de razonamiento se sigue para el caso de prueba instrumental, ampliamente analizada al inicio, de la que surge que la actora pactó una reparación pecuniaria -luego homologada judicialmente-, sin que aquí se alcance a demostrar un daño mayor.

Por su parte, resultan clarificadores los términos del informe laboral elaborado por la Licenciada en Psicología Salvarezza, en cuanto afirma la aptitud de la actora para desempeñar funciones, que aunque en un área distinta a aquella en la cual lo venía haciendo, se contrapone con la incapacidad total que ésta alega.

En definitiva, constituyendo una carga de la accionante la demostración del daño cuya reparación pretende, no se advierte de la prueba producida que dichos extremos hayan sido debidamente acreditados.

Así, frente a la falta de demostración del elemento del daño, deviene innecesario analizar los restantes requisitos que tornarían procedente la reparación perseguida.

Desde dicho vértice, la demanda debe ser desestimada, lo que así propongo al Acuerdo.

En relación con las costas, por aplicación del principio objetivo de la derrota consagrado en el ordenamiento procesal vigente, las mismas se imponen a cargo de la actora vencida (Cfr. art. 68 del CPCyC). ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS 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 Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por SUSANA DELIA PÁEZ contra el CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN; 2º) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C.yC. y 78 Ley 1305); 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 Actuaría, que certifica.

DR. RICARDO TOMAS KOHON - DR. EVALDO DARÍO

MOYA

DRA. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



ADMINISTRATIVA – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4040/2012)
– Acuerdo: 04/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

JUBILACION POR INVALIDEZ. PROCEDENCIA. PERICIA MÉDICA. BAREMO PREVISIONAL.

Resulta procedente hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, ordenar al organismo demandado a conceder el beneficio de jubilación por invalidez petitionado con los alcances previstos en la Ley 611, toda vez que en autos se ha acreditado que la incapacidad que padece la actora supera el porcentaje que exige la normativa aplicable. Se destaca la importancia de la prueba pericial médica que acredita el grado de incapacidad de la actora -71,65% conforme pautas Decreto N° 478/98-. Pericia que, por otro lado, no ha sido cuestionada por las partes.

Texto completo:

ACUERDO N° 4. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de febrero de dos mil dieciséis, 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 titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MARTINEZ NIDIA FABIANA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4040/12, en trámite por ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- A fs. 21/27 se presenta la Sra. Nidia Fabiana Martínez, mediante apoderado, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicita que se revoquen la Disposición N° 1001/2011 y la Resolución N° 1743/11 -dictadas por el Director de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones y el Administrador General del Instituto de Seguridad Social del Neuquén, respectivamente- y el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 2057/12 que convalida el actuar del órgano previsional.

Sostiene que los actos adolecen de vicios graves y muy graves, lesionan gravemente sus derechos subjetivos públicos y son de notoria irrazonabilidad, al no ajustarse a los hechos materialmente verdaderos, en violación al principio de legalidad objetiva.

En definitiva, pretende que se condene a la accionada a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez, conforme a los artículos 39, 40 y cc. de la Ley provincial 611.

Relata que se desempeña laboralmente desde hace más de 20 años en el ámbito del Consejo Provincial de Educación como Auxiliar de Servicios y que al momento del ingreso -en fecha 5/05/1991- se encontraba en perfectas condiciones de salud -Apto "A"-.

Manifiesta que se ha producido un progresivo desmejoramiento en su salud en los últimos diez años, situación que le ha impedido trabajar en condiciones de eficiencia, continuidad y salubridad.

Indica que cumplió el proceso de largo tratamiento y a partir del 23/02/2012 retomó el empleo en condiciones desfavorables con reducción horaria (cinco horas) y tareas adecuadas permanentes.

Expresa que, desde hace siete años es insulino dependiente (bomba de infusión continua), padece de recurrentes infecciones urinarias e infecciones en las uñas de los pies.

Informa que -como manifestación concausal- presenta nefropatía en tratamiento por el Dr. Álvaro y es asistida psiquiátricamente (depresión F32.1) por el Dr. Leopoldo H Rosen, sufre HTA y otras patologías asociadas a la de base (además de vasculopatía y nefropatía diabética). Asimismo menciona afecciones en su aparato visual y resalta que el



6/08/2010 fue intervenida quirúrgicamente por el Dr. Caramuto en la Clínica Pasteur para la extracción de un quiste en el pie izquierdo, con secuelas de intenso dolor.

Agrega, que sufre de un síndrome meniscal con bloqueo izquierdo y analiza su reparación quirúrgica con posibilidad de prótesis. Disfunción que ha tenido impacto en la columna lumbar.

Destaca que surge del estudio –ecodoppler- de miembros inferiores incipientes cambios degenerativos del sistema arterial, con impacto en la pierna izquierda (várices visibles) y dolor irradiante a todo el miembro.

Dice que promovió ante el I.S.S.N. la solicitud de jubilación por invalidez, la que fue rechazada porque las Juntas médicas dictaminaron una incapacidad inferior al 66% (45,82% y 49,25%) porcentajes que sostiene, no se condicen con la realidad de las afecciones invalidantes denunciadas.

Refiere que su incapacidad psicofísica se produjo durante la relación laboral, y es de carácter absoluto, permanente e irreversible. Considera que se halla plenamente acreditada con la documentación médica aportada y las actuaciones administrativas como la existente en su legajo.

Finalmente, reitera que es arbitraria e incongruente la valoración médica de los antecedentes proporcionados para valorar su estado psicofísico actual y plantea que su incapacidad laboral supera con creces el 70% del valor total obrero.

Cita jurisprudencia que avala su postura. Ofrece prueba.

II.- A fs. 36 se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 243/13.

La actora ejerció la opción por el proceso ordinario (fs. 38/38vta.) y se confirió traslado de la demanda.

III.- A fs. 41 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 80/87 obra la contestación del organismo demandado quien reconoce la existencia y validez de los actos que la actora impugna y luego efectúa las negativas de rigor.

Dice que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, debe cumplir con la Ley 611 y por ello no puede otorgar un beneficio a quien se encuentra fuera de los presupuestos fácticos previstos. En el caso, la actora no padece la incapacidad que la norma exige (superior al 66%) conforme el baremo previsional de la Ley 24.241 y su decreto reglamentario.

Alude al concepto de invalidez como contingencia de la seguridad social.

Refiere que la accionante presenta documentación que ya fue desconocida por su parte y valora sus incapacidades con metodologías y baremos improcedentes desde el punto de vista previsional.

Explica que, cuando se realizan las juntas médicas, se utiliza un baremo obligatorio para la legislación argentina y específico para este tipo de situaciones.

Describe el método para asignar incapacidad, donde a cada afección se le fija el porcentual correspondiente, conforme la capacidad residual restante, en función de la valoración del deterioro de cada patología.

Plantea que, por aplicación del criterio expuesto, la Junta médica determinó que la invalidez era de naturaleza psicofísica, de carácter parcial y permanente y ascendía a 45,82%.

Manifiesta que, ante la apelación deducida, la Comisión Médica Central de la Provincia determinó que la incapacidad era de un 49,25%, es decir, que no alcanzaba al requerido 66% por la Ley 611.

Brinda los fundamentos que avalan los actos administrativos que rechazan la pretensión de la actora, los que reputa legítimos y válidos.

Resalta que la empleadora, Consejo Provincial de Educación, ha decidido que la actora retome el empleo bajo un régimen adecuado a su situación psico-física, es decir, reducción horaria y tareas adecuadas.

Cita jurisprudencia. Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

V.- A fs. 90 se abre la causa a prueba. A fs. 169 se clausura el período probatorio y se ponen los autos para alegar.

A fs. 178/179 se agrega alegato de la parte actora.

VI.- A fs. 181/183 se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia se haga lugar a la demanda.

VII.- A fs. 184, 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.- La cuestión debatida es similar a la analizada en numerosas causas, entre ellas: "MUÑOZ EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" Expte. 2464/08, resuelta en Acuerdo N° 47/12. Al igual que en el mencionado precedente, la temática a resolver nos sitúa en el ámbito de la Seguridad Social.

Esta rama supone un conjunto de normas que determinan los derechos de aquellas personas que sufren "contingencias sociales", entre las que se encuentra prevista la invalidez.

Así, todos los sistemas de protección social, incluyen el retiro por invalidez o bien un equivalente en su denominación, basado en la cobertura del riesgo de todo trabajador de contraer una afección impeditiva del ejercicio de sus tareas.

Como correlato de ello, en el ámbito provincial, la Ley 611 prevé la jubilación por invalidez y, en tal línea, el artículo 39° dispone que:

"Tendrán derecho a la jubilación por invalidez, cualesquiera fueren su edad y antigüedad en el servicio, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, siempre que la incapacidad se hubiera producido durante la relación de trabajo, salvo los supuestos previstos en el párrafo segundo y tercero del artículo 50. La invalidez que produzca en la capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más, se considera total. La posibilidad de sustituir la actividad habitual del afiliado por otra compatible con sus aptitudes profesionales será razonablemente apreciada por el Instituto teniendo en cuenta su edad, su especialización en la actividad ejercitada, la jerarquía administrativa que hubiere alcanzado y las conclusiones del dictamen médico respecto del grado y naturaleza de la invalidez. Si la solicitud de la prestación se formulare después de transcurrido un (1) año desde la extinción de la relación laboral o desde el vencimiento del plazo a que se refiere el segundo párrafo del artículo 50, se presume que el afiliado se hallaba capacitado a la fecha de extinción de la relación o al vencimiento de dicho plazo, salvo que de las causas generadoras de la incapacidad surgiera la existencia en forma indubitable a esos momentos. Incumbe a los interesados aportar los elementos de juicio tendientes a acreditar la incapacidad invocada y la fecha en que la misma se produjo. Los dictámenes que emitan las Juntas Médicas y las autoridades sanitarias nacionales, provinciales y municipales, deberán ser fundados e indicar, en su caso, el porcentaje de incapacidad del afiliado, el carácter transitorio o permanente de la misma y la fecha en que dicha incapacidad se produjo. Cuando estuviere acreditada la incapacidad a la fecha de la cesación en la actividad y el afiliado hubiera prestado servicios ininterrumpidamente durante los diez (10) años inmediatamente anteriores, se presume que aquélla se produjo durante la relación laboral".

Justamente, en los presentes, las partes no se encuentran contestes sobre el grado de incapacidad padecido por la actora; por ende, la cuestión a resolver se ciñe a desentrañar si la Sra. Martínez se encuentra comprendida en la situación de hecho reglada por el artículo transcrito, es decir, si padece de una disminución de su capacidad laborativa del 66% o más.

IX.- En este punto, y siguiendo los antecedentes sobre el tema (Cfr. Acuerdo N° 47/12, entre muchos otros) en atención a las particularidades del caso, se inicia el análisis de la cuestión, a partir de dos pautas interpretativas aplicables en la materia.

En primer lugar, la sentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación –postura compartida por este Tribunal en numerosos antecedentes entre ellos Ac. 1614/09, Ac. 1702/09-, al sostener que las leyes de seguridad social deben ser interpretadas en forma amplia y que, la exigencia del 66%, configura una pauta de referencia para evaluar la aptitud laboral y la posibilidad de continuar en la actividad rentada, en la misma tarea o, en otras compatibles con sus actitudes personales (Fallos: 317:70 y 323:2235) (CSJN, 26/02/2.008, "P., J.C c/ ORÍGENES A.F.J.P – Publicado en LL 14/04/2008, 11 – DJ 23/04/2008, 1073-DJ 2008-I, 1073 – LL 06/05/2008,7).

En segundo lugar, debe enfatizarse en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que "...para decidir el grado de incapacidad a los efectos del otorgamiento de la jubilación por invalidez, la prueba pericial médica posee una eficacia decisiva para resolver el caso, no sólo por la naturaleza de la cuestión debatida (doc. art. 457 CPCC y art. 25 CCA) sino en la medida que también puede proporcionar una valoración concreta de la incapacidad con relación a la tarea específica, acorde con las normas aplicables, frente a la insuficiencia de fundamentos que exhiben los informes médicos en que se sustenta la denegación del beneficio" (SCBA, B 49038 S



18-8-1987, Juez VIVANCO (SD) Carátula: Mazziotti, Juan Antonio c/ Pcia. de Bs. As s/ Demanda Contencioso Administrativa, Publicaciones: AyS 1987-III, 352).

Sobre estas líneas, entonces, se resolverá el caso.

X.- Debiéndose analizar en primera instancia la pericia médica realizada a la actora.

Del informe pericial –ver fs. 132/133 vta.- surge que el perito médico identificó a la actora, luego realizó un interrogatorio clínico y un examen físico. Destacó en las “consideraciones médico-legales” que “La actora presenta múltiples patologías contempladas en el decreto 478/98” y concluyó que la incapacidad de la actora según las pautas del Decreto N° 478/98 es del 71,65% (detalla: Diabetes tipo II grado IV - 40%, hipertensión arterial grado II (30% de 60%) – 18%, flebopatía periférica estadio III (25% de 42%) – 10,50% y depresión neurótica grado II (10% de 31,5%) – 3,15%).

Por otro lado, el perito contesta los puntos de pericia de las partes. Responde que la actora no puede realizar sus tareas habituales y que la incapacidad se calculó en el 71,65% permanente y definitiva.

Respecto de los puntos de pericia propuestos por la demandada el perito reitera que la incapacidad se estimó en 71,65% según Decreto 478/98. Sobre la disminución del grado de capacidad conforme el baremo previsional nacional y en función de la documentación aportada en el expediente administrativo al momento en que se hicieron las juntas médicas del ISSN y Subsecretaría de Salud, el perito se limita a referenciar el porcentaje otorgado por las juntas médicas. Y cuando es consultado sobre la posibilidad de que se pueda modificar a través de tratamientos médicos el grado o porcentaje de incapacidad, considera que la “incapacidad es definitiva y permanente”. Por último sostiene que desde la fecha en que se realizaron las Juntas Médicas y la fecha de la pericia existió una evolución desfavorable de las patologías y en cuanto al sometimiento a tratamientos para mejorar el estado de salud, concluye que la actora “ha seguido los tratamientos indicados por sus médicos”.

El informe no fue cuestionado por ninguna de las partes.

XI.- Ahora bien “La salud es una situación empírica cuya verificación y apreciación debe ser realizada por profesionales de la medicina siguiendo las reglas de su arte. La determinación del grado de incapacidad y la fijación del marco temporal de su producción, comportan el resultado de un íter lógico debidamente fundado a través de una metodología científica consolidada que permita al juzgador su revisión judicial por medio de la apreciación y valoración de la totalidad de las probanzas conforme las reglas de la lógica y la sana crítica racional”. (cfr. Cámara Contencioso administrativa de 1° Nominación de Córdoba; “Rietschi, Juan J. c. Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba”; 15/11/2002; LA LEY 28/04/2003, Cita online: AR/JUR/6792/2002).

En esta línea, el dictamen médico realizado en esta causa, reúne los recaudos necesarios de una adecuada peritación: enumera los antecedentes del caso, determina el estado de salud de la accionante y la expresión del razonamiento que fundamenta la opinión técnica a la que concluye (art. 477 CPr. aplicable por remisión dispuesta en la Ley 1305).

Los fundamentos expuestos por el experto aparecen como suficientes y se ajustan a la graduación establecida en el Decreto 478/98 reglamentario de la Ley 24241.

Además, se expide sobre la imposibilidad de que la Sra. Martínez continúe con sus tareas habituales como consecuencia de la incapacidad fijada.

Así, el dictamen pericial producido en autos resulta concluyente, suficientemente explicativo y adecuadamente fundado.

Por otro lado, se observa –sin desconocer la relevancia que en el caso reviste la prueba pericial- que los testigos ofrecidos por la actora (véase declaraciones de fs. 124/124 vta., 126/127 vta.) ratifican el débil estado de salud de la Sra. Martínez, como su evolución desfavorable, resaltando la influencia negativa de la diabetes. Testimonios que armonizan con el resto del material probatorio referenciado como así también la extensa documental médica que surge del legajo de la actora que se tienen a la vista.

XII.- En definitiva, se concluye siguiendo la línea interpretativa llevada a cabo por la propia demandada, en cuanto a la utilización del baremo previsional y la consecuente aplicación del Decreto N° 478/98, que la Sra. Martínez acredita -al momento de efectuarse el examen pericial- un grado de incapacidad mayor al 66% exigido por la Ley 611 para



acceder a la jubilación por Invalidez.

Por todo lo expuesto, considero que corresponde hacer lugar a la demanda, condenando al Instituto de Seguridad Social del Neuquén a que conceda a la actora el beneficio de jubilación por invalidez.

En cuanto a las costas, en orden al principio objetivo de la derrota, serán soportadas por la parte demandada perdedora (cfr. art. 68 del C.P.C.C., de aplicación supletoria en la materia). MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Adhiero al voto del Dr. Moya, emitiendo mi voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda incoada por la Señora NIDIA FABIANA MARTINEZ contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN y, en consecuencia, condenar a la demandada a conceder el beneficio de jubilación por invalidez con los efectos y alcances previstos en la Ley 611; 2º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C. de aplicación analógica en la materia); 3º) Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., apoderado de la actora, en la suma de pesos dos mil cuatrocientos ochenta (\$2.480,00) y del Dr. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de pesos seis mil doscientos (\$6.200,00); al Perito Médico Dr. ..., en la suma de pesos tres mil ochocientos (\$3.800,00) (arts. 6, 9, 10 y ccdtes. de la Ley 1594); 4º) 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](#)

"ROSPIDE SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3072/2010) – Acuerdo: 03/16 –
Fecha: 02/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

VERIFICACION IMPOSITIVA. FISCALIZADORA EXTERNA. CONTADORA. HONORARIOS. PROVINCIA. PERCEPCION DE IMPUESTOS. PRUEBA. AUSENCIA DE ACREDITACION. INDEMNIZACION POR DAÑO. PERDIDA DE CHANCE.

Corresponde hacer lugar parcialmente a la acción procesal administrativa deducida contra la Provincia de Neuquén a causa de la inactividad u omisión antijurídica de la Dirección Provincial de Rentas en procurar y percibir los impuestos por los ingresos brutos e inmobiliarios determinados al contribuyente RENT MOVIL S.A. mediante Resolución N° 411/98 de la DPR, como consecuencia de la verificación llevada a cabo en su carácter de fiscalizadora externa en el marco del convenio firmado entre el Consejo Público de Ciencias Económicas de Neuquén y la DPR, en atención a la falta de certeza sobre lo acontecido con la percepción de los impuestos determinados, y por otro lado, la ausencia de certeza sobre la posibilidad de que la Provincia



percibiera la totalidad de la deuda determinada, empero cabe hacer lugar a la demanda atento el menoscabo sufrido por la actora que configura una “pérdida de chance”, estimando prudencialmente el monto por dicho rubro en la suma de \$ 10.000.

Texto completo:

ACUERDO N° 3. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, 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: “ROSPIDE SANDRA MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3072/10, 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. 9/20 se presenta Sandra Mónica Rospide, con patrocinio letrado, y promueve acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén a causa de la inactividad u omisión antijurídica de la Dirección Provincial de Rentas en procurar y percibir los impuestos por los ingresos brutos e inmobiliarios determinados al contribuyente RENT MOVIL S.A. mediante Resolución N° 411/98 de la DPR, como consecuencia de la verificación llevada a cabo en su carácter de fiscalizadora externa en el marco del convenio firmado entre el Consejo Público de Ciencias Económicas de Neuquén y la DPR.

Refiere que los honorarios correspondientes a los contadores públicos designados como fiscalizadores externos estaban sujetos a las disposiciones de la Ley Provincial Nro. 1833, la cual en su artículo 8 establece: “No se abonarán honorarios a los profesionales cuando la Dirección General de Rentas no pueda percibir la deuda del contribuyente”.

Dice que la Dirección General de Rentas tuvo la posibilidad concreta y real, mediante el cumplimiento de la normativa y de mecanismos legales que ésta le brinda, de obtener y/o percibir el cobro de las acreencias determinadas al contribuyente Rent Movil S.A.

Señala que en el presente, la responsabilidad del estado provincial nace ante el incumplimiento de sus obligaciones contraídas frente a la víctima que se desempeñaba como fiscalizadora externa, no llevando adelante en tiempo y forma las gestiones tendientes a asegurar y percibir la deuda determinada al contribuyente Rent Movil S.A. tornando ilusorio su derecho a cobrar sus honorarios.

Relata que mediante Resolución de la Dirección Provincial de Rentas fue designada fiscalizadora externa, conforme art. 41 del Código Fiscal provincial, en el marco del acuerdo suscripto entre el Consejo Provincial de Ciencias Económicas del Neuquén y la Dirección Provincial de Rentas; actividad regulada mediante la Ley 1815, siendo sus honorarios regulados conforme lo establece la Ley 1833.

Refiere que concluida su labor como fiscalizadora y entregada la liquidación que resultara de la verificación, con fecha 26/06/1998 se dictó la Resolución determinativa n° 411/DPR/98 por el impuesto a los ingresos brutos por la suma de \$448.969,72 y por el impuesto inmobiliario la suma de \$1.847,77. Agrega que del expediente administrativo N° 2753-3964/97 donde se verificó y determinó el impuesto inmobiliario surge el capital que poseía la empresa a ese tiempo, lo que da la pauta de que hubiese sido factible el cobro de los impuestos.

Cuenta que en la resolución de la Dirección Provincial de Rentas se le regularon honorarios (conforme Ley 1833) en la suma de \$26.189,75; y el pago de los servicios quedaba sujeto a la condición suspensiva de la percepción por parte de la Administración de los fondos adeudados por el contribuyente.

Cita el artículo 545 del Código Civil cuando se refiere a las obligaciones bajo condición suspensiva y refiere que el acontecimiento futuro (cobro por parte de la DPR) no aconteció por culpa y negligencia de la Provincia de Neuquén.

Relata los planteos introducidos por Rent Movil S.A. respecto a la resolución determinativa del impuesto, y señala que la administración demoró 1618 días en resolverlos, conociendo que la firma se estaba descapitalizando.

Agrega que estando firme la determinación del impuesto el ente provincial aplazó ocho meses el inicio de la ejecución



fiscal de la deuda mencionada; mientras ella incansablemente enviaba notas advirtiendo que si no se actuaba con celeridad no se lograría recaudar el monto determinado.

Dice que planteó reclamo directo ante el gobernador, que fue rechazado mediante Resolución N° 461/2004 teniendo como fundamento "no haber agotado la instancia administrativa previa", sin que se haya expedido el Ministro de Hacienda.

Contra tal resolución planteó recurso de reconsideración que fue rechazado mediante Resolución N° 59/2005, que también fue impugnada; y dicha impugnación rechazada mediante Decreto N° 1933.

Refiere que mediante la interposición de la presente procura el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el Estado Provincial derivados de la omisión en la recaudación de los impuestos al contribuyente RENT MOVIL S.A. (obligación regulada por el derecho público), lo cual frustró e impidió el ejercicio de los derechos a su parte en el cobro de honorarios como fiscalizadora, por el monto de \$26.189,75, que estima, con más su reajuste monetario, intereses y costas.

Funda en derecho. Ofrece prueba.

II.- A fs. 39, mediante R.I. 347/10, se declara la admisión de la acción.

III.- Ejercida opción por el proceso ordinario y corrido traslado de la demanda, a fs. 57/65, comparece la Provincia de Neuquén y la contesta. Solicita su rechazo, con costas.

Señala que la actora en diferentes partes de su demanda está actuando en contradicción con sus propios actos.

Opone excepción de prescripción, indicando como fecha de inicio del cómputo el 20-03-02 porque allí la actora intima expresamente y comienza formalmente a tratar de percibir lo que considera que le adeuda la Provincia; plazo que continuó transcurriendo hasta la fecha misma de presentación del escrito de demanda dando inicio a esta acción el 17/05/10.

Por ello, concluye que a la fecha de interposición de la demanda, ya habían transcurrido en exceso los cinco años de prescripción previstos en la Ley 1284.

Contesta demanda. Niega los hechos expuestos por la actora, y señala que se han dictado diversos actos administrativos que no hacen lugar a la pretensión de la actora, y allí se encuentran ampliamente expresadas las razones por las cuales se consideró que era válida la postura de la Provincia.

Dice que la actora no aclara debidamente como llega al importe que parecería estar reclamando de \$26.189,75, suma que tendría calculado intereses al 14/6/00.

Luego de señalar las normas de aplicación al caso dice que la actora no tenía un derecho adquirido al cobro de honorarios, sino que tenía un mero derecho en expectativa, existía una condición suspensiva cuya producción no se acreditó hasta la fecha: la actora aceptó que cobraría honorarios sólo si se daba la condición de que la Provincia cobrase importes determinados y adeudados por el contribuyente, en este caso, RENT MOVIL S.A.

Dice que en el caso más favorable a la actora, lo único que se le debería reconocer sería la pérdida de chance, como la pérdida de la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien material o inmaterial. En el caso, el Tribunal debería establecer qué porcentaje de lo que le hubiese correspondido si se cobraba parcial o totalmente al contribuyente se le podría reconocer a la actora.

Solicita el rechazo de la pretensión de actualización.

Formula reserva de la cuestión federal.

IV.- A fs. 70/72 la actora contesta la excepción de prescripción. Señala que fue el Decreto 1933 de fecha 2 de noviembre de 2005 el que truncó toda posibilidad de obtener del estado contratante el cobro de honorarios; y fue tal decreto el que indica el monto de \$26.189,75 que por honorarios correspondían.

Dice que su derecho a exigir la reparación se habilita con el dictado del Decreto 1933/05, en noviembre de 2005.

Agrega que en caso de que se entienda un cómputo diferente debe tenerse presente que la relación contractual con el Estado es la que ha pretendido hacer valer, por lo que en el caso deberá aplicarse el plazo de prescripción decenal (art. 4023 del CC).

V.- A fs. 78 se abre la causa a prueba y a fs. 150 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A



fs. 155/158 obra agregado alegato de la actora y a fs. 159/160 el de la demandada.

VI.- A fs. 162/167 se expide el Sr. Fiscal General Subrogante. Dictamina que corresponde indemnizar a la actora por la pérdida de chance de percibir sus honorarios en la suma que V.E. estime corresponda considerándose la documentación que luce agregada en la causa sobre quiebra de Rent Movil S.A.

VII.- A fs. 169 se llama autos para sentencia que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Para comenzar el análisis de la cuestión planteada, corresponde consignar que el objeto de esta acción se ciñe al reclamo de los daños que, dice la actora, ha sufrido como consecuencia de la negligencia que le imputa a la demandada en procurar el cobro de los impuestos determinados como adeudados por el contribuyente RENT MOVIL S.A., lo que derivó en la no percepción de sus honorarios.

De cara a ello, en primer lugar, cabe hacer un repaso de los antecedentes que han sido agregados a la causa.

IX.1.- Conforme surge del expediente Nro. 2753-3964/97, mediante Resolución 349/97 de fecha 30 de septiembre de 1997 se designó a la Cra. Sandra Mónica Rospide para realizar la Verificación Impositiva al Contribuyente RENT MOVIL S.A., debiendo actuar dentro de las normas legales correspondientes al Sistema de Fiscalización Externa a cargo de contadores públicos independientes (conf. fs. 22/23).

Luego de realizado el trabajo de auditoría, mediante Resolución N° 411/98 de fecha 24/06/98 la Dirección Provincial de Rentas determina las diferencias por Impuesto sobre los Ingresos Brutos en la suma de \$347.306,08, y aplica multa por omisión por la suma de \$124.339,31. Por otra parte, en el cuerpo de la resolución dice: "Que el Sistema de Fiscalización empleado en esta Verificación Impositiva contempla la aplicación de la escala de honorarios a la fiscalizadora actuante Cra. Sandra Mónica ROSPIDE, prevista por la Ley 1833, sobre la Deuda determinada en la presente resolución, siendo los mismos de PESOS VEINTISEIS MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE CON SETENTA Y CINCO CENTAVOS (\$ 26.189,75), válida al 30/06/98" (conf. fs. 790 del Expte. Administrativo citado).

Presentado recurso de reconsideración por el letrado apoderado de Rent Movil S.A., a fs. 804/807 la Cra. Rospide produce el informe técnico correspondiente en fecha 24 de julio de 1998.

Se decreta la apertura a prueba del expediente en fecha 14 de mayo de 1999, y a fs. 855/859 se dicta Resolución 553/99 en fecha 31 de agosto de 1999, que rechaza parcialmente el recurso de reconsideración y determina las diferencias del impuesto sobre los ingresos brutos en la suma de \$287.356,18, y aplica una multa de \$112.242,43.

En lo que respecta a los honorarios de la Cra. Rospide señala: "Que la Ley Provincial N° 1833, regula el régimen de los honorarios de los Fiscalizadores Externos, estableciendo en su Artículo 2°, que sobre la base de los pagos que los contribuyentes hayan ingresado, serán liquidados los honorarios, mientras que el Artículo 4° exhibe una escala para la aplicación de los mismos; Que el Artículo 12° de la Ley citada y el Artículo 11 del Decreto N° 1881 de la Provincia del Neuquén, indican que los honorarios profesionales son a cargo del inspeccionado; Que el Artículo 12° in fine de la Ley N° 1833 y el Artículo 12° inciso 6° del citado Decreto autorizan a la Dirección Provincial de Rentas a reclamar los emolumentos administrativa y judicialmente, del fiscalizador actuante por lo cual no resulta viable su pretensión; Que el Sistema de Fiscalización empleado en esta Verificación Impositiva contempla la aplicación de la escala de honorarios a la fiscalizadora actuante Cra. Sandra Mónica ROSPIDE, prevista por la Ley 1833, sobre la deuda determinada en la presente resolución, siendo los mismos de PESOS VEINTICUATRO MIL TRESCIENTOS TRECE CON NOVENTA Y OCHO CENTAVOS (24.313,98)" (tex), notificada a Rent Móvil el 2 de septiembre de 1999, y el 17 de septiembre de 1999 interpone recurso de apelación (fs. 869/871), declarado admisible mediante Resolución N° 654/99 (12 de octubre de 1999).

Finalmente, mediante Acuerdo N° 08/02 de fecha 18 de diciembre del año 2002 se rechaza el recurso (fs. 907/908), se emiten las boletas de deuda y se remiten a la Fiscalía de Estado en agosto de 2003, tomando vista de las actuaciones la Cra. Rospide en fecha 1 de diciembre de 2003 (fs. 935).

IX.2.- Con la boleta de deuda el 20 de agosto de 2003 se da inicio al juicio de apremio conforme surge de los autos caratulados: "PROVINCIA DE NEUQUEN C/ RENT MOVIL S.A. S/ APREMIO" (EXpte. 298.922/3) que se tienen a la vista, en donde se dictó sentencia de trance y remate el 12 de noviembre de 2003 por la suma de \$965.899,61, con más



intereses a liquidarse.

En fecha 13 de noviembre de 2003, a fin de procurar el cobro de la deuda, la Provincia denuncia a embargo cuatro inmuebles, cuya traba resulta frustrada por existir plano de englobamiento y por haberse transferido con anterioridad (fs. 13 del expediente judicial citado), informando luego el Registro de la Propiedad Inmueble que no se han individualizado propiedades a nombre de RENT MOVIL S.A. (fs. 17).

En fecha 17 de noviembre de 2004 se decreta la inhibición general de bienes de RENT MOVIL S.A. y embargo sobre cuentas bancarias, informando las entidades financieras que no registran cuenta a nombre del requerido.

Luego, a fs. 52 en fecha 31 de octubre de 2006, la Provincia solicita, como paso previo a la declaración de incobrabilidad prevista por los Decretos 748/03 y las facultades otorgadas al Fiscal de Estado por el Decreto 2146/89, se decrete embargo sobre los fondos existentes en las cuentas bancarias, lo que no puede concretarse por no existir cuentas a nombre del requerido.

Cumplidas las diligencias, se paralizan las actuaciones, y luego el 8 de septiembre de 2011 la Provincia solicita la desparalización y se oficie a las Municipalidades de Neuquén, Centenario y Plottier a fin de que informen si el deudor paga tributo por patente de rodados. Sin que existan constancias de cumplimiento de las diligencias ordenadas, en fecha 3 de mayo de 2012 se remiten las actuaciones a esta Secretaría.

IX.3.- Por otro lado, en fecha 20 de abril de 2004, la Provincia solicitó la quiebra de RENT MOVIL S.A. con fundamento en las sentencias de trance y remate dictadas como consecuencia de las deudas determinadas en el expediente administrativo Nro. 2753-3964/97, en los autos caratulados: "RENT MOVIL S.A. S/QUIEBRA" (EXPTE. 307.488/04) que tramitara ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería Nro. 1.

Allí, la Provincia, luego de la presentación inicial, denuncia que RENT MOVIL S.A. se encuentra en tratativas de dar solución extrajudicial al reclamo, manifiesta que resulta necesario cursar notas a diversos organismos a fin de determinar la viabilidad del ofrecimiento. Solicita la suspensión de plazos y términos. En la presentación acompaña copia de lo que manifestara RENT MOVIL S.A. ante la Fiscalía de Estado. Allí RENT MOVIL S.A. denuncia que se encuentra en trámite de liquidación, que se han cancelado las deudas bancarias, laborales y a proveedores, quedando solamente impagas las deudas impositivas como la que motivó el pedido de quiebra; ofrece en concepto de dación en pago con efecto cancelatorio de todas las acreencias de la Dirección General de Rentas, la totalidad de las acciones de CORFONE S.A. de las que resulta titular la empresa RENT MOVIL S.A. (fs. 23); luego incorpora al ofrecimiento acciones de CORFONE S.A. de titularidad de los socios Gonzalez Alberto Rubén, los herederos de Allende Antonio Mario (padre e hijo), Allende Eduardo Manuel y Piré Rayén Automotores S.A.; y la totalidad de la participación de la empresa RENT MOVIL S.A. en el paquete accionario de la sociedad SHOPPING NEUQUEN S.A.

Se suspenden los plazos el 15 de diciembre de 2004. En fecha 20 de diciembre de 2007 la Provincia desiste del pedido de quiebra, prestando conformidad RENT MOVIL S.A., por lo que se dispone el archivo del expediente en fecha 27 de diciembre de 2007.

No surge del expediente de la quiebra cuál fue la suerte corrida por el ofrecimiento formulado por Rent Movil S.A.

IX.4.- A su vez, del expediente administrativo Nro. 2753-3964/97 surge que el 22 de marzo de 2005 –con posterioridad al pedido de suspensión de plazos formulado en el expediente de quiebra y antes del desistimiento- RENT MOVIL S.A. deduce reclamación administrativa en los términos del art. 183 de la Ley 1284 contra la Resolución 234/04 afirmando que contiene una desigualdad tributaria al distinguir a contribuyentes con juicio y sin él; y solicita se ordene el acogimiento de la empresa a la Resolución con quita de intereses. El reclamo fue rechazado mediante Resolución N° 267/05 del 16 de mayo de 2005.

A fs. 980 obra una nota del apoderado de RENT MOVIL S.A. en la que el 18 de octubre de 2005 informa al Director de Rentas que ha solicitado el acogimiento a un plan de pagos en los términos de las Resoluciones 234/04 y 476/05, y allí sostiene que la valuación de las acciones ofrecidas en pago en la quiebra resulta de gran dificultad.

A fs. 984 –el 24 de enero de 2006- la Fiscalía informa sobre el estado del expediente sobre quiebra y que se encuentra a la espera del otorgamiento o no por parte de la Dirección de Rentas de la autorización para abonar la deuda fiscal en 60 cuotas, y que de ser denegado, se reiniciarán los plazos y reiterarán el pedido de quiebra.



Luego de ello, la Dirección Legal y Técnica de la Dirección Provincial de Rentas, en fecha 11 de julio de 2006, aconseja que se tome la deuda del contribuyente en el marco de las previsiones de los artículos 8, 9 y siguientes de la Resolución N° 234/DPR/04 a los fines de posibilitar el pago y cancelación de la misma definitivamente por parte del contribuyente, salvo mejor opinión. Y agrega: "Finalmente, debe tenerse en cuenta que la verificación impositiva del contribuyente fue realizada a través de un Contador Público Independiente al cual el contribuyente Rent Movil le debe abonar los honorarios en el caso que regularice su deuda, conforme lo previsto por el Código Fiscal Provincial Vigente (T.O. 1997), la Ley Provincial N° 1833 y las normas reglamentarias de dicho sistema por lo cual se le deberá comunicar a la empresa que corresponde que cancele los honorarios citados" (tex).

Las actuaciones se giran a la Fiscalía de Estado, siendo éste el último movimiento.

Hasta aquí todo lo acontecido, conforme los expedientes ofrecidos como prueba, respecto a los trabajos realizados por la contadora Rospide y las gestiones realizadas por la Provincia para perseguir el cobro de la deuda determinada.

X.- Recapitulando, la contadora Rospide fue designada en la Resolución 349/97 de fecha 30 de septiembre de 1997 para actuar como Fiscalizadora Externa debiendo actuar dentro de las normas legales correspondientes al Sistema de Fiscalización Externa a cargo de contadores públicos independientes.

En lo que respecta a la percepción de los honorarios, la Ley 1833 establece:

"Los honorarios correspondientes a los contadores públicos que realicen tareas de fiscalización externa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 41, inciso g), del Código Fiscal de la Provincia, estarán sujetos a las disposiciones del presente régimen" (art. 1). "Los honorarios serán liquidados sobre la base de los pagos que los contribuyentes hayan efectivamente ingresado a la Dirección General de Rentas en concepto de capital, actualización monetaria e intereses" (art. 2). "El profesional percibirá honorarios por todas aquellas sumas que el contribuyente abone una vez iniciada la inspección y que correspondan al período y concepto bajo control" (art. 3). "En los casos en que la Dirección General de Rentas perciba pagos parciales –sean o no acordados con el contribuyente– los honorarios a los profesionales les serán liquidados sólo sobre los montos efectivamente ingresados por aquél, sin considerar los percibidos con anterioridad ni lo pendiente de cobro" (art. 6). "En caso de moratorios o regímenes especiales que condonen parte de la deuda del contribuyente sea por capital, actualizaciones, intereses o multas, el deudor sólo podrá acogerse a sus beneficios si previamente abona totalmente los honorarios profesionales" (art. 7). "No se abonarán honorarios a los profesionales cuando la Dirección General de Rentas no pueda percibir la deuda del contribuyente. Tampoco serán retribuidos los trabajos realizados por los profesionales cuya recusación haya sido aceptada por la Dirección General de Rentas" (art. 8). "Los honorarios de los profesionales –cuando corresponderán abonados por intermedio y de acuerdo con las normas que rijan los depósitos y retenciones del consejo profesional respectivo" (art. 10). "Una vez que el profesional perciba íntegramente sus honorarios la Dirección Provincial de Rentas determinará su monto actualizado con más intereses e intimará al contribuyente para que abone dicha suma en diez días hábiles. Para su cobro se seguirán los procedimientos previstos en los párrafos segundo, tercero y cuarto del artículo 37 bis del Código Fiscal" (art. 12).

Por su parte, la Resolución Nro. 291/90 reglamenta el régimen de Fiscalización Externa y establece: "El trámite para el pago de los honorarios correspondientes se iniciará una vez ingresado el monto de la deuda. La Dirección Provincial de Rentas remitirá a la Dirección de Administración de la Subsecretaría de Hacienda de la Provincia, la certificación del trabajo realizado, firmada por un Director del Organismo y el o los profesionales intervinientes. La Dirección de Administración abonará los honorarios dentro de los treinta días de efectivizado el cobro por el Fisco" (art. 17).

XI.- En este contexto normativo y fáctico entonces habrá que determinar si ha existido responsabilidad de la Provincia de Neuquén en el hecho dañoso que se le imputa.

No se encuentra controvertido por las partes que la Cra. Rospide percibiría sus honorarios una vez que ingresaran los fondos por la deuda determinada a la Dirección General de Rentas. Sin embargo, la actora funda su reclamo en la negligencia de la demandada para perseguir el cobro de la acreencia, lo que concluyó en la no percepción de sus honorarios, configurando el daño que sostiene haber sufrido.

XII.- Dicho esto, cabe analizar en primer lugar la excepción de prescripción opuesta por la Provincia. Para ello, es



necesario tener presente el objeto de la acción intentada por la actora, que reclama daños y perjuicios por el actuar negligente de la Provincia en la percepción de los impuestos determinados al deudor RENT MOVIL S.A.

A la luz de los hechos y circunstancias relatadas, se advierte que no resulta tarea sencilla determinar la fecha de inicio del cómputo de la prescripción. La actora tenía un derecho en expectativa: cobraría sus honorarios en la oportunidad en que la DPR percibiera los impuestos determinados, incluso en la misma proporción, en caso de optarse por un pago en cuotas. De ello se deduce que mientras la DPR realizó gestiones tendientes al cobro de los impuestos no se configuró el daño, cual es, la no percepción de los honorarios.

En virtud de ello, aparece como razonable colocar el comienzo del cómputo de la prescripción en el momento en que la Provincia dejó de exigir el pago de la deuda, y que conforme las pruebas arrimadas a la causa se ubica en la presentación en la que desistió del pedido de quiebra formulado a RENT MOVIL S.A.: el 20 de diciembre de 2007. Antes de ello, la Fiscalía había iniciado los juicios de apremio sin resultado exitoso.

Respecto a la normativa aplicable al instituto de la prescripción, este Tribunal tiene sentada una doctrina pacífica –a través de todas sus integraciones-, reforzada a partir del precedente “Corvin” (Acuerdo N° 1366/07), que fue mantenida en sentencias posteriores (Acuerdos N° 1376/07, 1414/07, 1415/07, 1422/07, 1423/07, 1427/07, 1455/07) y, concretamente, en lo que hace a la responsabilidad del Estado, en el precedente “Cebrero” Ac. 46/13, oportunidad en la que se brindan mayores argumentos (a los que cabe remitirse en honor a la brevedad) en pos de la aplicación del régimen que, sobre el instituto de la prescripción en materia procesal administrativa, regula la Ley Provincial N° 1284 con su natural proyección en la Ley N° 1305.

En consecuencia, a la luz de lo dispuesto por el art. 191 de la Ley 1284, y la fecha de interposición de la demanda: 17 de mayo de 2010, la acción no se encuentra prescripta.

Descartada entonces la defensa de prescripción formulada por la Provincia, se analizará si ha existido una conducta de la Administración que pueda ser merecedora de reproche; y, en su caso, si existe una relación de causalidad directa entre la conducta estatal impugnada y el daño cuya reparación se persigue (Fallos:328:2546).

XIII.- Recuérdese que, en el régimen de la Ley 1305, los interesados pueden deducir acción procesal administrativa para impugnar “los actos que resuelven sobre todo tipo de reclamos por daños ocasionados por agentes, cosas o hechos de la Administración Pública que se produzcan por incumplimiento o en relación a una vinculación especial de derecho público, contractual o reglamentaria” (art. 2, inc. a) pto. 4 de la Ley 1305).

En ese contexto, pueden solicitar la anulación total o parcial de la disposición administrativa impugnada; el restablecimiento o reconocimiento del derecho vulnerado, desconocido o incumplido, y el resarcimiento de los perjuicios sufridos (art. 19 del mismo Cuerpo legal).

En el caso, el Decreto 1933/5, luego de encuadrar la actuación de los profesionales que actúan como fiscalizadores externos en el marco de la Ley 1815, 1833 y 1889, y Resolución 291/90 del Ministerio de Economía, Obras y Servicios Públicos, señala que la relación que vinculó a la actora con la Administración está sujeta a las normas del derecho público provincial y afirma que el pago de los servicios prestados quedó sujeto a la condición suspensiva de la percepción de los fondos adeudados por los contribuyentes. Agrega que la “aleatoriedad” del efectivo pago de sus honorarios era una circunstancia perfectamente conocida por la actora, libremente consentida y debidamente meritada al tiempo de aceptar desempeñarse como fiscalizadora externa en las actuaciones referidas a Rent Movil S.A.

Luego, en base a lo anterior y en función del principio de “buena fe” y la “teoría de los propios actos”, estima que es dable exigir una conducta consonante con la confianza suscitada.

Desestima la actuación negligente que se le endilga a la Administración, detallando las gestiones llevadas a cabo para el cobro de lo adeudado al contribuyente para concluir que, la no percepción de ello no resulta bajo ningún concepto imputable al Estado Provincial.

Agrega que deviene abusivo cargar sobre las espaldas del Fisco la insolvencia de los contribuyentes; dice que el Estado requirió los servicios de la actora en términos unívocos, sin garantizar su efectivo cobro y ésta, aceptó los mismos. Luego, el Decreto 1545/10 persiste en el análisis jurídico plasmado en el Decreto 1933/05.



Por todo ello, concluye que debe rechazarse el reclamo interpuesto y declara agotada la instancia administrativa.

XIII.1.- Vale examinar entonces si existe mérito para descalificar el acto administrativo referido; ello será así, en tanto se logre determinar si ha existido por parte de la Administración el actuar negligente que se le imputa, susceptible de activar la responsabilidad que se le endilga y consecuentemente la obligación de reparar el daño que la actora, afirma, le fue ocasionado.

Y a dicho fin, vale señalar que no se encuentra acreditado cuál fue la suerte final del trámite por la percepción de los impuestos determinados a RENT MOVIL S.A.

Luego de las gestiones llevadas a cabo en los expedientes sobre apremio por la Fiscalía –que ya fueron referenciados con detenimiento-, y el pedido de quiebra, la Dirección Legal y Técnica de la Dirección Provincial de Rentas, en fecha 11 de julio de 2006, aconseja que se tome la deuda del contribuyente en el marco de las previsiones de los artículos 8, 9 y siguientes de la Resolución N° 234/DPR/04 a los fines de posibilitar el pago y cancelación de la misma definitivamente por parte del contribuyente, salvo mejor opinión.

Y agrega: "Finalmente, debe tenerse en cuenta que la verificación impositiva del contribuyente fue realizada a través de un Contador Público Independiente al cual el contribuyente Rent Móvil le debe abonar los honorarios en el caso que regularice su deuda, conforme lo previsto por el Código Fiscal Provincial Vigente (T.O. 1997), la Ley Provincial N° 1833 y las normas reglamentarias de dicho sistema por lo cual se le deberá comunicar a la empresa que corresponde que cancele los honorarios citados".

No obran constancias de que ello haya sido resuelto, y sin que existieran otras actuaciones en los expedientes administrativos, en el trámite sobre quiebra la Fiscalía desiste de tal pretensión.

Así las cosas, puede colegirse que la Provincia dejó de perseguir el cobro de los impuestos determinados, o en su defecto, admitió el pedido de pago en cuotas formulado por la deudora –lo que no acreditó- y no dio cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley 1833 en cuanto dispone que el deudor sólo podrá acogerse a moratorias o regímenes especiales que condonen parte de la deuda si previamente abona totalmente los honorarios del profesional.

Ante el ofrecimiento de pago en cuotas formulado por RENT MOVIL S.A. (conf. fs. 980 del expediente 2753-3964/97), el informe de la Fiscalía de Estado (fs. 984) y el Dictamen de la Dirección Legal y Técnica (fs. 985/987) es posible señalar que la Provincia tenía posibilidades de percibir el importe de la deuda (o al menos parte), y sin embargo, no existen constancias de lo actuado al respecto.

Desde dicho vértice, tampoco es posible colegir que, tal como expresa el Decreto 1933/5, se esté tratando de "cargar sobre las espaldas del Fisco la insolvencia de los contribuyentes", pues de hecho, lo anterior resta fuerza a la afirmación de que, efectivamente, se haya estado frente a un deudor insolvente y que la deuda se haya tomado incobrable (al menos, no se cuenta con la declaración contemplada en el art. 19 de la Resolución 291/90).

XIII.2.- Sin embargo, esta circunstancia –aunque es necesaria- no es suficiente para responsabilizar a la Provincia en la extensión reclamada.

Y aquí, algunas precisiones.

Si la negligencia que se le imputa a la Provincia se encuentra configurada por la no conclusión del trámite, la consecuencia de esta falta es la no percepción del importe determinado.

Ahora, si uno de los requisitos para la procedencia del daño es la existencia de una relación de causalidad adecuada con el evento dañoso, la alegada frustración del cobro de los honorarios de la Contadora Rospide no tiene nexo causal adecuado con la no persecución del trámite, sino que la relación directa está dada con la pérdida de la posibilidad del cobro de los impuestos determinados.

De haberse continuado con el trámite, la Provincia hubiera percibido los impuestos, y luego la contadora cobrado sus honorarios, incluso, en la proporción en que la Provincia percibiera los impuestos (conf. art. 2 de la Ley 1833).

Ahora bien, la falta de certeza sobre lo acontecido con la percepción de los impuestos determinados, y por otro lado, la ausencia de certeza sobre la posibilidad de que la Provincia percibiera la totalidad de la deuda determinada, conlleva a que no pueda admitirse la pretensión de demanda por el daño reclamado.



Y ello es así, toda vez que, como se dijo, la falta de certeza en punto a la calidad de "incobrable" del crédito se traslada, lógicamente, a la cuestión atinente a los honorarios de la actora en el contexto normativo que le da sustento. En este orden de ideas, puede concluirse entonces que el menoscabo sufrido por la actora configura una "pérdida de chance" (tal como propone la demandada ante la eventualidad de que no se haga lugar a sus planteos defensivos – cfr. pto. X de su responde-).

XIII.3.- Como ya se sostuviera en otras oportunidades, con la expresión "pérdida de chance" se hace referencia a todos los casos en los cuales el sujeto afectado se ve privado de obtener un provecho, una ganancia o beneficio, o de evitar una pérdida (Acuerdo 1253/5).

Lo que se indemniza entonces, en cuanto daño actual resarcible es la "pérdida misma de la oportunidad": lo reparable no es el beneficio esperado, sino la probabilidad perdida.

Y por ello es, que la pérdida de chance se presenta como daño emergente y no como lucro cesante, porque lo que se indemniza es la actual posibilidad frustrada de obtener el beneficio y no el beneficio en sí mismo esperado (cfr. Mayo, Jorge A., "La pérdida de chance como daño resarcible", La Ley 1989 B, 102).

La circunstancia que el daño produzca la pérdida de una oportunidad o chance determina que, en definitiva, el resarcimiento se acuerde a quien ha sido frustrado en la lesión a un mero interés de hecho y no a quien goza de una situación jurídica ya constituida, lo que incidirá, naturalmente, en la cuantía de la reparación. En realidad, el interés de hecho protegido se revela como la expectativa de un derecho en formación en la cual se encuentra un sujeto quien espera ser titular de un derecho subjetivo, en tanto y en cuanto se encuentra emplazado en una situación que aparece como idónea para obtener el beneficio o ganancia o evitar una pérdida.

La primera tarea en la valoración, implica decidir si existe daño resarcible; constatada la viabilidad del resarcimiento por este ítem, se deberá efectuar un balance de las probabilidades a favor y en contra de la situación del afectado a fin de obtener el razonable resarcimiento; éste debe ser indemnizado en la medida que alcanza un determinado grado cierto de probabilidad en función de la razonable ganancia del damnificado (cfr. "La cuantificación del daño y la pérdida de chance en el proceso contencioso administrativo". Debrabandere Carlos, LLCABA, 2009, cita on line AR/DOC/227/2009)).

Aun cuando lo indemnizable es la eliminación de la chance misma y no el objeto al que la chance tendía, lo cierto es que la fijación de la indemnización estará vinculada con la "intensidad o grado de probabilidad" mutilada por el hecho dañoso. Y, así, para la determinación del daño la jurisprudencia utiliza como parámetro, al pronóstico de la mayor o menor oportunidad de realización de la chance (cfr. Matilde Zavala de González, Resarcimiento de daños, 2º, Pág. 387).

Llegados a este punto, habrá de observarse que de las pruebas rendidas en autos surge que la Contadora realizó el trabajo encomendado y sus honorarios fueron estimados en la suma de \$24.313,98 (conf. RESOLUCION 553/DPR/99); que RENT MOVIL S.A. formuló una propuesta de pago de la deuda determinada en 60 cuotas (fs. 980 del expediente administrativo 2753-3964/97), y que no cuenta con bienes muebles ni inmuebles. Respecto a éstos últimos se ha acreditado que fueron transferidos en el año 1997, antes que la deuda por impuestos se encontrara determinada (conf. fs. 122/126 de estos autos). Esta ausencia de bienes muebles e inmuebles pone en duda la solvencia de RENT MOVIL S.A. y su capacidad de pago, y gravita necesariamente en forma negativa en la posibilidad de cobro de los impuestos determinados.

Sin embargo, frente al ofrecimiento de pago formulado por el deudor debe admitirse que existía alguna posibilidad de que la Provincia percibiera la deuda determinada por impuestos -aunque sea parcialmente-, y en consecuencia, fueran abonados los honorarios de la Contadora Rospide. Por otra parte, debe considerarse que, el ofrecimiento fue realizar el pago en cuotas (60) y la Ley 1833 establece en el art. 6 que en caso de recibirse pagos parciales, los honorarios serían liquidados sólo sobre los montos efectivamente ingresados.

La ponderación de estas circunstancias, de las que claramente puede extraerse que, ni aun considerando que de haberse concluido el procedimiento tendiente a la percepción íntegra del crédito, la actora hubiera percibido los honorarios fijados, lleva a estimar prudencialmente el monto por la "pérdida de chance" en diez mil pesos (\$10.000).



En cuanto a los intereses, entiendo que deben calcularse a la tasa activa del BPN desde el 20 de diciembre de 2007, atento encontrarse allí configurado el hecho que diera origen al reclamo: fue esa la oportunidad en que la Provincia desistió del pedido de quiebra y dejó de perseguir el cobro de los impuestos; y hasta su efectivo pago por parte de la demandada.

XIV.- Las costas del pleito se imponen a la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). 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: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por SANDRA MONICA ROSPIDE contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN, condenando a esta última a abonar la suma de \$10.000 (diez mil) con más los intereses fijados en los considerandos; 2º) Costas a la demandada (art. 68 del CPCYC y 78 Ley 1305); 3º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) 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](#)

"ALBANESE ELSA ISABEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3400/2011) – Acuerdo: 14/16 – Fecha: 29/02/2016

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Empleo Público.

FACULTADES DISCIPLINARIAS DE LA ADMINISTRACION. ABANDONO DE CARGO. SUMARIO. CESANTIA. SOLICITUD DE PERDON ADMINISTRATIVO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Corresponde rechazar la demanda en donde la actora impugna la sanción de cesantía que le fuera aplicada a raíz del sumario administrativo que se le iniciara por abandono de cargo, pues, en sede adminisrativa la actora petitionó el perdón administrativo, lo cual implica un reconocimiento de los hechos y allanamiento a la sanción.

Texto completo:

ACUERDO N° 14. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, 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: "ALBANESE ELSA ISABEL C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA",



Expte. N° 3400/11, 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. 46/60 vta. se presenta la Sra. Elsa Isabel Albanese, por derecho propio y con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Solicita la nulidad de los Decretos N° 2200/04 y N° 1218/07 que, respectivamente, dispusieron su cesantía de los cuadros de la administración pública, y la fecha de efectivización de dicha sanción, por considerar ilegítima esta última.

Invoca que el despido es discriminatorio y reclama la reinstalación en el puesto y condiciones de trabajo desempeñados, indemnización equivalente a los salarios dejados de percibir desde la notificación de la efectivización de la cesantía (27/07/2007) hasta la reincorporación más intereses, pago de aportes y contribuciones al sistema de seguridad social y sindical, e indemnización por daños y perjuicios (moral y otros de tipo material consistentes en el perjuicio derivado de la mora e incumplimiento de diversos contratos y compromisos en los que incurrió con motivo de la pérdida total de sus ingresos).

Enumera los requisitos de admisibilidad de la acción presentada, los que considera cumplidos.

Informa que ingresó a trabajar en la Administración Pública en fecha 15/02/1987 con categoría AUB, conforme designación efectuada por Decreto N° 677/87, que prestó funciones en el Ministerio de Desarrollo Social, más específicamente, en la Unidad de Acción Familiar Ruca Quiñe, y que entre el 19/07/2001 y el 19/07/2003 ocupó el cargo de representante gremial por ATE en dicha dependencia. Relata que en el año 2010, la Asociación de Trabajadores del Estado (ATE) decidió diversas medidas de fuerza (quite de colaboración y cese de tareas) y a partir del 10/12/2001 dispuso el paro de actividades, lo que fue debidamente comunicado al Ministerio de Trabajo pese a ser de conocimiento público.

Sostiene haberse adherido a tales medidas y en ejercicio del derecho de huelga como trabajadora y representante gremial, razón por la cual se le inició sumario administrativo (Disp. N° 227/02 de la Subsecretaría de Acción Social) imputándosele abandono del cargo desde el 17/12/2001 al 21/12/2001 (inclusive).

Indica que ese período coincide con el paro de actividades mencionado.

Manifiesta el desarrollo que tuvo el sumario administrativo, señalando que la prueba aportada, en su visión, revelaba la legitimidad de la huelga al estar amparada por la misma ATE, lo que no fue valorado al momento de la resolución del mismo.

Postula que esa medida de fuerza constituye un derecho que cuenta además con respaldo en diversas legislaciones (Constitución y Leyes Nacionales, Derecho Internacional, entre otros).

Denuncia que la cesantía fue una represalia a su adhesión al paro en flagrante violación de sus derechos laborales e individuales, la Ley 23.551 (Art. 53 incisos e), g), i), j), entre otros).

Advierte que la sanción le fue notificada luego de cinco años de la falta y que si bien su aplicación quedó condicionada a la exclusión de la tutela sindical que poseía, recién se hizo efectiva en Julio de 2007 mediante Decreto N° 1218/07 y pese a que para entonces ya no contaba con la misma conforme lo resuelto por el Juzgado Laboral N° 1 de Neuquén en sentencia de fecha 22/06/2005 dictada en autos: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ ALBANESE, ELSA ISABEL S/ SUMARÍSIMO – ART. 42 LEY 23551" (Expte. N° 316.316/04).

Dice que en el sumario no se respetó el plazo de instrucción y resolución de 20 días fijado en el Decreto N° 1801/92 –Art. 1º- Punto 7 ni el de 2 años entre el inicio y la aplicación de la sanción conforme lo establecido en el Art. 31 del Reglamento de Sumarios Administrativos.

Entiende que al momento de ser sancionada la administración ya había perdido competencia temporal vulnerándose así su derecho de defensa.

Del mismo modo, alega que no existe falta o abandono de cargo ya que la huelga era legítima, concluyendo que en verdad su cesantía obedeció a su actividad sindical, lo que convierte a la medida disciplinaria citada en un acto discriminatorio conforme lo normado en el Art. 1º de la Ley 23.551 impidiéndole su ejercicio.

Sostiene que cumplió con la reglamentación de tal derecho en tanto anotició informalmente (como es de práctica ordinaria y habitual) a su superior sobre su adhesión al paro, justificando su ausencia.

Indica que el superior es el único responsable de confeccionar un informe sobre las inasistencias y la justificación o no



de las mismas. Por tanto, entiende que el incumplimiento de tales obligaciones no puede traerle consecuencias disvaliosas.

Argumenta que la medida de fuerza era de público conocimiento y que en los hechos se la sanciona por haber ejercido el derecho de huelga (amparado por la Constitución Nacional), cuando el mismo no impedía el cumplimiento de los servicios públicos, la finalidad pública del Estado, la prestación del servicio administrativo ni la atención a particulares.

Resalta que el Decreto N° 2200/04 no expone cuáles son los supuestos deberes que transgredió ni las reglamentaciones que se le adjudica haber resistido.

Agrega que la administración conocía su condición de representante de los trabajadores a punto tal que consideró tal circunstancia como un agravante al momento de evaluar su conducta e imputarle abandono de cargo en clara violación –dice- al principio de igualdad ante la ley y las cargas públicas evidenciando la persecución de la que era objeto, y que la única intención de la administración era separarla de sus filas.

Aduna que se le imputó la falta de abandono del cargo entre el 17/12/2001 y el 21/12/2001 (inclusive), es decir, inasistencia injustificada de cinco días laborales y continuos conforme el Art. 111° inciso i) apartado c) del EPCAPP, y que se la sancionó con cesantía por considerar acreditada la misma, pero que, en verdad, el requisito legal citado no se encontraba configurado puesto que el 21/12/2001 no había sido día laboral al haberse dispuesto asueto administrativo en todo el ámbito de la administración pública provincial, entidades autárquicas y entes descentralizados, sin alcance bancario, mediante Decreto N° 2267/01 de fecha 20/12/2001.

Alega que ello constituye un exceso en el ejercicio de poder disciplinario de la administración.

En cuanto al Decreto N° 1218/07, en tanto dispone aplicarle, desde su notificación, la cesantía ya resuelta por Decreto N° 2200/04 del mismo, consigna que reitera la ilegalidad e ilegitimidad de este último acto.

Sostiene que a través de los Exptes. Administrativos N° 5100-006106/10 y N° 5000-007059/11 tramitaron sus reclamos administrativos contra los Decretos N° 2200/04 y N° 1218/07.

Finalmente, adjudica diversos vicios a los actos cuestionados, los que encuadra en el Art. 67 incisos a), c), o), r) y s) de la Ley 1284. Cita jurisprudencia y funda en derecho.

II.- A fs. 82/82 vta. se dicta la RI N° 520/11 que declara la admisión del proceso.

A fs. 84 la actora formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

III.- Corrido el traslado de la demanda, la Provincia del Neuquén contesta a fs. 97/104.

En primer término, opone defensa de prescripción de la acción.

Destaca que la accionante no alega ni solicita la inexistencia de los actos atacados, sino solamente la nulidad.

Sostiene que entre la notificación del Decreto N° 2200/04 (de cesantía) –que dice se produjo el 02/08/2011- transcurrieron siete años, es decir, se superaron los cinco años de prescripción previsto en el Art. 191 de la Ley 1284, considerando incluso el año de suspensión provocado con la presentación administrativa de fecha 06/06/2008 conforme Art. 193 de esa ley.

Confirma que en esa reclamación la actora solicitó perdón administrativo y reincorporación (cfr. fs. 01/03 de Expte. Adm. N° 4100-003796/08).

En base a ello, denuncia que la fecha tope para interponer la acción procesal administrativa era el día 23/09/2010. Consigna que el Decreto N° 2200/04 dispuso expresamente su cesantía y que ello fue reconocido por Albanese en el Punto III a. del escrito de demanda.

Agrega que la prescripción de la acción fue el argumento central del Decreto N° 1413/11, el cual rechazó su reclamo administrativo y aclaró también que el Decreto N° 1218/07 se limitó a aplicar la cesantía ya resuelta en razón de haberse verificado el cumplimiento de la condición suspensiva consistente en la exclusión de la tutela sindical.

Seguidamente contesta demanda. Luego de negar por imperativo procesal todos los hechos y derechos invocados, al igual que la autenticidad de la documental acompañada, que no fueran objeto de expreso reconocimiento, efectúa una reseña de las faltas imputadas a la actora y lo actuado y resuelto en el Sumario Administrativo iniciado en su contra con motivo de las mismas (Expte. N° 2154-50859/2002), incluyendo su resolución conforme Decreto N° 2200/04



(cesantía) y la efectivización de la sanción mediante Decreto N° 1218/07.

Expone que el reclamo administrativo de Albanese contra tales actos fue denegado por Decreto N° 1413/11 por entender que la acción tendiente a su nulidad se hallaba prescripta y porque su nueva impugnación resultaba contradictoria con el reconocimiento de la existencia de la falta y de la legitimidad de la sanción impuestas que se derivaba de su solicitud de perdón administrativo y reincorporación arriba mencionada.

Señala que esto último torna inviable la acción procesal administrativa intentada. Cita jurisprudencia.

Indica que la administración dio estricto cumplimiento al Decreto N° 2772/92 y al EPCAPP en materia de régimen disciplinario por lo cual no puede hablarse de afectación del derecho de defensa y debido proceso de la accionante.

Niega que hubiera existido persecución por razones gremiales contra Albanese.

Dice que su sanción fue exclusivamente por el hecho de haber faltado cinco días continuos y laborales sin justificación en tiempo y forma. Por tanto considera que la cesantía se encuentra debidamente motivada en los antecedentes, es razonable y conforme a derecho.

Refiere que el establecimiento de la naturaleza y entidad de una falta así como la calificación de las sanciones constituye atribución o competencia exclusiva de la administración, por ende no revisable judicialmente, salvo que su ejercicio sea arbitrario o irrazonable.

En el caso, dice que la cesantía fue aplicada en uso de esas facultades discrecionales sin observarse arbitrariedad, ilegalidad o irrazonabilidad alguna, ya que quedó probado que hubo abandono de trabajo de la actora por ausencia de cinco días continuos y laborales no justificada en tiempo y forma y que la sanción, según el ordenamiento, se corresponde con la falta cometida.

Por todo ello solicita el rechazo de la demanda. Plantea la improcedencia de la indemnización por daños y perjuicios (material y moral) reclamada por la actora.

IV.- Corrido el traslado previsto en el Art. 50 de la Ley 1305 y la defensa opuesta por la Provincia del Neuquén, la actora contesta a fs. 107/108.

Reconoce haber solicitado perdón administrativo respecto de la cesantía dispuesta por Decreto N° 2200/04, no obstante, aclara que fue motivado por un vicio en la voluntad (error del Art. 926 CC), consistente en la falsa creencia de que la sanción era legítima cuando esto no era efectivamente así, atento no haberse configurado abandono de servicio durante 5 días laborales y continuos –debido a la declaración de asueto administrativo para el día 21/12/2001-.

Considera, por ello, que la solicitud en cuestión no puede ser tomada como manifestación de su voluntad (cfr. Art. 922 CC), al no existir contradicción alguna con su pretensión de autos. Agrega que el perdón exige necesariamente la efectiva existencia de la falta disciplinaria y la regularidad del acto que la sanciona –legitimidad- extremos que –según su criterio- no se cumplieron aquí.

Respecto a la defensa de prescripción esgrimida por la Provincia del Neuquén, refiere que la misma no se produjo. Al respecto destaca que la demandada se equivoca en el inicio del cómputo del plazo puesto que, si bien el Decreto N° 2200/04 aplica la cesantía, el acto que la hace efectiva es el Decreto N° 1218/07, debiendo computarse la misma desde este último acto ya que fue en ese momento cuando se produjo el perjuicio alegado.

V.- A fs. 220/226 emite opinión el Fiscal General, propiciando hacer lugar a la defensa de prescripción opuesta por la Fiscalía de Estado.

VI.- A fs. 227 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- En base al planteo y traba de la litis, se realizará un breve relato de los hechos en base a las constancias agregadas a autos:

Así, consta que la actora ingresó a la Administración Pública Provincial el 15 de febrero de 1987 mediante Decreto N° 677/87.

En 2002, mediante la Disposición N° 227/02 de la Subsecretaría de Acción Social se ordenó el inicio de un sumario por presunto abandono de cargo.

Dicho sumario se sustanció en los términos del Decreto N° 2772/92 y culminó con el dictado del Decreto N° 2200/04.



El Decreto N° 2200/04 –de fecha 17/09/2004- aprobó las actuaciones sumariales iniciadas contra la Sra. Albanese, la sancionó con cesantía, y dispuso que tal sanción quedaría condicionada a la obtención de la resolución judicial que excluya la tutela sindical que ostentaba la agente, conforme el Art. 52 de la Ley 23.551.

Con fecha 23 de septiembre de 2004 se notificó el acto a la Sra. Albanese (cfr. fs. 84 del Expte. Administrativo N° 2154-50859/02).

Cabe referir, que mediante Expte. JNQLA1 316316/4 "Provincia del Neuquén c/ Albanese Elsa Isabel s/ Sumarísimo Art. 52 Ley 23551", la Provincia del Neuquén inició –cargo de fecha 8 de noviembre de 2004- Acción de Exclusión de Tutela Sindical, en los términos de la Ley N° 23551.

Dicho proceso culminó con la sentencia de fecha 22 de Junio de 2005, bajo el registro de protocolo N° 52, F° 191/193, T° I, y agotó la cuestión planteada.

El 25 de julio de 2007 el PEP emitió el Decreto N° 1218/07 en el que dispuso que la sanción de cesantía aplicada mediante Decreto N° 2200/04 "se efectivizará a partir de la fecha en que se notifique el presente Decreto".

Con fecha 06 de junio de 2008, la Sra. Elsa Albanese se presentó ante el Poder Ejecutivo Provincial y solicitó formalmente el Perdón Administrativo, para que se la reincorpore a la Planta Permanente del Estado Provincial. En dicha oportunidad, argumentó vicios en el sumario administrativo, aunque sin detallarlos.

Tras intervenir la Asesoría General de la Gobernación mediante Dictamen N° 0158/08, la actora interpuso reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial en fecha 28 de Febrero de 2011.

Allí, impugnó los Decretos N° 2200/04 y 1218/07 y la sanción de cesantía, con fundamento en discriminación y arbitrariedad frente a su despido, ya que –invoca- que el día 21 de diciembre de 2001 (quinto día de inasistencia injustificada) fue declarado asueto administrativo mediante Decreto N° 2267/01.

Con basamento en una nueva intervención de la Asesoría General de la Gobernación a través del Dictamen N° 0130/11, el Poder Ejecutivo Provincial emitió el Decreto N° 1413/11 y rechazó el planteo, haciendo eje en la prescripción de la acción para impugnar los actos denunciados como nulos, y la renuncia implícita realizada por la actora al interponer el pedido de Perdón Administrativo.

VIII.- La cuestión sustancial nos introduce en el poder disciplinario de la Administración Pública Provincial.

Ahora bien, conforme se adelantó, según surge del Expte. Administrativo N° 4100-003796/2008, con fecha 06 de Junio de 2008 la Sra. Albanese solicitó el perdón administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial.

Deviene oportuno, entonces, analizar las consecuencias de este pedido de Perdón Administrativo, temática abordada por este Tribunal Superior de Justicia en el Acuerdo 1212/06 "Gonzalez Nestor Alberto c/ Provincia del Neuquén s/ APA", entre otros.

En el precitado antecedente, este Tribunal sostuvo expresamente: "Bajo estos conceptos, encuentro que la actora, al solicitar el perdón administrativo, fue contra sus propios actos, aceptando la legitimidad de la sanción que le aplicara la administración. Esto así, ya que el perdón implica una renuncia del agraviado (reconocer que la falta existió y la sanción es legítima) y esto no pudo ser desconocido por el accionante.

Como corolario de lo expuesto, presentándose el acto administrativo que dispuso la cesantía como legítimo y, habiéndolo reconocido implícitamente el actor al solicitar el perdón administrativo, corresponde el rechazo de la presente acción".

En este sentido, el Profesor Marienhoff explica el instituto en cuestión: "El "perdón" de la Administración Pública extingue la sanción disciplinaria.

Algunos tratadistas le denominan "condonación". Incluso puede llamársele "renuncia". Supone la efectiva existencia de la falta disciplinaria y la regularidad del acto que la sancionare. (...) El "perdón" –que implica una renuncia del agraviado- es un medio de extinción de las infracciones al orden jurídico (...) En el caso del perdón la falta ha existido efectivamente y el acto de sanción no adolece de vicio alguno (autor mencionado, Tratado de Derecho Administrativo, T.III-B, Abeledo-Perrot).

Según afirma el citado tratadista, la petición del Perdón Administrativo importa reconocer la legitimidad del procedimiento sancionatorio incoado en contra de quien solicita el beneficio, impidiendo revisarlo con posterioridad.



Bajo este vértice, es dable interpretar que, implícitamente, la accionante reconoció la legitimidad de la sanción que le fuera aplicada mediante los Decretos N° 2200/04 y 1218/07.

Conforme lo antedicho respecto de los efectos del pedido del Perdón Administrativo, deviene innecesario el tratamiento de la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

En función de las consideraciones vertidas, es que propicio al Acuerdo: a) Se desestime la demanda interpuesta en todas sus partes; b) Las costas serán soportadas por la actora perdidosa (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. aplicable por reenvío previsto en el art. 78 del C.P.A.). En base a ello, propicio el rechazo de la acción intentada. TAL MI VOTO.

IX.- El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor OSCAR E. MASSEI, 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: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por la Sra. Elsa Isabel Albanese contra la Provincia del Neuquén. 2º) Las costas serán soportadas por la actora (Art. 68 del CPCyC). 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4º) 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](#)

"ROJA ARGENTINO RAMÓN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3590/2012) – Acuerdo: 11/16 –
Fecha: 29/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Dominio del Estado.

ADJUDICACION DE TIERRAS FISCALES. INMUEBLE RURAL. ESCRITURACION EL INMUEBLE. SERVIDUMBRE PARA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA. ESTADO PROVINCIAL. COBRO DE CANON. DECRETO REGLAMENTARIO. CONSTITUCIONALIDAD.

Cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 (que establece 10 años de cesión a la Provincia de cobro de canon por servidumbres hidrocarburíferas) ordenándose la escrituración de un inmueble rural otorgado en el marco de la Ley 263 y su Decreto reglamentario 826/64, rechazando tal planteo de inconstitucionalidad con fundamento en el criterio previo del TSJ (Acuerdo N° 25/2014 "Lillo", entre otros): en tanto la política pública de concebir a la tierra como un instrumento de trabajo y no como un bien de renta, permite imponer limitaciones al dominio a transmitir.

Texto completo:

ACUERDO N° 11. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de



febrero del año dos mil dieciséis, 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: "ROJA ARGENTINO RAMÓN C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3590/12, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 18/37 se presenta el Sr. Argentino Ramón Roja, mediante apoderado, e inicia demanda contra la Provincia del Neuquén.

Solicita a) la escrituración del inmueble rural identificado como: Lote 8, Fracción C, Sección XXXI, Paraje Chihuidos, Departamento Añelo, Provincia del Neuquén, NC 06-RR-011-4370, con una superficie de 5.388,5428 Ha, Plano de Mensura E-2756-5263/01; b) la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble; c) la entrega del primer testimonio; d) que tal condena lo sea bajo apercibimiento de astreintes; y e) se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 y, en consecuencia, su inaplicabilidad al caso.

Relata que las actuaciones administrativas que dan origen a la acción, se iniciaron en el año 1938 bajo expediente N° 122.581/38 del entonces Ministerio de Asuntos Agrarios de la Nación.

Sostiene que desde entonces se cumplieron sucesivas etapas procedimentales que incluyeron el otorgamiento de permisos de pastoreo y ocupación, delimitación de ocupación, deslinde, mensura, adjudicación en venta, cancelación del precio de compra, declaración de cumplimiento de obligaciones a cargo del actor, y se ordenó otorgarle el respectivo título de propiedad.

Alega que, sin embargo, aún no le fue escriturado el inmueble.

Entiende que la asignación y enajenación progresiva de tierras fiscales a los pobladores efectivos y actuales de las mismas se encuentra establecida en el art. 82 de la Constitución Provincial, y el procedimiento aplicable a la operación de compra y venta es el establecido en el Código de Tierras, Ley 263 y su Decreto Reglamentario N° 826/64.

Enumera pormenorizadamente los reclamos administrativos presentados a fin de que la Administración escribure el inmueble objeto de autos.

Reclama sobre los derechos constitucionales conculcados por la parte demandada, especialmente el de propiedad, y los derechos de los pobladores rurales efectivos y actuales.

Posteriormente plantea la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 y su acta anexa, cuya firma se le exige en forma previa a la escrituración.

Manifiesta que el decreto cuya constitucionalidad cuestiona, excluye la transferencia del derecho real de servidumbre por diez años, de los bienes el dominio privado del Estado.

Menciona que el predio sirviente es privado (de propiedad del actor) y la servidumbre hidrocarburífera se establece en beneficio de una empresa privada.

Cita el Art. 100 de la Ley 17.319 y la Ley Provincial N° 2183.

Narra que en ese escenario, el acto administrativo en cuestión establece que la enajenación de las tierras fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro por canon por servidumbre correspondientes a la exploración y explotación hidrocarburífera, establecida en la Ley 2183 o indemnizaciones equivalentes.

Afirma que de conformidad al Art. 2 de tal ordenamiento, el Estado Provincial se reserva por el término de 10 años indemnizaciones derivadas de la actividad hidrocarburífera, respecto de las tierras fiscales enajenadas a sus ocupantes.

Prosigue que para ceder la servidumbre a favor del Estado se recurre a un acta denominada "acta decreto".

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

II.- A fs. 48, mediante Resolución Interlocutoria N° 335 del 30/07/2012 se hace lugar a la excusación del Dr. Evaldo Darío Moya y se declara la admisión del proceso.

III.- A fs. 50 la actora opta por el procedimiento sumario.

IV.- A fs. 62/66 se presenta la Provincia del Neuquén mediante apoderado y con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de



Estado. Contesta la demanda y solicita su rechazo.

Efectúa las negativas de imperio procesal, y reconoce que en el Expediente N° 122.581/38 se encuentra agregada la Res. 012/03 por medio de la cual adjudicó en venta al aquí actor el inmueble cuya escrituración reclama. Dice que en el acto se menciona el Decreto N° 289/01, estableciéndose que alcanza al adjudicatario, que éste acepta tal reglamento y que el mismo es de aplicación a la presente adjudicación.

Del mismo modo, asiente que el Decreto N° 1690/10 declaró las obligaciones a cargo del actor cumplidas, ordenando el otorgamiento del título.

Refiere que el Sr. Roja solicitó la escrituración en sede administrativa y solicitó la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01.

Prosigue con el relato de las actuaciones administrativas.

Alega que la Administración no ha negado el derecho del actor a escriturar, ni ha incurrido en una demora imputable a ella, ya que no ha podido continuar con las gestiones, en tanto el accionante no se presentó a firmar el acta.

Invoca que tal trámite no afecta ningún derecho del actor, ya que la cesión al Estado es gratuita, con el objeto de que éste cobre los cánones por servidumbre de hidrocarburos y rige con independencia de que lo acepte el adjudicatario.

Aduna que con la nueva norma legal que reemplazó al Decreto N° 289/01 ya no se exige que se firme un acta acuerdo, la que por lo demás, es sólo una formalidad.

Estima que los trámites se encuentran paralizados por exclusiva culpa del actor.

Ilustra sobre la derogación del Decreto 289/01 y el dictado del nuevo Decreto 2112/08, por lo cual interpreta el planteo de inconstitucionalidad se encuentra referido a una norma no vigente.

Evidencia que el accionante no planteó la inconstitucionalidad del acto vigente, por lo que no podrá ser discurrida en el presente proceso en función el principio de congruencia (cfr. art. 8 de la Ley 1305).

Rechaza que tales actos estén en contra del objeto y espíritu de la Ley 263, que al Estado Provincial no le corresponda el cobro de servidumbres y que el mismo sea contrario a los fines sociales dispuestos por tal ordenamiento.

Discrepa en torno a la afectación de los derechos de propiedad o igualdad que alega el Sr. Roja en su demanda.

Invoca el precedente "Quarta" del TSJ en pos de la improcedencia de la inconstitucionalidad, en función de los argumentos de la mayoría, ya que a la luz de los mismos no se observa que el decreto derogado siga produciendo efectos. Por ello solicita su rechazo.

Tras ello, alude a que la elección de la vía sumaria le veda la acreditación de los hechos postulados en la demanda. Que solo podrá probar los actos administrativos agregados en el expediente origen del trámite.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba documental y formula el petitorio.

V.- A fs. 68/69 vta. contesta la actora el traslado de la documentación.

Entiende que resulta extemporánea la pretensión exteriorizada de aplicar a la titularización que se persigue en autos los alcances del Decreto N° 2112/08.

En base a ello, hace extensivo el planteo de inconstitucionalidad formulado contra el Decreto N° 289/01 al Decreto N 2112/08.

Pretende aplicables los argumentos que ya esgrimió, dado que la modificación se refiere a la extensión temporal de la restricción, que en el Decreto N° 2112/08 es sin límite temporal, mientras en el anterior es por 10 años.

Postula que la pretendida perpetuidad de la restricción la ejerce en la instancia extrema de contestación de la demanda en el proceso sumario, cuando prácticamente se encuentra vencido el plazo de 10 años del Decreto N° 289/01.

Niega y rechaza la aplicación del nuevo acto administrativo por cuanto entiende que los derechos de propiedad sobre el inmueble se encuentran consolidados bajo un régimen anterior.

Enuncia la secuencia del procedimiento contemplado en el Decreto: norma legal de adjudicación en venta, luego obligaciones cumplidas y, finalmente, el consecuente título de propiedad.

Expone que la adjudicación en venta consigna aplicable el Decreto N° 289/01.

Sostiene que adquirió los derechos de propiedad y los consolidó al momento de la adjudicación en venta, por lo cual



no pueden serles sustraídos tales derechos, en tanto adquiridos, por otra vía que no sea la expropiación.

Recuerda que todas las adjudicaciones anteriores se escrituraron sin restricciones, aún bajo la vigencia del Decreto N° 2112/08. Cita los casos.

Destaca que las adjudicaciones realizadas en el marco del Decreto 289/01 se escrituraron con las restricciones que surgen del mismo, aún bajo la vigencia del nuevo acto.

Bajo tal entendimiento, la norma derogada mantiene ultraactividad, en salvaguarda de los derechos adquiridos por el comprador a través de la adjudicación en venta; o que ha sido invariable en los títulos otorgados.

Por otra parte, dice que de los precisos términos que emplea el Decreto N° 2112/08 no surge que éste opere con retroactividad, por lo que rige el principio de la irretroactividad.

Cita jurisprudencia en apoyo.

VI.- A fs. 78/87 emite su dictamen el Sr. Fiscal General Subrogante, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 101 se emite la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida coloca las actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Ahora bien, tal como surge de los antecedentes administrativos, el Sr. Roja obtuvo por parte de la Administración un permiso de pastoreo y ocupación; luego, mediante Resolución 012/03 emitida por el Ministerio de Producción y Turismo, se le adjudicó en venta el fundo en cuestión y ésta, en forma expresa, bajo el artículo 1° dispuso que dicha adjudicación era "... en las condiciones establecidas por la Ley N° 263, Decreto Reglamentario N° 826/64, Decreto N° 289/01, y demás normas reglamentarias, ..." .

En los considerandos de la Resolución citada, se indica que "el Decreto 289/1 estipula que la enajenación de las tierras fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro de servidumbre correspondiente a la exploración y explotación hidrocarburífera, quedando las mismas reservadas a favor del Estado Provincial".

En virtud de lo anterior, en el acto de adjudicación se consigna expresamente "la aplicación del Decreto 289/01 a la presente adjudicación en venta, aceptando el adjudicatario que el ejercicio de los derechos de cobro por servidumbre derivados de la actividad hidrocarburífera queda reservado al Estado Provincial por el plazo de 10 años a partir de notificada la presente" (art. 3°).

Ese acto aparece consentido por el actor pues no hay constancias de que se hubiera disconformado de las condiciones en las que se le efectuó la adjudicación en venta de la tierra fiscal.

Retomando, finalmente mediante el Decreto N° 1690/10 del 08/09/2010 se declaran cumplidas las obligaciones de compra impuestas a su cargo por la Ley 263 y se ordena el otorgamiento del correspondiente título de propiedad, con expresa mención al Decreto Reglamentario N° 826/64, Decreto 289/1 y demás normas reglamentarias.

Luego, no surge que el actor haya realizado algún planteo en punto a las condiciones bajo las cuales se le otorgó la adjudicación de la tierra; específicamente en lo que respecta al Decreto 289/01, recién surge el planteo en torno a su supuesta inconstitucionalidad cuando realiza la presentación de fecha 2/9/11 (Expte. 5000-7808/11) en la que se opone a la suscripción del "Acta Decreto 289/1" como paso previo al otorgamiento del título.

Allí recién planteó la inconstitucionalidad, alegando que: "Que la decisión final del PE no ha sido condicionada a la cesión gratuita de mis derechos ya adquiridos. Que los requisitos legales previstos son claros (art. 7 de la Ley 263), todos ya cumplidos, no pudiendo sumarse nuevas exigencias en esta instancia final, que disminuyen mis derechos constitucionales, al tiempo que implican un enriquecimiento sin causa para la vencedora, vulnerando principios elementales de nuestra Carta Magna Provincial y Nacional".

VIII.1.- Y, al respecto, conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que: el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico, a una decisión judicial, o a una determinada jurisdicción, comportan un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (cfr. Fallos 169-245; Fallos 170-12, etc.).

Tal el supuesto de autos: el actor, recién después de atravesar todo el procedimiento tendiente a obtener la tierra fiscal (permiso de pastoreo, adjudicación en venta, declaración de las obligaciones cumplidas) –el que se realizó con



absoluta y expresa referencia, en lo que aquí importa, al Decreto 289/01- y de haberse ordenado la escrituración en esos términos intenta, ahora, obtenerla, impugnando el mismo régimen sobre el cual se asentó el otorgamiento de aquel derecho y el cual fue aceptado por el accionante sin ningún tipo de reservas.

VIII.2.- Más allá de ello, que en el caso ya alcanzaría para sellar la suerte del planteo de inconstitucionalidad esbozado, tampoco logra advertirse que en ese régimen –dado por el Decreto 289/01- exista, efectivamente, una lesión a derechos constitucionales. Tal como se ha venido señalando en anteriores precedentes de este Tribunal en causas análogas al presente (cfr. Acuerdo 25/14).

En efecto, el Decreto 289/01 (aún cuando haya sido derogado por el Decreto 2112/08) rige el caso sub examine pues la adjudicación en venta dictada en el procedimiento administrativo tuvo como referencia esa normativa “por el plazo de Diez (10) años a partir de notificada la presente”.

Por su parte, del contenido fijado en la Ley 263 puede advertirse que se persigue como política pública en el ámbito de la Provincia, hacer viable el cumplimiento de la función social de la tierra fiscal (recuérdese que la Constitución Provincial establece que “la tierra es un bien de trabajo y la ley promoverá una reforma agraria integral con arreglo a las siguientes bases: ... asignación de las parcelas a pobladores efectivos actuales y a quienes acrediten condiciones de arraigo y trabajo o iniciativas de progreso social...” -art. 82-).

Dispone el artículo 1º de la Ley 263: “El Poder Ejecutivo promoverá el cumplimiento de la función social de la tierra fiscal, mediante su arrendamiento y enajenación en forma progresiva y orgánica a favor de los auténticos trabajadores del campo. Declárase norma fundamental para la interpretación y aplicación de esta Ley, el concepto de que la tierra no debe constituir un bien de renta sino un instrumento de trabajo. El objetivo principal de la Ley es la protección del campesinado y la reactivación de la tierra fiscal”.

El artículo 7º prescribe las obligaciones que los adjudicatarios de tierras fiscales deben cumplir y, en lo que aquí interesa, el artículo 9º dispone:

“Cumplimentados los requisitos que fija el artículo 7º, el Poder Ejecutivo deberá otorgar el correspondiente título de propiedad, quien también podrá otorgarlo cumplidos dos (2) años de adjudicación, con prohibición absoluta de venta por diez (10) años. Si se trata de pobladores con más de diez (10) años de explotación del predio –a quienes se le adjudique en venta la tierra- el Poder Ejecutivo podrá otorgarles el título de propiedad, estableciéndose en el mismo las obligaciones a cumplir y sus plazos respectivos. En los casos indicados en el párrafo anterior, deberá establecerse a favor del Estado provincial garantía hipotecaria por el saldo de precio pactado, en la forma que lo establezca la reglamentación de la presente Ley”.

Y finalmente, el artículo 10º dice: “Comprobado el incumplimiento de obligaciones establecidas en la presente Ley y su reglamentación, el Poder Ejecutivo declarará su caducidad, con o sin pérdida de mejoras y sumas abonadas a favor del Estado provincial”.

Luego, en función de lo anterior, el Decreto 289/01, que reglamentó la mencionada norma, parte precisamente de concebir a la tierra como un instrumento de trabajo y no como un bien de renta.

Con relación a la restricción bajo examen, se expresa en sus “considerandos” que: “el objetivo buscado con tal restricción, es impedir la utilización especulativa de la tierra pública, mantener arraigado a ella al campesinado, instaurando un salvaguarda para el uso de la misma por la gente de campo, al desalentar la venta de la tierra y la migración de sus ocupantes”.

Por ello, en el artículo 1º, se establece que: “la enajenación de las tierras fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro de canon por servidumbre correspondiente a la exploración y explotación hidrocarburífera, establecida en la Ley Provincial 2183 o indemnizaciones equivalentes”.

En el art. 2, que: “El Estado Provincial se reserva por el plazo de diez años el ejercicio de los derechos de cobro de cánones e indemnizaciones derivados de la actividad hidrocarburífera, respecto de las tierras fiscales enajenadas a sus ocupantes, quedando estos autorizados de pleno derecho a ejercer tales derechos luego de vencido el plazo previsto en este Decreto, sin necesidad de otros trámites o autorizaciones. Conforme lo establece el art. 9 de la Ley 263 se mantiene asimismo la prohibición de vender la tierra por el término de diez años”.



Y a ese fin, en el artículo 3, se aprueba el tenor de las cláusulas que deberán insertarse en las respectivas escrituras (Anexo I). Se refiere al "Acta Decreto 289/01" –fs. 8 de autos- mediante el cual, en consonancia con la normativa que está siendo descripta, se deja expresa constancia de las limitaciones impuestas al dominio, entre ellas, la que ocupa este análisis (durante diez años el Estado Provincial se reserva el cobro de las indemnizaciones y cánones).

Luego, como se adelantó, de cara a los objetivos de la Constitución Provincial y de la Ley mencionada, no se advierte, ni se ha acreditado, que el Decreto impugnado traduzca, efectivamente, la afectación a los derechos constitucionales que la accionante invoca como vulnerados.

Antes bien, la regulación contenida en el régimen del Decreto 289/01, se encuentra orientada a garantizar el derecho regulado mediante la Ley 263 y en cumplimiento de determinados objetivos de políticas públicas en el ámbito de la Provincia de Neuquén; de allí que, en los considerandos del acto de adjudicación al Sr. Roja, se haya realizado expresa referencia a todas estas cuestiones (cfr. en este sentido, el dictamen del Sr. Fiscal ante el Cuerpo).

En definitiva, se estableció una regulación que, bajo ciertas condiciones, permite adjudicar en venta a los pobladores las tierras fiscales (ya descriptas anteriormente); en ese contexto, el Estado Provincial implementó un programa de titularización de tierras fiscales a quienes acrediten efectivo arraigo y afectación de las tierras a la actividad agrícola ganadera; esa finalidad superior, vale señalar, logra imponerse sobre el supuesto derecho que intenta erigir aquí el accionante (cobro de servidumbres).

Luego, por los fundamentos expuestos, no logra advertirse que en la reglamentación dada por el Decreto 289/01 se encuentren vulnerados los derechos constitucionales que se dicen afectados.

IX.- Finalmente, teniendo en consideración el análisis aquí efectuado, la escritura traslativa de dominio deberá ser otorgada en los términos antedichos; es decir, bajo el régimen sobre el cual originariamente fue concebido el derecho, esto es el Decreto 289/1.

X.- Así, desestimado el planteo de inconstitucionalidad, deberá darse cumplimiento a la obligación de escriturar las tierras que le han sido adjudicadas al actor, en los términos y condiciones fijados en los puntos precedentes.

Luego, en relación con las costas, de acuerdo a como se resuelven las cuestiones planteadas, conforme surge del artículo 71 del C.P.C. y C. (de aplicación supletoria en esta materia), deberán imponerse en el orden causado.

TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Comparto los argumentos desarrollados por el Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, por lo que voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del Decreto 289/01 efectuado por el actor, por las consideraciones consignadas en los puntos precedentes; 2º) ORDENAR a la demandada a que otorgue el título de propiedad y la escritura correspondiente -a nombre de la parte actora- del inmueble individualizado como Lote 8, Fracción C, Sección XXXI, Paraje Chihuidos, Departamento Añelo, Provincia del Neuquén, NC 06-RR-011-4370, con una superficie de 5388,5428 Ha, Plano de Mensura E-2756-5263/01, y la respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble; 3º) Imponer las costas en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria en la materia); 4º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5º) 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](#)



"TILLERÍA JUAN DE LA CRUZ C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3589/2012) – Acuerdo: 10/16 –
Fecha: 29/02/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Dominio del Estado.

ADJUDICACION DE TIERRAS FISCALES. INMUEBLE RURAL. ESCRITURACION EL INMUEBLE. SERVIDUMBRE PARA EXPLORACIÓN Y EXPLOTACION HIDROCARBURIFERA. ESTADO PROVINCIAL. COBRO DE CANON. DECRETO REGLAMENTARIO. CONSTITUCIONALIDAD.

Cabe rechazar el planteo de inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 (que establece 10 años de cesión a la Provincia de cobro de canon por servidumbres hidrocarburíferas) ordenandose la escrituración de un inmueble rural otorgado en el marco de la Ley 263 y su Decreto reglamentario 826/64, rechazando tal planteo de inconstitucionalidad con fundamento en el criterio previo del TSJ (Acuerdo N° 25/2014 "Lillo", entre otros): en tanto la política pública de concebir a la tierra como un instrumento de trabajo y no como un bien de renta, permite imponer limitaciones al dominio a transmitir.

Texto completo:

ACUERDO N° 10. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, 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: "TILLERÍA JUAN DE LA CRUZ C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3589/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 19/38 se presenta el Sr. Juan de la Cruz Tillería, mediante apoderado, e inicia demanda contra la Provincia del Neuquén.

Solicita a) la escrituración del inmueble rural identificado como: Lote Y1, que es parte de los lotes oficiales 2, 3 y 8, Fracción D, Sección XXVIII, Paraje Aguada La Arena, Departamento Añelo, Provincia del Neuquén, NC 06-RR-012-5028, con una superficie de 64.857,530,70 m2, plano de mensura 3796-2183/05; b) la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad Inmueble; c) la entrega del primer testimonio; d) que tal condena lo sea bajo apercibimiento de astreintes y e) se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 y, en consecuencia, su inaplicabilidad al caso.

Relata que las actuaciones administrativas que dan origen a la acción, se iniciaron en el año 1982 bajo expediente N° 2503-5455/82 del registro de la Dirección Provincial de Tierras (hoy Subsecretaría de Tierras).

Sostiene que desde entonces se cumplieron sucesivas etapas procedimentales que incluyeron el otorgamiento de permisos de pastoreo y ocupación, delimitación de ocupación, deslinde, mensura, adjudicación en venta, cancelación del precio de compra, declaración de cumplimiento de obligaciones a cargo del actor, y se ordenó otorgarle el respectivo título de propiedad.

Alega que, sin embargo, aún no le fue escriturado el inmueble.

Entiende que la asignación y enajenación progresiva de tierras fiscales a los pobladores efectivos y actuales de las mismas se encuentra establecida en el Art. 82 de la Constitución Provincial, y el procedimiento aplicable a la operación de compra y venta es el establecido en el Código de Tierras, Ley 263 y su Decreto Reglamentario N° 826/64.



Enumera pormenorizadamente los reclamos administrativos presentados a fin de que la Administración escribure el inmueble objeto de autos.

Reclama sobre los derechos constitucionales conculcados por la parte demandada, especialmente el de propiedad, y los derechos de los pobladores rurales efectivos y actuales.

Posteriormente plantea la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01 y su acta anexa, cuya firma se le exige en forma previa a la escrituración.

Manifiesta que el decreto cuya constitucionalidad cuestiona, excluye la transferencia del derecho real de servidumbre por diez años, de los bienes el dominio privado del Estado.

Menciona que el predio sirviente es privado (de propiedad del actor) y la servidumbre hidrocarburífera se establece en beneficio de una empresa privada.

Cita el Art. 100 de la Ley 17.319 y la Ley Provincial N° 2183.

Narra que en ese escenario, el acto administrativo en cuestión establece que la enajenación de las tierras fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro por canon por servidumbre correspondientes a la exploración y explotación hidrocarburífera, establecida en la Ley 2183 o indemnizaciones equivalentes.

Afirma que de conformidad al Art. 2 de tal ordenamiento, el Estado Provincial se reserva por el término de 10 años indemnizaciones derivadas de la actividad hidrocarburífera, respecto de las tierras fiscales enajenadas a sus ocupantes.

Prosigue que para ceder la servidumbre a favor del Estado se recurre a un acta denominada "acta decreto".

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

II.- A fs. 51/52, mediante Resolución Interlocutoria N° 336 del 30/06/2012 se declara la admisión del proceso.

III.- A fs. 53 la actora opta por el procedimiento sumario.

IV.- A fs. 66/73 vta. Se presenta la Provincia del Neuquén mediante apoderado y con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado. Solicita el rechazo.

Efectúa las negativas de imperio procesal y reconoce que en el Expediente N° 2503-5455/82 se encuentra agregada la Res. 603/06 por medio de la cual adjudicó en venta al aquí actor el inmueble cuya escrituración reclama. Dice que en el acto se menciona el Decreto N° 289/01, estableciéndose que alcanza al adjudicatario, que éste acepta tal reglamento y que el mismo es de aplicación a la presente adjudicación.

Del mismo modo, asiente que el Decreto N° 1800/10 declaró las obligaciones a cargo del actor cumplidas, ordenando el otorgamiento del título.

Refiere que el Sr. Tillería solicitó la escrituración en sede administrativa y solicitó la inconstitucionalidad del Decreto N° 289/01.

Prosigue con el relato de las actuaciones administrativas.

Alega que la Administración no ha negado el derecho del actor a escriturar, ni ha incurrido en una demora imputable a ella, ya que no ha podido continuar con las gestiones, en tanto el accionante no se presentó a firmar el acta.

Invoca que tal trámite no afecta ningún derecho del actor, ya que la cesión al estado es gratuita, con el objeto de que cobre los cánones por servidumbre de hidrocarburos y otras; que existe y rige con independencia de que lo acepte el adjudicatario; que con la nueva norma legal que reemplazó al Decreto N° 289/01 ya no se exige que se firme acta acuerdo, la que, por lo demás, es solo una formalidad.

Estima que los trámites se encuentran paralizados por exclusiva culpa del actor.

Ilustra sobre la derogación del Decreto 289/01 y el dictado del nuevo Decreto 2112/08, por lo cual, interpreta que el planteo de inconstitucionalidad se encuentra referido a una norma no vigente.

Evidencia que el accionante no planteó la inconstitucionalidad del acto vigente, por lo que no podrá ser discurrida en el presente proceso en función el principio de congruencia (cfr. Art. 8 de la Ley 1305).

Rechaza que tales actos estén en contra del objeto y espíritu de la Ley 263, que al Estado Provincial no le corresponda el cobro de servidumbres y que el mismo sea contrario a los fines sociales dispuestos por tal ordenamiento.



Discrepa en torno a la afectación de los derechos de propiedad o igualdad que alega el señor Tillería en su demanda. Invoca el precedente "Quarta" del TSJ en pos de la improcedencia de la inconstitucionalidad, en función de los argumentos de la mayoría, ya que a la luz de los mismos no se observa que el decreto derogado siga produciendo efectos. Por ello solicita su rechazo.

Tras ello, alude a que la elección de la vía sumaria le veda la acreditación de los hechos postulados en la demanda. Que solo podrá probar los actos administrativos agregados en el expediente origen del trámite.

Cita jurisprudencia, ofrece prueba documental y formula el petitorio.

V.- A fs. 72/73 vta. contesta la actora el traslado de la documentación.

Entiende que resulta extemporánea la pretensión exteriorizada de aplicar a la titularización que se persigue en autos los alcances del Decreto N° 2112/08.

En base a ello, hace extensivo el planteo de inconstitucionalidad formulado contra el Decreto N° 289/01 al Decreto N° 2112/08.

Pretende aplicables los argumentos que ya esgrimió, dado que la modificación se refiere a la extensión temporal de la restricción, que en el Decreto N° 2112/08 es sin límite temporal, mientras en el anterior es por 10 años.

Postula que la pretendida perpetuidad de la restricción la ejerce en la instancia extrema de contestación de la demanda en el proceso sumario, cuando prácticamente se encuentra vencido el plazo de 10 años del Decreto N° 289/01.

Niega y rechaza la aplicación del nuevo acto administrativo por cuanto entiende que los derechos de propiedad sobre el inmueble se encuentran consolidados bajo un régimen anterior.

Enuncia la secuencia del procedimiento contemplado en el Decreto: norma legal de adjudicación en venta, luego obligaciones cumplidas y, finalmente, el consecuente título de propiedad.

Expone que ni la norma de adjudicación en venta, ni la de obligaciones cumplidas refieren al Decreto N° 2112/08, sino que todas consignan el 289/01.

Sostiene que adquirió los derechos de propiedad y los consolidó al momento de la adjudicación en venta, por lo cual no pueden serles sustraídos tales derechos, en tanto adquiridos, por otra vía que no sea la expropiación.

Recuerda que todas las adjudicaciones anteriores al año 2010 se escrituraron sin restricciones, aún bajo la vigencia del Decreto N° 2112/08. Cita los casos.

Destaca que las adjudicaciones realizadas en el marco del Decreto 289/01 se escrituraron con las restricciones que surgen del mismo, aún bajo la vigencia del nuevo acto.

Bajo tal entendimiento, la norma derogada mantiene ultraactividad, en salvaguarda de los derechos adquiridos por el comprador a través de la adjudicación en venta; o que ha sido invariable en los títulos otorgados.

Por otra parte, dice que de los precisos términos que emplea el Decreto N° 2112/08 no surge que éste opere con retroactividad, por lo que rige el principio de la irretroactividad.

Cita jurisprudencia en apoyo.

VI.- A fs. 102 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Tal como ha sido señalado, el actor pretende que se le otorgue la escrituración del inmueble rural identificado con la mensura N° 3796-2183/05, en ese contexto, postula la inconstitucionalidad del Decreto 289/01 por medio del cual el Estado se reserva por el plazo de diez años el cobro de las indemnizaciones derivadas de la actividad hidrocarbúrfica respecto de las tierras fiscales enajenadas a sus ocupantes.

VII.1.- Ahora bien, tal como surge de los antecedentes administrativos, el Sr. Tillería obtuvo por parte de la Administración un permiso de pastoreo y ocupación; luego, mediante Resolución 603/06 emitida por el Ministerio de Producción y Turismo, se le adjudicó en venta el fundo en cuestión y ésta, en forma expresa, bajo el artículo 1° dispuso que dicha adjudicación era "... en las condiciones establecidas por la Ley N° 263, Decreto Reglamentario N° 826/64, Decreto N° 289/01, y demás normas reglamentarias, ..."

En los considerandos de la Resolución citada, se indica que "el Decreto 289/1 estipula que la enajenación de las tierras



fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro de servidumbre correspondiente a la exploración y explotación hidrocarburífera, quedando las mismas reservadas a favor del Estado Provincial"; "que por el mismo plazo de diez años establecidos como limitación a la libre disponibilidad dominial en la Ley 263 y Decretos Reglamentarios N° 826/64 y N° 289/1 aparece necesario limitar el cobro de servidumbres por electroductos o establecimiento de equipamiento de telecomunicaciones y accesorios"; "que el conjunto de restricciones enunciadas es el medio necesario para articular el cumplimiento de las demandas sociales de los tenedores de tierras fiscales, que requieren ser titulares de las mismas y la necesidad de que las actividades hidrocarburíferas, eléctricas y de telecomunicaciones no sean obstaculizadas ...máxime considerando que no nos encontramos frente a ventas aisladas, sino a un proyecto masivo de titulación de tierras fiscales"; "que sin el establecimiento de tales restricciones sería imposible cumplir con el programa de titulación de tierras fiscales sin grave perjuicio para el resto de la sociedad".

En virtud de lo anterior, en el acto de adjudicación se consignó expresamente: "la aplicación del Decreto 289/01 a la presente adjudicación en venta, aceptando el adjudicatario que el ejercicio de los derechos de cobro por servidumbre derivados de la actividad hidrocarburífera queda reservado al Estado Provincial por el plazo de 10 años a partir de notificada la presente" (art. 3° Res. 1143/04).

Ese acto aparece consentido por el actor pues no hay constancias de que se hubiera disconformado de las condiciones en las que se le efectuó la adjudicación en venta de la tierra fiscal.

VII.2.- Retomando, finalmente, mediante el Decreto N° 1800/10 del 17/09/2010 se declaran cumplidas las obligaciones de compra impuestas a su cargo por la Ley 263 y se ordenó el otorgamiento del correspondiente título de propiedad, con expresa mención al Decreto Reglamentario N° 826/64.

El actor no realizó ningún planteo en punto al Decreto 289/01, en las oportunidades que requirió que se procediera a la escrituración; recién aparece el tema, cuando solicita la escrituración en el año 2011 donde se deja planteada la inconstitucionalidad del Decreto 289/01 alegando que:

"Ninguna cesión gratuita debe realizarse por ser contraria a mis derechos constitucionales y legales adquiridos".

"Que la decisión final del PE no ha sido condicionada a la cesión gratuita de mis derechos ya adquiridos. Que los requisitos legales previstos son claros (Art. 7 Ley 263), todos ya cumplidos, no pudiendo sumarse nuevas exigencias en esta instancia final, que disminuyen mis derechos constitucionales, al tiempo que implican un enriquecimiento sin causa para la vencedora, vulnerando principios elementales de nuestra Carta Magna Provincial y Nacional".

Con lo anterior queda claro entonces que, desde el mismo momento en el que le fue adjudicada en venta la tierra fiscal, el actor conocía las condiciones en que se le otorgaban; entre ellas, las contenidas en el Decreto 289/01 cuya inconstitucionalidad alegó posteriormente como fundamento de su negativa a suscribir el acta.

VII.3.- Y, al respecto, conocida doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que: el voluntario sometimiento, sin reservas expresas, a un régimen jurídico, a una decisión judicial, o a una determinada jurisdicción, comportan un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior con base constitucional (cfr. Fallos 169-245; Fallos 170-12, etc.).

Tal el supuesto de autos: el actor, recién después de atravesar todo el procedimiento tendiente a obtener la tierra fiscal (permiso de pastoreo, adjudicación en venta, declaración de las obligaciones cumplidas) –el que se realizó con absoluta y expresa referencia, en lo que aquí importa, al Decreto 289/01- y de haberse ordenado la escrituración en esos términos intenta, ahora, obtenerla, impugnando el mismo régimen sobre el cual se asentó el otorgamiento de aquel derecho y el cual fue aceptado por el accionante sin ningún tipo de reservas.

VII.4.- Más allá de ello, que en el caso ya alcanzaría para sellar la suerte del planteo, tampoco logra advertirse que en ese régimen –dado por el Decreto 289/01- exista, efectivamente, una lesión a derechos constitucionales. Tal como se ha venido señalando en anteriores precedentes de este Tribunal en causas análogas al presente (cfr. Acuerdo 25/14).

En efecto, el Decreto 289/01 (aún cuando haya sido derogado por el Decreto 2112/08) rige el caso sub examine pues la adjudicación en venta dictada en el procedimiento administrativo tuvo como referencia esa normativa "por el plazo de diez (10) años a partir de notificada la presente".



Por su parte, del contenido fijado en la Ley 263 puede advertirse que se persigue como política pública en el ámbito de la Provincia, hacer viable el cumplimiento de la función social de la tierra fiscal (recuérdese que la Constitución Provincial establece que "la tierra es un bien de trabajo y la ley promoverá una reforma agraria integral con arreglo a las siguientes bases: ... asignación de las parcelas a pobladores efectivos actuales y a quienes acrediten condiciones de arraigo y trabajo o iniciativas de progreso social..." -art. 82-).

Dispone el artículo 1° de la Ley 263: "El Poder Ejecutivo promoverá el cumplimiento de la función social de la tierra fiscal, mediante su arrendamiento y enajenación en forma progresiva y orgánica a favor de los auténticos trabajadores del campo. Declárase norma fundamental para la interpretación y aplicación de esta Ley, el concepto de que la tierra no debe constituir un bien de renta sino un instrumento de trabajo. El objetivo principal de la Ley es la protección del campesinado y la reactivación de la tierra fiscal".

El artículo 7° prescribe las obligaciones que los adjudicatarios de tierras fiscales deben cumplir y, en lo que aquí interesa, el artículo 9° dispone:

"Cumplimentados los requisitos que fija el artículo 7°, el Poder Ejecutivo deberá otorgar el correspondiente título de propiedad, quien también podrá otorgarlo cumplidos dos (2) años de adjudicación, con prohibición absoluta de venta por diez (10) años. Si se trata de pobladores con más de diez (10) años de explotación del predio –a quienes se le adjudique en venta la tierra- el Poder Ejecutivo podrá otorgarles el título de propiedad, estableciéndose en el mismo las obligaciones a cumplir y sus plazos respectivos. En los casos indicados en el párrafo anterior, deberá establecerse a favor del Estado provincial garantía hipotecaria por el saldo de precio pactado, en la forma que lo establezca la reglamentación de la presente Ley".

Y finalmente, el artículo 10° dice: "Comprobado el incumplimiento de obligaciones establecidas en la presente Ley y su reglamentación, el Poder Ejecutivo declarará su caducidad, con o sin pérdida de mejoras y sumas abonadas a favor del Estado provincial".

Luego, en función de lo anterior, el Decreto 289/01, que reglamentó la mencionada norma, parte precisamente de concebir a la tierra como un instrumento de trabajo y no como un bien de renta.

Con relación a la restricción bajo examen, se expresa en sus "considerandos" que: "el objetivo buscado con tal restricción, es impedir la utilización especulativa de la tierra pública, mantener arraigado a ella al campesinado, instaurando un salvaguarda para el uso de la misma por la gente de campo, al desalentar la venta de la tierra y la migración de sus ocupantes".

Por ello, en el artículo 1, se establece que: "la enajenación de las tierras fiscales a sus actuales ocupantes, en todos los casos, no implicará la transmisión de los derechos de cobro de canon por servidumbre correspondiente a la exploración y explotación hidrocarburífera, establecida en la Ley Provincial 2183 o indemnizaciones equivalentes".

En el art. 2, que: "El Estado Provincial se reserva por el plazo de diez años el ejercicio de los derechos de cobro de cánones e indemnizaciones derivados de la actividad hidrocarburífera, respecto de las tierras fiscales enajenadas a sus ocupantes, quedando estos autorizados de pleno derecho a ejercer tales derechos luego de vencido el plazo previsto en este Decreto, sin necesidad de otros trámites o autorizaciones. Conforme lo establece el art. 9 de la Ley 263 se mantiene asimismo la prohibición de vender la tierra por el término de diez años".

Y a ese fin, en el artículo 3, se prueba el tenor de las cláusulas que deberán insertarse en las respectivas escrituras (Anexo I). Se refiere al "Acta Decreto 289/01" –fs. 8 de autos- mediante el cual, en consonancia con la normativa que está siendo descripta, se deja expresa constancia de las limitaciones impuestas al dominio, entre ellas, la que ocupa este análisis (durante diez años el Estado Provincial se reserva el cobro de las indemnizaciones y cánones).

Luego, como se adelantó, de cara a los objetivos de la Constitución Provincial y de la Ley mencionada, no se advierte, ni se ha acreditado, que el Decreto impugnado traduzca, efectivamente, la afectación a los derechos constitucionales que la accionante invoca como vulnerados.

Antes bien, la regulación contenida en el régimen del Decreto 289/01, se encuentra orientada a garantizar el derecho regulado mediante la Ley 263 y en cumplimiento de determinados objetivos de políticas públicas en el ámbito de la Provincia de Neuquén; de allí que, en los considerandos del acto de adjudicación al Sr. Tillería, se haya realizado



expresa referencia a todas estas cuestiones (cfr. en este sentido, el dictamen del Sr. Fiscal ante el Cuerpo).

En definitiva, se estableció una regulación que, bajo ciertas condiciones, permite adjudicar en venta a los pobladores las tierras fiscales (ya descritas anteriormente); en ese contexto, el Estado Provincial implementó un programa de titularización de tierras fiscales a quienes acrediten efectivo arraigo y afectación de las tierras a la actividad agrícola ganadera; esa finalidad superior, vale señalar, logra imponerse sobre el supuesto derecho que intenta erigir aquí el accionante (cobro de servidumbres).

Así, por los fundamentos expuestos, no logra advertirse que en la reglamentación dada por el Decreto 289/01 se encuentren vulnerados los derechos constitucionales que se dicen afectados.

VIII.- Finalmente, teniendo en consideración el análisis aquí efectuado, la escritura traslativa de dominio deberá ser otorgada en los términos antedichos; es decir, bajo el régimen sobre el cual originariamente fue concebido el derecho.

IX.- Luego, desestimado el planteo de inconstitucionalidad, deberá darse cumplimiento a la obligación de escriturar las tierras que le han sido adjudicadas al actor, en los términos y condiciones fijados en los puntos precedentes.

En relación con las costas, de acuerdo a como se resuelven las cuestiones planteadas, conforme surge del artículo 71 del C.P.C. y C. (de aplicación supletoria en esta materia), deberán imponerse en el orden causado. TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Comparto los argumentos desarrollados por el Dr. RICARDO TOMÁS KOHON, por lo que voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE:

1º) RECHAZAR el planteo de inconstitucionalidad del Decreto 289/01 efectuado por el actor, por las consideraciones consignadas en los puntos precedentes; 2º) ORDENAR a la demandada a que otorgue el título de propiedad y la escritura correspondiente -a nombre de la parte actora- del inmueble individualizado como Lote Y1, que es parte de los lotes oficiales 2, 3 y 8, Fracción D, Sección XXVIII, Paraje Aguada La Arena, Departamento Añelo, Provincia del Neuquén, NC 06-RR-012-5028, con una superficie de 64.857,530,70 m2, plano de mensura 3796-2183/05, y la respectiva inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble; 3º) Imponer las costas en el orden causado (art. 71 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria en la materia); 4º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5º) 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](#)

"TECNICLIMA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2839/2009) – Acuerdo: 08/16 – Fecha: 29/02/2016

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. PRESCRIPCION.

La pretensión de la actora [cobro por saldo adeudado por trabajos de instalación de red de gas] se encuentra prescripta con antelación a la promoción de esta acción



por imperio de los art. 191 inc. a) y 192 de la Ley 1284. pues vencido el plazo convenido para el pago de la obra, la accionante contaba con las vías y tiempo razonable para hacer valer su derecho, sin que ello ocurriera.

Texto completo:

ACUERDO N° 8. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia con la presencia de sus 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: "TECNICLIMA S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2839/2009, 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. 285/292 vta. se presentó TECNICLIMA S.R.L., por apoderado, e inició acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Pretende la declaración de nulidad del Decreto 1594/09 y el pago del saldo adeudado por la realización de una obra de red de gas natural.

Relata que en junio de 2001 realizó una obra nueva de red de gas natural de media presión para el sistema de calefacción central del edificio sito en Teodoro Planas 1835, sede de la ex Subsecretaría de Acción Social.

Señala que la obra fue entregada el 11/6/01, conforme surge del remito con la firma y el sello del Jefe de Departamento de Servicios Auxiliares.

Detalla que los trabajos realizados hasta la habilitación de la obra, incluyeron la elaboración del proyecto, cálculos y planos, el asesoramiento técnico, la gestión de la habilitación ante Camuzzi Gas del Sur, la construcción de casetas para alojar el sistema de regulación y el medidor, el montaje de línea de media presión, las pruebas de estanqueidad, la puesta en marcha de los sistemas, el revestimiento con amianto de todos los equipos.

Afirma que ante la falta de pago de la suma presupuestada (\$29.147), el 2/1/02, interpuso reclamo por dicho monto con más los intereses, ante la Subsecretaría de Desarrollo Social, que tramitó por expte. 2154-51033/02, que se extravió y debió reconstruirse como expte. 3600-006752/04.

Dice que ante la falta de respuesta, el 20/3/03 reiteró el reclamo con la actualización de las sumas adeudadas las que ascendían –con intereses e IVA- a \$207.250,43, debido a que el equipamiento entregado era importado y su valor había fluctuado de acuerdo al precio del dólar.

Indica que el Asesor Legal y Técnico de la Secretaría Privada de la Subsecretaría de Desarrollo Social elaboró un informe en el que consideró, en forma errónea, que ya se había pagado a la empresa \$11.309,04, que correspondían a otros trabajos efectuados que tramitaban en otros expedientes y con otros números de facturas.

Afirma que, en virtud de lo anterior, en la Resolución 489/04 del ex Ministerio de Acción Social se hizo lugar a su reclamo pero se le descontó dicha suma.

Añade que se tuvo por acreditado la realización de los trabajos y se consideró que, ante la inexistencia de contratación, el reclamo debía enmarcarse en el enriquecimiento sin causa, con cita del antecedente "Cotravi" de este Tribunal.

Refiere que se tomó como referencia el menor valor presupuestado por otra empresa y luego de descontarle la suma antes referida, la Resolución 489/04, hizo lugar en forma parcial a su reclamo y reconoció a su favor la suma de \$7.072,29, en concepto de capital e intereses adeudados respecto de la obra realizada.

Dice que dos años más tarde, en diciembre de 2006, cuando solicitó vista de las actuaciones administrativas, tomó conocimiento de lo dispuesto en la Resolución 489/04 y de que había una orden de pago (P12574 del 21/12/04) por la suma antes referida. Agrega que, no obstante, recién en septiembre de 2008 pudo cobrar el cheque de \$7.072,29, imputado "a cuenta mayor valor en obra instalación de red de gas natural al Edificio del Ministerio Desarrollo Social".

Expone que, ante el reconocimiento parcial de su reclamo, efectuó una nueva presentación ante el Poder Ejecutivo que fue rechazada sin fundamentos por el Decreto 1594/09.



A continuación, argumenta que pese a la ausencia de contrato administrativo los trabajos se realizaron por lo que no corresponde que la Administración se enriquezca sin causa a costa del administrado.

Alega que el Decreto 1594/09 es arbitrario porque no está fundamentado en forma suficiente ya que si bien señala que se reconoció la obligación de pago obvió lo concerniente al descuento efectuado por error.

Reclama que se aplique a su reclamo la normativa vigente para la actualización de los montos requeridos y refiere al procedimiento establecido en el Decreto 1493/02 para el restablecimiento de la ecuación económica.

Enfatiza que no sólo se reconoció un capital menor con unos intereses irrazonables, sino que, tampoco se reajustó el monto reclamado a efectos de restablecer el equilibrio económico financiero provocado por la crisis monetaria ocurrida en la época en que se realizaron los trabajos.

Cita el precedente "Cotravi" y denuncia que se le efectuó a su crédito una aplicación deficiente de la teoría del enriquecimiento sin causa que la perjudicó.

Refiere al principio de buena fe y a la teoría de los actos propios para reafirmar su voluntad de no renunciar a continuar reclamando los saldos impagos hasta la cancelación total de la deuda, tal como quedó plasmado en el recibo entregado al Ministerio de Desarrollo Social.

Aclara que interpone la demandada como de monto indeterminado porque no cuenta con un capital definido.

Para terminar, ofrece prueba, funda en derecho y hace reserva del caso federal.

A fs. 295/7, por requerimiento de la Secretaría actuante, aclaró que el monto reclamado asciende a \$68.728,49.

II.- A fs. 323, mediante R.I. 33/11, se declaró la admisión de la acción.

III.- Ejercida opción por el proceso ordinario y corrido traslado, a fs. 334/341 se presentó la demandada, opuso excepción de prescripción y, en forma subsidiaria, contestó la demanda.

Sostiene que ha transcurrido con exceso el plazo de cinco años previsto en el art. 191 inc. a) de la Ley 1284.

Señala que el cómputo del plazo debe iniciarse, el 2/01/02, fecha de la primera presentación que la actora dice haber realizado en sede administrativa para tratar de cobrar y que la interrupción ocurrió con la presentación de esta acción el 22/10/09.

Entiende que la prescripción operó aún si se descuentan los dos meses que llevó la reconstrucción del expediente administrativo.

Alega que en virtud de lo establecido en los arts. 108 inc. ñ), 162, 171 y concordantes de la Ley 1284, la actora debió dar por denegado tácitamente el reclamo, interponer recurso jerárquico y darlo por rechazado; iniciar amparo por mora y agotar la vía administrativa para poder entablar la acción procesal administrativa antes del plazo de cinco años.

Luego, en forma subsidiaria, contesta la cuestión de fondo y solicita su rechazo por entender que la demanda no tiene sustento fáctico ni jurídico.

Efectuadas las negativas de rigor, señala que la accionante impugna el Decreto 1594/09, último acto administrativo de la Provincia, pero que ni en sede administrativa ni en los presentes, cuestionó la Resolución 489/04 por lo que dicho acto quedó firme y consentido y solicita que se tenga en cuenta este extremo frente a los principios de congruencia e igualdad de las partes en el proceso.

Resalta que la demanda no es clara y que en el expediente administrativo se estableció que la obra no había sido realizada en su totalidad.

Requiere que se den por reproducidas las razones que en sede administrativa llevaron a considerar que era válida la postura asumida por la Provincia de reconocerte el pago de \$7.072,29.

Argumenta que conforme lo establecido en el art. 224 de la Constitución Provincial y en las leyes de obras públicas y de administración financiera (687 y 2141) la contratación de los trabajos se debió haber hecho a través de una licitación pública. Agrega que la Nota remitida el 26/3/01 por la Subsecretaría de Acción Social no resulta suficiente para soslayar tal procedimiento y justificar una excepción.

Afirma que nos encontramos ante una inexistencia contractual y añade, con sustento en la Ley 23.928 y 25.561, que en caso de que se considerase que la actora tiene derecho al cobro de alguna suma, no procede el pago del lucro



empresario, ni la actualización de la deuda, ni los intereses en la forma que se pretenden en la demanda.

Refuta que resulte aplicable al caso el Decreto 1493/02 en virtud de que no existió contratación administrativa válida.

Señala que, además, la obra se llevó a cabo antes de que ocurriera la alteración de la paridad cambiaria entre el peso y el dólar y, por tal motivo, no pudo verse afectada la ecuación económica-financiera.

Rechaza que corresponda el pago de intereses en virtud de que no hubo mora o responsabilidad de la Administración.

Opone como defensa de fondo la extinción de la obligación de pagar intereses fundado en que existió una renuncia implícita al derecho de exigirlos en tanto la actora no efectuó la debida reserva cuando extendió el recibo X N° 1-11, en la que sólo consignó la expresión "a cuenta de mayor valor" que refiere al capital y no a los intereses.

Aduna que para el caso de que se entienda que procede el pago de intereses no corresponde la tasa prevista en la ley de obras públicas porque no existió un contrato administrativo válido entre las partes. Entiende que la tasa aplicable es la tasa promedio.

Opone, además, defensa de prescripción liberatoria de cinco años, contados desde la fecha de interposición de la demanda para el reconocimiento de intereses y para la actualización que pretende la accionante.

A continuación, manifiesta su desinterés en la pericial contable solicitada por la contraria, hace reserva del caso federal y peticiona que se rechace la demanda, con costas.

IV.- A fs. 345/7 la actora contestó el traslado de las excepciones y defensas opuestas por la demandada.

Indica que tales planteos deben diferirse para el momento de dictar sentencia porque requieren prueba.

Alega que el plazo de prescripción debe contarse desde la fecha en que se dictó el Decreto 1594/09 que rechazó el reclamo administrativo. Cita el antecedente "Epiro".

Asimismo, sostiene que conforme los términos previstos en el art. 3989 del Código Civil, la Resolución 489/04 interrumpió la prescripción y que el reconocimiento allí establecido hizo surgir un nuevo plazo.

Señala que, conforme al plazo decenal previsto en el art. 4023 del Código Civil, aún cuando el inicio del cómputo se efectuara desde la fecha indicada por la demandada (02/01/02), la acción no estaría prescrita.

En punto a los intereses, entiende que la presunción del art. 624 del Código Civil, quedó desvirtuada por su accionar y por el reconocimiento de la deuda efectuado en la Resolución 489/04.

Añade que su pago corresponde por imperativo legal de los artículos 508 y 622 del Código Civil ya que su reclamo se sustenta en el enriquecimiento sin causa.

Reitera su pretensión de actualización de la deuda.

V.- A fs. 353/4, por R.I. 50/12 se difirió el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento de dictar sentencia.

VI.- A fs. 358 se abrió la causa a prueba y a fs. 419 se clausuró dicho período y se pusieron los autos para alegar. A fs. 423/6 y 427/8 obran agregados alegatos de la actora y de la demandada, respectivamente.

VII.- A fs. 442/9 se expidió el Sr. Fiscal Subrogante ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la excepción de prescripción y que, sobre la base del reconocimiento operado en la Resolución 489/04 y la teoría del enriquecimiento sin causa, se haga lugar parcialmente a la demanda y se ordene el resarcimiento de \$11.309,04 descontados en forma indebida, con más los accesorios que se determinen en la etapa de ejecución.

VIII.- A fs. 452, se dictó la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

IX.-En primer término, corresponde abordar la defensa de prescripción planteada por la demandada, la que encuentra sustento en las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo Provincial (1284).

En función de lo anterior, el plexo normativo a considerar está dado por el artículo 191 inc. a), en cuanto dispone que el plazo de prescripción de la acción procesal administrativa es de cinco (5) años para impugnar actos nulos, reglamentos, hechos u omisiones administrativas y correlativamente, en el artículo 192, en tanto establece que: "una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no podrán ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en este Título".

Cabe considerar también, lo dispuesto por el artículo 193° que norma lo relativo a la suspensión de la prescripción: "La



interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año".

Ahora bien, establecido el marco normativo, debe precisarse el momento a partir del cual comienza a correr el término de prescripción del reclamo aquí impetrado.

En este sentido, la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate y su curso no corre sino desde que el derecho puede ser ejercitado (Fallos 308:1101 y 320:2289).

La pretensión de autos es el pago de lo adeudado por la obra de red de gas realizada para la Administración Pública Provincial en junio de 2001.

Conforme los términos que surgen de los presupuestos agregados por la accionante (cfr. fs. 29 y 30), el pago del precio debía efectuarse a través de una anticipo del 50% y el 50% restante a los quince días de entregada la obra, hecho que –según se afirma en la demanda- ocurrió el 11/6/01. Es decir que se estaba en condiciones de ejercer el derecho al cobro desde julio de 2001.

La empresa interpuso el primer reclamo el 02/01/02. Esa fecha es la que la demandada, al oponer la defensa de prescripción, situó como de inicio para el cómputo.

Después, la misma demandante reconoce que insistió en su reclamo y que, ante la falta de respuesta, presentó un nuevo reclamo –actualizado- en el año 2003; y en el 2004 interpuso un pronto despacho oportunidad en que, por Resolución 489/4, se hizo lugar en forma parcial a su reclamo.

Entonces, como se dijo, si la prescripción no puede separarse de la causa de la obligación de que se trate y su curso no corre sino desde que el derecho puede ser ejercitado, todo lleva a colegir que iniciándose el cómputo del plazo en enero de 2002, más el plazo de suspensión por un año en virtud del primer reclamo administrativo, la prescripción operaba en enero de 2008.

Tal conclusión no se enerva por el hecho de que se haya dictado un acto administrativo en punto al reclamo oportunamente deducido, a través de la Resolución 489/04. Ello así por varias razones.

En primer lugar, porque en nuestro ordenamiento el único supuesto con efecto interruptivo es la interposición de la acción procesal administrativa (art. 194 de la Ley 1284).

En segundo lugar, porque lo que aquí se reclama es el precio total de la obra nueva, es decir, que la cuestión se remonta al planteo inicial (diferencia de capital, actualización, intereses a otra tasa mayor).

En tercer lugar, porque cuando se cuestionó lo decidido en la Resolución 489/04 (20/3/2009), la acción ya estaba prescripta.

Es que la actora para mantener vivo su reclamo debió, con las alternativas que le ofrece nuestro ordenamiento, haber agotado la vía e interponer la acción antes de expirado el plazo de seis años, pues claramente estaba en condiciones de hacerlo incluso antes del dictado de la resolución 489/04. En su caso, nada habría obstado a que dicho acto sea impugnado en la acción ya iniciada de conformidad a lo establecido en el art. 18 de la Ley 1305.

Entonces, si el inicio del cómputo de la prescripción de cinco años –desde la posición más favorable al accionante, en virtud de la interpretación restrictiva que impone la consideración del instituto-, se remonta al 02/01/02, y la interposición de la demanda judicial se realizó el 22 de octubre de 2009, cabe concluir que al momento de su promoción, había operado la prescripción de la acción, desde que el reclamo en sede administrativa suspende por una sola vez y por el término de un año, determina que en el mejor de los casos, la prescripción hubiera operado en el año 2008.

En este estado, amerita recordar que la Ley 1284, otorga a los interesados la posibilidad de recurrir o reclamar a la Administración sin estar sujetos a breves plazos, el único límite temporal es la prescripción. Asimismo, partiendo de la obligación de respuesta que posee la Administración, le otorga a esos interesados las herramientas necesarias para paliar el silencio o la falta de respuesta dentro de los plazos legales (60 o 90 días).

Estas herramientas son: a) reputar denegada tácitamente la petición en cualquier oportunidad antes de la prescripción, ejerciendo los medios de impugnación administrativos o judiciales que correspondan, b) aguardar una respuesta extemporánea, o c) interponer un amparo por mora.



Pero ello, se repite, sin perder de vista que el límite temporal infranqueable es el de la prescripción, pues una vez que ella opera no podrán ejercerse los medios administrativos ni judiciales de impugnación (art. 192 Ley 1284).

La espera en el ejercicio de su derecho a reclamar implica que, pese a tener disponible el instrumento procesal para instar la revisión de la conducta que le causa el agravio, no se lo ha utilizado.

En otras palabras, aunque se cuenta con un tiempo útil de seis años -contando el año de suspensión- para exigir el derecho, no se lo hace. Por ello es lógico que se compute el tiempo transcurrido, pues el tiempo contado para la prescripción debe ser un tiempo útil para el ejercicio de la acción.

Y, en este caso, como hemos visto, desde que había vencido el plazo convenido para el pago de la obra, la accionante contó con las vías y el tiempo razonable para hacer valer su derecho.

Desde esta perspectiva, la solución dada por el legislador local, como antes se señalara, a la vez que garantiza el derecho de los administrados tiende a preservar la seguridad jurídica y la estabilidad.

Apartarnos de ese sistema, implicaría alterar el delicado equilibrio que debe existir entre garantías y prerrogativas.

En conclusión, las consideraciones expuestas llevan a la convicción de que la pretensión de la actora Tecniclima S.R.L. se encontraba prescripta con antelación a la promoción de esta acción por imperio de los art. 191 inc. a) y 192 de la Ley 1284.

En consecuencia, tornándose abstracto el tratamiento sustancial de la cuestión, estimo corresponde hacer lugar a la excepción de prescripción y desestimar la demanda.

VIII.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo se rechace la demanda, con imposición de costas a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el señor 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, y habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por TECNICLIMA S.R.L. contra la Provincia de Neuquén; 2º) Imponer las costas a la actora (art. 68 del CPCyC); 3º) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 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 Actuaría, que certifica.

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

Dra. LUISA ANALIA BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ACEVEDO ELINA YOLANDA Y OTROS S/ ACCION DE LESIVIDAD" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2624/2009) – Acuerdo: 15/16 –
Fecha: 04/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

ACCION DE LESIVIDAD. ACTO ADMINISTRATIVO. ADICIONALES POR PERMANENCIA EN LA CATEGORIA. VALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO.

Cabe rechazar la acción lesividad iniciada por la Provincia de Neuquén con el objeto de que se anule el Decreto 2297/07 que estableció que las categorías de la Ley 2279



eran de revista y reconoció diferencias salariales retroactivas en concepto de adicional por permanencia en la categoría, porque la hipótesis de la que se partió para declarar la lesividad del mencionado Decreto, en punto a que las categorías establecidas para las funciones enumeradas en la Ley eran "referenciales" y no de "revista", no guarda compatibilidad con la correcta interpretación de la voluntad reformadora plasmada en la Ley 2279.

Texto completo:

ACUERDO Nº 15. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los cuatro días del mes de marzo de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. LUISA A. BERMÚDEZ para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ ACEVEDO ELINA YOLANDA Y OTROS S/ ACCION DE LESIVIDAD", Expte. 2624/2009 en trámite ante la mencionada Secretaría del Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: I.- A fs. 38/55 se presenta la Provincia de Neuquén e interpone formal acción de lesividad con el objeto de que se anule el Decreto 2297/07.

La demanda se dirige contra los beneficiarios del decreto atacado, señores: Elina Yolanda Acevedo, Ariel Florentino Aravena, Eliandra María Bascuñán, Luis Alberto Capdevila, Marta Inés Cárdenas Solís, Margarita Chaves, Hilda Alicia Cofré, Luz Elena Correa, Claudia Andrea Ferrer, Ernesto García, Alberto Antonio Gómez, Gladis Rosa Guzmán, Aldo Rudy Ibáñez, Miguel Ángel Lamas, Francisco Andrés Martín, Graciela Elsa Muñoz, Pedro Walter Pesce, Alejandra Andrea Rubilar y Margarita Eligia San Martín.

Expone que por Decreto 1766/08, se declaró lesivo a los intereses públicos al Decreto 2297/07 por razones de ilegitimidad.

Aduce que se cumplieron los recaudos establecidos en los arts. 1 inc. b) y 13 de la Ley 1305. Agrega que el decreto de lesividad fue notificado a todos los demandados.

Narra que a fines de 2006 y principios de 2007 los aquí demandados interpusieron reclamos administrativos con el objeto de que se les aplicara el adicional "permanencia en la categoría" previsto en el art. 23 de la Ley 2265 y el pago retroactivo de las diferencias salariales por tal concepto a partir de la vigencia de la Ley 2279.

Cuenta que por Decretos 38/07 (expte. 3100-23226/6) y 1429/07 (expte. 3100-24661/7) se rechazaron los recursos.

Sostiene que con posterioridad, mediante Decreto 2297/07, el Poder Ejecutivo hizo lugar al reclamo de los agentes, les otorgó el adicional y ordenó el pago retroactivo de las diferencias salariales.

Dice que la Provincia comenzó a liquidar el adicional pero no abonó el retroactivo y que, por tal motivo, los accionados interpusieron un juicio de amparo caratulado: "Acevedo Elina Yolanda y otros c/ Provincia de Neuquén s/ Acción de Amparo" Expte. 372487/8 en trámite ante el Juzgado Laboral 2 de esta ciudad.

Refiere que en dicho juicio se hizo lugar a la pretensión, se ordenó el pago de las sumas retroactivas adeudadas y, luego, se impusieron astreintes a la Provincia en virtud del incumplimiento de la sentencia dictada en esa causa.

A continuación transcribe los considerandos de los Decretos 2297/07 y 1766/08 y solicita que los argumentos establecidos en los considerandos del último se tengan por reproducidos en esta sede y sean valorados en la sentencia.

Señala que el Decreto 2297/07 incumple con los deberes impuestos por normas constitucionales y legales y por sentencias judiciales firmes. Agrega que su motivación es indebida, equívoca y falsa.

Argumenta que los demandados detentaban categoría referencial por la función y que, por lo tanto, no correspondía otorgarles la bonificación por permanencia en la categoría hasta que se reintegraran al cargo de origen por cese en su función, momento en que ocurriría la liquidación automática del adicional conforme al cómputo de la antigüedad.

Alega que los accionados no reunían el presupuesto exigido por el art. 23 de la Ley 2265 para la obtención del



beneficio solicitado porque no revestían sino que referenciaban categoría FUA.

Entiende que la Administración al dictar el Decreto 2297/07 extendió la aplicación de la ley a situaciones no comprendidas.

Refiere que el art. 23 establece el adicional por permanencia en la categoría, determina la forma de cálculo y dispone que en casos de subrogancia o designación en cargos superiores, la antigüedad se computará por el período transcurrido en los mismos para dicha bonificación.

Dice que la Disposición 9/1999 de la Contaduría General de la Provincia establece que no corresponde el pago de este adicional en los casos de categorías referenciales.

Señala que, además, se abandonó el criterio mantenido durante diez años y lo sostenido por este Tribunal en el Acuerdo 691/01, en autos: "Acevedo c/ Provincia s/ A.P.A.", en el que se reconoció la facultad de la Administración para asignarles categorías referenciales a los aquí demandados en virtud de que cumplían funciones transitorias como inspectores laborales por haber concursado en tales condiciones.

Sostiene que el Decreto 2297/7 al referir a la voluntad del legislador, efectúa una hermenéutica forzada e innecesaria porque la ley era clara y no contenía lagunas, imprecisiones ni ambigüedades y hacía diez años que se venía aplicando en el sentido puesto de manifiesto en el decreto de lesividad el que contaba con respaldo jurisprudencial.

Aduce que la Administración al abandonar el criterio histórico avalado por sentencias de este Tribunal transgredió el art. 65 de la ley 1305.

Insiste en que la categoría correspondiente a los cargos de Inspector Laboral y Actuante es referencial y no de revista.

Refiere a la Ley 2279 y sostiene que eliminó el punto 4 inc. b) del art. 36 bis proyectado, que establecía que las categorías allí reconocidas correspondían a la función y no al personal. Agrega que dicha norma no hizo referencia expresa a que la categoría que se reconocía a las funciones que desempeñaban los demandados era referencial, porque este aspecto ya estaba reglamentado por el Poder Ejecutivo en base a las facultades conferidas por la Constitución Provincial (art. 134 inc. 3)).

Opina que el silencio del legislador y la eliminación del punto mencionado del proyecto de ley, revelan su intención de mantener las cosas como estaban.

Entiende que ello no puede constituir una fuente de privilegios para los empleados públicos porque la categoría referencial es una alternativa dentro del marco normativo utilizado por el Poder Ejecutivo.

Afirma que la Ley 2279 no efectuó ninguna modificación que haya tornado inoperante el art. 27 de la Ley 2265 o que habilite la aplicación del art. 23 a la situación de los demandados.

Apunta que el Decreto 2297/07 vulnera el principio de legalidad establecido en el art. 3 inc. a) de la Ley 1284 porque tiene efectos derogatorios respecto del reglamento instituido por Decreto 3131/99. Añade que el acto lesivo afecta intereses patrimoniales porque el pago retroactivo que reconoció excedió el plazo de prescripción y provocó la imposición de astreintes en el juicio de amparo.

Por las razones expuestas, entiende que el decreto impugnado carece de motivación, es irrazonable e ilegal; le imputa los vicios previstos en el art. 67 inc. b) y t) de la Ley 1284.

En función de ello, cree que la lesión está acreditada y solicita se declare la nulidad del Decreto 2297/07 y se restablezca el orden jurídico vulnerado.

II.- A fs. 200/1, mediante la R.I. 7090/09, se declaró la admisión de la acción.

III.- Efectuada la opción por el proceso ordinario y corrido traslado de la demanda, a fs. 213/227 se presentaron los accionados, por apoderado, e impusieron excepción de cosa juzgada y, en forma subsidiaria, contestaron la demanda.

Respecto a la excepción manifestaron que existía riesgo de contradicción con la sentencia dictada en el juicio de amparo antes referido.

En punto a la cuestión de fondo, luego de efectuadas las negativas de rigor, manifiestan que cumplen funciones de Inspectores Laborales y Actuantes en la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia.

Alegan que por Ley 2279 se les asignó categoría de revista FUA, por lo que corresponde reconocerles el adicional por



permanencia en la categoría.

Reseñan las condiciones en las que comenzaron a prestar funciones como inspectores y actuantes en la mencionada Subsecretaría y los términos del llamado a concurso para esos cargos.

Refieren que por Decreto 2117/96 se creó un registro de postulantes para la cobertura de dichas funciones a través de un concurso interno de oposición y antecedentes y se estableció que las categorías que se concursaban –FUA– correspondían a la función asignada en el llamado y que cuando el agente dejara de cumplirlas volvía a su categoría de origen.

Señalan que mediante Decreto 257/97 se fijó el nivel referencial de categoría FUA para dichas funciones y se aclaró que se correspondía con la función a desarrollar y que el agente mantenía esa categoría en la medida que existiera la necesidad de la función.

Admiten que reclamaron el otorgamiento de la categoría FUA como de revista y que este Tribunal desestimó tal pretensión –por Acuerdo 691/01 dictado en el expte. 260/99–.

No obstante, aclaran que la materia debatida en esa causa fue la validez del Decreto 760/99, el primer párrafo del Anexo 3 del Decreto 2117/96 y el art. 1º del Decreto 257/97, plataforma que era anterior a la sanción de la Ley 2279.

Indican que la Ley 2279 incorporó el art. 36 bis a la Ley 2265 y asignó al personal de la Subsecretaría de Trabajo que se desempeñaba en las funciones de Inspector Actuante y Laboral la categoría de revista FUA en forma permanente.

Señalan que los Decretos 3131/99 y 3177/99 del Poder Ejecutivo reglamentaron la Ley 2279 respecto de las remuneraciones y adicionales a percibir, así como el modo de liquidar esos conceptos a los agentes incluidos en dicha ley.

Apuntan que el Decreto 3131/99, en la segunda parte de su artículo 2º estableció que, en los supuestos de categorías de revista distinta a la asignada a la función, se retendría su categoría de revista en un régimen especial a los efectos de ser tenida en cuenta para las promociones o reubicaciones del agente.

Agregan que el Decreto 3177/99, luego de reconocer en sus considerandos que la Ley 2279 aprobó un nuevo escalafón conforme a funciones que cumple el personal de la Subsecretaría de Trabajo, otorgó a los demandados, a partir del 01/09/99, categorías referenciales FUA.

Alegan que estos decretos desconocen lo establecido en forma expresa en el Apartado A) del art. 36 bis de la Ley 2265, en punto a que las categorías allí previstas son de revista, y aseveran que ese defecto fue subsanado por el art. 2º del Decreto 2297/07 que derogó el último párrafo del art. 3º del Decreto 3131/99.

Relatan que cuestionaron el Decreto 3131/99 por vulnerar sus categorías conforme Ley 2279 y que dicho reclamo fue rechazado mediante Decreto 437/02 en base al argumento de que se les había conferido categoría referencial y, por lo tanto, no correspondía abonarles el adicional por permanencia.

Añaden que por Decretos 2235/05 y 2236/05 se reconoció, a partir del 01/12/05, la categoría FUA para diversos empleados de la Subsecretaría de Trabajo, lo que confirmó la procedencia de sus reclamos previos aunque no con el alcance pretendido ya que no lo establecieron desde la entrada en vigencia de la Ley 2279.

Manifiestan que en noviembre de 2006 y a principios de 2007, volvieron a reclamar la aplicación del adicional en cuestión en forma retroactiva a la entrada en vigencia de la ley, lo que fue rechazado mediante Decretos 308/07 y 1492/07.

Cuentan que insistieron en su reclamo y que luego de diversas incidencias se dictó el Decreto 2297/07 que ordenó abonar la bonificación y reconoció las diferencias salariales retroactivas a partir de la fecha de vigencia de la Ley 2279.

Afirman que la Provincia cumplió lo establecido en el decreto en forma parcial, puesto que, comenzó a abonarles el adicional pero no les efectuó el pago de las diferencias retroactivas.

Adunan que por tal motivo debieron promover la acción de amparo antes mencionada, en la que obtuvieron sentencia favorable que ordenó a la Provincia a abonarles las sumas adeudadas.

A continuación, defienden la legalidad del decreto declarado lesivo y solicitan el rechazo de esta acción dado que los argumentos en que se sustenta carecen de entidad.

En esa línea estiman que el Decreto 2297/07, en tanto les reconoce la categoría FUA de revista, es válido porque tal



decisión implica ajustar la situación de los trabajadores de la Subsecretaría de Trabajo a la ley que los regía, es decir, la 2279.

Sostienen que es errónea la posición de la actora de adjudicar la condición de referencial de la categoría FUA para fundar la lesividad.

Resaltan que el texto legal es claro al otorgar a los agentes que desempeñen funciones de Inspector Actante y Laboral categoría de revista FUA, en forma permanente y sin ninguna limitación.

Sostienen que lo anterior, se confirma con las modificaciones efectuadas al proyecto legislativo ya que se eliminó el punto 4° del inc. B) que disponía: "

Las categorías consignadas en los puntos A y B corresponden a la función y no al personal de la Secretaría de Estado de Trabajo, debiendo reintegrarse a la categoría de revista una vez cumplida la función".

Afirman que más allá del propósito inicial del proyecto, lo cierto es que la decisión expresa del legislador fue suprimir el carácter referencial de la categoría FUA. Añaden que la falta de alusión a tal concepto no puede adjudicarse a una omisión u error porque esa condición es la excepción a la regla –categoría de revista–.

Adunan que con el art. 2° de la Ley 2279, que modificó el art. 37 de la Ley 2265, la voluntad del legislador fue establecer una categoría como referencial y así lo estableció en forma expresa.

Dicen que la mecánica legislativa consistió en identificar nuevas categorías de revista según la función desempeñada, que es diferente a sujetar el otorgamiento al mantenimiento de la función.

Alegan que insistir con el carácter referencial de la categoría FUA, luego de la sanción de la Ley 2279, configura un fraude a sus derechos laborales ya que, tal concepto, se vincula a la situación de transitoriedad con la que algunas tareas deben ser prestadas.

Manifiestan que, en su caso, las tareas tuvieron primero ese carácter, en función de lo dispuesto en los Decretos 1840/96, 2117/96, 256/96 y 257.96, pero con la sanción de la Ley 2264 (Pacto Federal del Trabajo suscripto por la Nación y las Provincias) pasaron a ser estables y permanentes.

Agregan que, debido a ello, la Ley 2279 creó un cuerpo estable de inspectores y actuantes, estableció el escalafón y les otorgó categoría de revista FUA.

Señalan que al pasar de la transitoriedad original a la estabilización de la situación, el legislador no pudo ni quiso otorgar categorías referenciales.

Apuntan que en el Decreto 2297/07 se reconoció que el desempeño de sus funciones no es transitorio sino definitivo debido a que por la sanción de la Ley 2264, no acontecerá el regreso a la categoría de revista –presupuesto ineludible para el momento de percepción del adicional reclamado–.

Afirman que luego de una década de constituido el cuerpo de inspectores y actuantes laborales y del cese de la emergencia laboral, es inadmisibles que se insista en la transitoriedad de las tareas que llevan a cabo cuando, además, siempre fueron las mismas.

Indican que la invocación de una situación de provisoriedad o transitoriedad implica un trato desigual y discriminatorio que vulnera el derecho a una remuneración justa y a la carrera administrativa.

Enfatizan que la aplicación de categorías referenciales para funciones que se estabilizaron escalafonariamente, resulta inconcebible.

Rechazan el argumento de la accionante en punto a que la voluntad legislativa fue no modificar la situación creada por las reglamentaciones anteriores.

Sostienen que si el poder Legislativo –con competencia en materia salarial conforme la Constitución Provincial– nada dijo, rige la regla, es decir la categoría de revista.

Agregan que la Ley 2279 privó de cobertura normativa a las disposiciones reglamentarias que establecían la condición referencial de las categorías. En tal sentido, indican que la fijación por ley de categorías no calificadas como referenciales no puede interpretarse como convalidatoria de reglamentaciones previas del Poder Ejecutivo, porque, en realidad, se produjo una alteración que implicó la aplicación de la regla igual remuneración por igual tarea.

Rechazan que, tal como sostiene la actora, el cambio de criterio que traduce el Decreto 2297/07 sea ilegítimo, pues



ello vulneraría el principio de juridicidad y el derecho de peticionar a las autoridades a la vez que impediría a la Administración la corrección de errores.

Desestiman también la supuesta infracción al art. 65 de la Ley 1305 en virtud de lo resuelto por este Tribunal en el Acuerdo 691/01 y reiteran que la plataforma de ese litigio era anterior a la sanción de la Ley 2279.

Añaden que no advierten cuál es la interpretación de normas efectuada por este TSJ que haya sido desconocida por el decreto atacado, dado que en el fallo sólo se analizó la potestad de la Administración de otorgar categorías referenciales y no se aludió a la Ley 2279 ni se dijo que dicha norma otorgaba categoría referencial.

Por último, hacen reserva del caso federal, ofrecen prueba y solicitan el rechazo de la demandada, con costas.

IV.- A fs. 230/235 la Provincia contestó el traslado de la excepción de cosa juzgada.

A fs. 292/272, mediante R.I. 55/11, se rechazó dicha excepción.

V.- A fs. 282 se abrió la causa a prueba. Producida la ofrecida por las partes, a fs. 636 se clausuró el término probatorio y se pusieron los autos para alegar.

A fs. 644/5 obra agregado el alegato de la demandada y a fs. 646/9 el de la actora.

VI.- A fs. 651/663 se expide el señor Fiscal General. Luego de reseñar los antecedentes de la causa y el complejo normativo aquí involucrado, propicia que se haga lugar parcialmente a la acción declarándose la nulidad del art. 1º del Decreto 2297/07 en cuanto hizo lugar al reclamo de los agentes Luz Elena Correa y Aldo Rudy Ibáñez y les reconoció categoría FUA (que no era la que efectivamente tenían ni les correspondía por Ley 2279 por las funciones en que estaban encasillados) procediéndose a adecuar dicho decreto a las funciones y/o categorías que desarrollaron (con encasillamiento o nombramiento expreso) y detentaron durante el período comprendido entre la entrada en vigencia de la Ley 2279 y el dictado del Decreto 2297/07.

Asimismo, entiende que procede la demanda respecto del reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales a partir de la vigencia de la Ley 2279. En este aspecto estima que sólo debieron reconocerse tales diferencias en los períodos no prescriptos, es decir las correspondientes a los cinco años anteriores al dictado del Decreto 2297/07.

VII.- A fs. 664 se dictó el proveído de autos para sentencia, el que firme, coloca a los presentes en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Entonces, resulta materia de litigio la legitimidad del Decreto 2297/07 dictado por el Poder Ejecutivo Provincial, el que fue declarado lesivo a través del Decreto 1766/08.

Tal como se ha sostenido en anteriores pronunciamientos, el sentido y fundamento de la anulación de los actos administrativos -de cuya naturaleza participa la acción de lesividad- debe buscarse y no puede ser otro, que el propio de toda la actividad administrativa, es decir, la necesidad de satisfacer el interés público encomendado a su gestión, el cual involucra la vigencia efectiva del orden jurídico (R.I. 3396/02, entre otras).

Como consecuencia, la Administración puede invocar su propia torpeza, volviendo sobre sus propios actos, con fundamento en asegurar mediante la extensión de actos ilegítimos, el restablecimiento de la juridicidad.

La acción de lesividad pretende evitar que la Administración se arroge la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y, cuyos efectos, se han incorporado ya al patrimonio del administrado, obligándola a acudir al Poder Judicial. Pero, conforme lo indica con claridad Dromi, "...los actos impugnables en el proceso de lesividad no son los mismos que en el proceso administrativo ordinario de plena jurisdicción. En este último caso, se pueden impugnar actos administrativos violatorios de la ley, decreto, ordenanza, reglamento, resolución, acto, contrato o cualquier disposición administrativa anterior. Por el contrario, en virtud de la acción de lesividad, solamente se puede impugnar un 'acto administrativo irrevocable' en sede administrativa. El alcance de la acción de lesividad es mucho más restringido que el de las otras acciones..." (cfr. "Proceso Administrativo Provincial-Acción de Lesividad" pág. 43 y sucesivas).

La posibilidad que tiene la Administración de volver sobre sus propios actos en aras del restablecimiento de la juridicidad se acota a los actos administrativos regulares que han sido notificados a los interesados y que reconocen, declaran o crean un derecho subjetivo, a los que se los quiere revocar por razones de ilegitimidad.

En este caso el Decreto 2297/07, en tanto hizo lugar al reclamo de los aquí demandados en su pretensión que se le



abone el adicional por permanencia en la categoría previsto en el artículo 23 de la Ley de Remuneraciones N° 2265, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo a partir de la fecha de su vigencia, presenta las características antes mencionadas, todo lo cual amerita ingresar al tratamiento de la cuestión ventilada.

IX.- Ahora bien, vale observar que el Decreto 2297/7, tal como da cuenta el visto y sus considerandos, se dictó a instancias del reclamo de la Sra. Marta Inés Cárdenas –quien desarrollaba tareas de Inspector laboral y actuante– solicitando el adicional por permanencia en la categoría previsto en el art. 23 de la Ley de Remuneraciones, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo a partir de la fecha de su vigencia.

Elo, en el entendimiento que la Ley 2279 le asignó la categoría de revista FUA desde el año 1999.

En los considerandos del acto, se hace el recuento de los antecedentes: Decreto 2117/96 que creó el registro de postulantes tendientes a cubrir los cargos mencionados (originado en la emergencia ocupacional declarada por Decreto 1840/96); Decreto 257/97 que fijó para esos cargos la categoría referencial FUA, vinculada con la función a desarrollar mientras se desempeñen en ella; la Ley 2279 y los Decretos 3131/99 y 3177/99 que ratificaron la calidad referencial de las categorías; el reclamo efectuado para que dicha categoría sea considerada de "revista"; el rechazo de esos reclamos a través de los Decretos 437/2 y 307/7.

Luego, se analiza el fundamento del reclamo, vinculado con la voluntad del legislador al eliminar el punto 4 del inc. b) del Artículo 36 bis proyectado que establecía que las categorías correspondían a la función y no al personal, previendo como obligatorio el reintegro a la categoría de revista, una vez cumplida dicha función. Se brinda toda la explicación pertinente y expresa "pudiendo concluir válidamente que su intención [la del legislador] fue considerar las categorías consignadas en los puntos A y B como de revista y por ende pertenecientes a cada agente de la entonces Secretaría de Estado de Trabajo y no a la función que desempeñan, perdiendo todo sentido consecuentemente la previsión anterior de reintegro –por tratarse de la propia categoría– ...si el legislador hubiera querido consagrar la referencialidad de las categorías que la norma contempla, lo debió manifestar de manera expresa y taxativa....que el desempeño de los agentes de la Subsecretaría de Trabajo como inspectores actuantes o como cualquiera de las tareas previstas en la ley no es transitorio, sino definitivo, atento que nunca acontecerá el regreso a la categoría de revista...".

A continuación, se refuerza la interpretación extraída con la justificación histórica de la situación [dada por la primigenia declaración de emergencia ocupacional que llevó a la necesidad de la cobertura de los cargos] para concluir que "mediante la sanción de la Ley 2279 definitivamente se aprobó un nuevo escalafón para la entonces Secretaría de Estado de Trabajo... y que por ello y todas las argumentaciones de hecho y de derecho vertidas corresponde que se les abone a los peticionantes, la bonificación adicional por permanencia en la categoría que se reclama".

Asimismo, a la luz de esa nueva interpretación, se resolvió modificar la última parte del Artículo 3 del Decreto 3131/99, reglamentario de la Ley en cuestión, derogándose el párrafo que preveía que "en todos los casos en que la categoría de revista del agente sea distinta a la asignada a la función, se retendrá su categoría de revista en un régimen especial a efectos de ser tenida en cuenta para las promociones o reubicaciones del agente".

De tal modo, el artículo 3 del Decreto 3131/99 quedó redactado de la siguiente manera: "dispónese que las remuneraciones fijadas para los agentes que presenten servicios en la Secretaría de Estado de Trabajo serán liquidadas con las categorías y el adicional establecido para las funciones mencionadas en el artículo 2 a partir del 1 de abril de 1999, según lo dispuesto en la Ley 2279".

Como puede verse entonces, se realizó una nueva interpretación –a la luz de la Ley 2279– de la situación vinculada con las categorías [si eran de carácter referencial o de revista] y, consecuentemente, se dejó establecido que el desempeño de los agentes de la Subsecretaría de Trabajo como inspectores actuantes o como cualquiera de las tareas previstas en la Ley era definitivo, lo cual llevó a la consecuente modificación del art. 3 del Decreto 3131/99 –reglamentario de aquella Ley–.

Elo viene a colación, puesto que –a pesar de la deficiente técnica legislativa empleada– no deja de advertirse que, en rigor, el Decreto 2297/7 no atendió a la situación particularizada de cada uno de los reclamantes que se enumeraron



en el artículo 1° [esto es, a la categoría que cada uno de ellos efectivamente poseía con carácter referencial] sino que ocupándose del reclamo efectuado [en especial, por la sra. Cárdenas, de allí que se haya invocado la categoría FUA] dejo sentado el criterio a través del cual debía interpretarse lo concerniente a las categorías del personal que prestaran servicios en la Secretaría de Estado de Trabajo, de acuerdo a las funciones mencionadas en la Ley 2279.

A partir de ello, es decir, dejando sentado que esas categorías eran de "revista" [habían dejado de ser referenciales], hizo lugar al reclamo de los agentes allí detallados para que se abone el adicional por permanencia en la categoría previsto en el art. 23 de la Ley de Remuneraciones, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo a partir de la fecha de su vigencia.

Con ello se quiere significar que, teniendo en cuenta el texto del Decreto impugnado [que, se reitera, no se ocupó de discriminar la situación de cada uno de los reclamantes de cara a las funciones efectivamente desempeñadas], no es posible desprender de allí que se hubiera considerado procedente el pago del adicional desde el año 1999 [con independencia del tiempo de permanencia en la categoría, contenido en el mencionado art. 23]; ni que a todos los reclamantes se les hubiera reconocido el adicional por permanencia en la categoría "FUA" [si bien está la mención a esa categoría, en rigor, se está refiriendo al reclamo que origina el análisis].

De este modo, el análisis a efectuar en esta causa no puede desajustarse de los términos del Decreto impugnado y de lo que ha sido concretamente materia de impugnación de acuerdo al escrito postulatorio [que pone en crisis la interpretación que sirvió de fundamento para resolver el reconocimiento del adicional] y, claro está, en tanto ello se vincule con el derecho reconocido a los demandados en esta acción (que es lo que resulta irrevocable en sede administrativa).

Siendo así, desde ya se adelanta, que el cuestionamiento realizado por la actora en relación con el artículo 2 del Decreto 2297/7, queda fuera del continente de la acción de lesividad intentada; más allá de no dejar de advertirse que, como se dijo antes, ha sido pésima la técnica seguida para provocar la aludida modificación.

X.- Veamos, entonces, los términos del Decreto 1766/08 que declaró la lesividad, por razones de ilegitimidad, del Decreto 2297/7.

Entre sus considerandos, se vuelve a realizar prácticamente el mismo recorrido histórico de normas que fundaron la emisión del anterior; se trae a colación el fallo dictado en la causa "Acevedo"; la sanción en junio de 1999 de la Ley 2279 que modifica la Ley de Remuneraciones; el rechazo del reclamo de los actores y los fundamentos dados en el Decreto 437/2 ratificando que la categoría asignada –incluso después de la Ley– era de carácter referencial; el nuevo rechazo dado por el Decreto 307/7; para, después, indicar que "cambiando el criterio expuesto durante diez años y aún lo dispuesto por el TSJ en autos "Acevedo" se dispuso hacer lugar al reclamo.

Menciona las consideraciones efectuadas en el Decreto 2297 para sostener que éste se funda "en la voluntad presunta del legislador, actividad hermenéutica forzada e innecesaria en razón de la contundencia y claridad de la normativa aplicada durante una década tanto en actos administrativos, como en pronunciamientos del Tribunal".

Se estima que, por todo ello, el Decreto adolece de un vicio insalvable que lesiona la validez del acto, impidiendo su subsistencia y ejecución, y cita el art. 67 incs. b) y t) de la Ley 1284 (incumplir deberes impuestos por normas constitucionales, legales, o sentencias judiciales firmes; t) carezca de motivación o ésta sea indebida, equívoca o falsa).

En función de ello, se da inicio a la acción de lesividad.

En la demanda, se referencian los antecedentes del conflicto, se transcribe íntegramente el contenido del acto atacado y del que declara la lesividad en sede administrativa y se indica que "el principal ataque que se hace al Decreto cuestionado es que incumple deberes impuestos por normas constitucionales, legales y sentencias judiciales firmes, que carece de motivación, siendo ésta indebida, equívoca y falsa".

Expresa que, siendo que a los demandados les fue asignada una categoría referencial por función, no correspondía que se les otorgara la bonificación por permanencia que reclamaban, sino hasta el momento que se reintegraran al cargo de origen, operándose entonces la liquidación automática de acuerdo al cómputo de la antigüedad prevista en la norma específica.



Así postulan que la categoría de los reclamantes es referencial, por lo que su reclamo era improcedente; también el reconocimiento retroactivo al año 1999 pues el presupuesto era que los reclamantes “revistieran” en lugar de “referenciar” la categoría FUA.

En este contexto, transcribe pasajes del fallo dictado en la causa “Acevedo” y sostiene que, mediante una interpretación de la Ley 2279, se les concedió a los reclamantes un adicional en franca contradicción a los actos administrativos generados durante más de 10 años.

Vuelven a afirmar que contrariamente a lo resuelto en el Decreto lesivo, la categoría FUA correspondiente a los cargos de Inspector laboral y actuante es referencial y no de revista; que la Ley 2279 no ha introducido modificación alguna que excluya la aplicación del art. 27 de la Ley de Remuneraciones y menos que justifique la aplicación del art. 23 de la misma norma.

Suman a lo anterior que, de mantenerse la vigencia del Decreto, afectaría seriamente los intereses patrimoniales del Estado que se vería obligado a pagar los adicionales en forma retroactiva, más los astreintes fijados judicialmente, además de continuar abonando mensualmente los que ya se están percibiendo por los beneficiarios. Hace notar que el Decreto 2297/7 reconoció a los peticionantes el adicional por permanencia en la categoría del art. 23 y el reconocimiento retroactivo de diferencias de haberes desde la fecha de su vigencia, o sea desde el año 1999, siendo que a lo sumo y como máximo solo debió haber reconocido las sumas a abonar dentro de los últimos cinco años retroactivos al dictado del Decreto 2297.

Concluyen que el derecho otorgado a los beneficiarios resulta inmotivado, irrazonable e ilegal.

Por su parte, los accionados, esgrimen que, si bien al inicio se les asignó la categoría FUA con carácter referencial -mientras desempeñaran la función-, dicha realidad se transformó a partir de la sanción de la Ley 2264 -Pacto Federal del Trabajo-.

Alegan que, desde entonces, las tareas pasaron a ser permanentes por lo que hubo que crear un cuerpo estable de inspectores laborales a los que, con la sanción de la Ley 2279, se les estableció el escalafón y se les otorgó categoría de revista FUA.

No está discutido entonces el carácter referencial de la categoría antes de la sanción de la Ley 2279. Así lo estableció, además, este Tribunal -en anterior composición- en el Acuerdo 691/01 dictado en el expte. 260/99.

En efecto, allí se dejó sentado que “...Consecuentemente, quienes fueran designados en virtud del concurso en cuestión, no poseen el derecho al mantenimiento definitivo de las mismas, ya que el desempeño se encuentra condicionado a la decisión del poder administrador, quien posee facultades para suprimir o acotar dichas funciones, máxime en el caso de marras, en el que ab- initio se estableció que dichas funciones se debían a la necesidad de contar con un cuerpo de inspectores y de actuantes, en virtud de la sanción del Decreto N° 1840/96 que declara la emergencia ocupacional en toda la Provincia de Neuquén. Como todo régimen de emergencia, la validez del mismo está condicionada a un plazo temporal limitado. Resulta previsible, pues, que la Administración pueda prescindir de los servicios prestados por algunos de los agentes que cumplen la función concursada, si se altera la situación de hecho originante de la crisis que motivó el dictado del decreto en cuestión. ...”.

El fallo da cuenta del contexto que llevó a la Administración a declarar la emergencia ocupacional y la vigencia del Poder de Policía del Trabajo por parte del Gobierno Provincial (Decreto 1840/96).

De la misma forma, ahora, para poder dar una solución a la cuestión planteada, resulta ineludible situarnos en el marco histórico, jurídico y fáctico, en el que se dictó la Ley 2279.

Como se dijo, la referida declaración de emergencia ocupacional y el cabal ejercicio del poder de policía del trabajo por parte del Gobierno Provincial, requería para su implementación contar con un cuerpo de Inspectores de trabajo y actuantes. Por tal motivo, se llamó a concurso interno entre los agentes de la Administración Pública Provincial que se hubieran capacitado en forma previa (cfr. Decreto 2117/96).

Efectuados los concursos y dado que la emergencia supone tomar medidas con carácter transitorio, se les otorgó a los agentes que prestaran las funciones de inspectores laborales y actuantes, categoría referencial FUA (Decreto 257/97).

Con posterioridad, en noviembre de 1998, se sancionó la Ley 2264 que aprobó el llamado Pacto Federal del Trabajo



celebrado en julio de 1998 por el Gobierno de la Nación, las Provincias y el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Dicho instrumento apuntó a los principios de cooperación y co-responsabilidad, con el objeto de superar el obstáculo que la asignación de competencias impone en materia laboral. Asimismo, destaca la necesidad de unificar el régimen general de sanciones por infracciones laborales, a fin de asegurar la unidad y seguridad jurídica y lograr una más adecuada coordinación de la actividad de fiscalización de cumplimiento de la legislación laboral.

Para poder alcanzar tales objetivos, las partes acordaron propiciar e impulsar los mecanismos legales para la aprobación de los proyectos, planes y programas tendientes a la protección del trabajo.

En este contexto, en marzo de 1999 la Secretaría de Estado de Trabajo elevó a la Legislatura Provincial un proyecto de ley elaborado a partir de los puntos establecidos en el Acta acuerdo por la Comisión Negociadora de la Secretaría de Estado de Trabajo.

Los considerandos del anteproyecto de Ley hacían referencia a que dicha Secretaría, no estaba contemplada dentro de la Ley de remuneraciones y resultaba necesario establecer la recomposición salarial del personal dependiente del organismo; que era menester jerarquizar la función social y administrativa que es desarrollada por personal capacitado y técnicamente entrenado; que en apoyo a la funcionalidad de la Secretaría, al personal se le ha asignado tareas que competen a otros sectores de distinta jerarquía y en consecuencia, se le asignaría las categorías y bonificaciones respecto de la función de origen; que los profesionales, técnicos en seguridad e higiene, inspectores laborales y actuantes laborales, se ven imposibilitados de acceder al mercado laboral en la actividad privada, en virtud de la función especializada que ejercen, de control y vigilancia, verificando el efectivo cumplimiento de la normativa laboral vigente.

El Acuerdo llevado a cabo entre la comisión Negociadora de la Secretaría de Estado de Trabajo, contemplaba –entre otros puntos- la asignación como efectivas de las categorías FUA ganadas por concurso; la elevación de un anteproyecto de Ley de jerarquización y recomposición salarial del personal; la regularización de las categorías del personal del FOCAO (cfr. expte. legislativo 058/99 que en copia obra agregado a fs. 542/565)

En junio de 1999, en base al referido anteproyecto, se sancionó la Ley 2279, que incorporó el art. 36 bis a la Ley 2265, estableciendo:

"Fijase para el personal que presta servicios en la Secretaría de Estado de Trabajo las categorías y adicionales por "Responsabilidad Jerárquica" o "Dedicación especializada", que correspondan a cada función de acuerdo al siguiente detalle: "JEFE DE INSPECTORIA, JEFE DE DEPARTAMENTO, JEFE DE DIVISION, PROFESIONALES, TEC.ADM. PUBLICA Y/O TERCARIOS; INSPECTOR DE SEGURIDAD E HIGIENE, INSPECTOR ACTUANTE Y LABORAL: categoría FUA; ADMINISTRATIVO CALIFICADO: FUB; ADMINISTRATIVO: FUD; ADMINISTRATIVO AUXILIAR Y OFICIAL: OSC; MEDIO OFICIAL: OFA; AYUDANTE OFICIAL OFC. Ello más una cantidad de puntos en conceptos de adicionales que allí también se especifican.

Al mismo tiempo, se estableció que "las funciones y el adicional previsto serán propuestas por el Secretario de Estado de Trabajo y aprobadas por Decreto del Poder Ejecutivo. Las bonificaciones fijadas precedentemente se percibirán de acuerdo a como se detalla a continuación: 1.- en la categoría de profesionales y técnicos, por quienes no ocupen cargos de nivel de conducción y cuyo título habilitante sea aplicado a la función que cumple; 2.- los inspectores de seguridad e higiene, actuantes laborales e inspectores laborales deberán poseer título habilitante, capacitación o idoneidad en la función; 3.-...; 4.- la presente bonificación tendrá vigencia a partir del 1 de abril de 1999.

Se dejó previsto, en el art. 3, que las jefaturas de inspectoría, departamento y división a los efectos de dar cumplimiento al art. 36 bis de la Ley 2265, debían ser concursadas internamente en un plazo no mayor a los 120 días de aprobada la Ley, y que dichos concursos deberían repetirse cada tres años.

En el art. 5 se dejó establecido que el gasto que demandara el cumplimiento de la Ley sería imputado al Presupuesto General de la Provincia, facultando al Poder Ejecutivo a efectuar los incrementos, modificaciones y adecuaciones presupuestarias que correspondan.

Referenciado el contexto en que se sancionó la Ley 2279, las razones que motivaron su dictado y atendiendo



principalmente al texto de la Ley, todo lleva a colegir que las categorías establecidas para las funciones allí enumeradas, efectivamente, dejaron de ser referenciales para pasar a ser de "revista".

En este punto, no deja de repararse que cuando la Ley 2279 necesitó "referenciar" una categoría para una función (vgracia, la referencial FUA para las funciones de secretarías/os privadas/os de funcionarios nivel AP6 o superior y para Jefes de Departamentos y/o áreas) expresamente así lo estableció, tal como da cuenta el art. 2 donde se modifica el art. 37 de la Ley 2265.

Con ello, es claro que hubo una tarea reformadora (más allá de la eliminación del punto vinculado con las categorías referenciales, situación que es aludida por la parte demandada y a la que le quita toda relevancia la actora) y que, contrariamente a lo sostenido por la accionante, la Ley no "referencia" el desempeño de las funciones enumeradas en el inc. A) con las categorías allí señaladas, sino que las asigna como de revista.

Refuerza esta interpretación el informe de fs. 633 de la Secretaría de Trabajo, Dirección de sueldos, cuando refiere que "el desempeño de los agentes de la Subsecretaría de Trabajo como inspectores laborales y actuantes o como cualquiera de las tareas previstas en la Ley 2279 que se encasillaron por medio de los Decretos 624/6 y Decreto 2208/10 es definitivo. Los agentes que se encasillaron en los mencionados Decretos, su categoría es de revista, es decir que las categorías FUA correspondiente a los cargos de Inspectores Laborales y Actuantes son de revista. El desempeño de Inspectores Laborales y actuantes, puede ser transitorio si por medio de Decretos se asigna los puestos vacantes de la planta funcional de la Subsecretaría de Trabajo por ende, estos agentes al dejar de cumplir dichas funciones asignadas deben volver a su categoría de revista. Dicha asignación se comporta como una referencial. Las categorías referenciales siempre están vinculadas a la función a desarrollar mientras se desempeñen en la misma".

En este orden de ideas, entonces, queda sellada la suerte del embate que se le realizó al Decreto 2297, toda vez que la hipótesis de la que se partió para declarar la lesividad de éste último, esto es que las categorías establecidas para las funciones enumeradas en la Ley eran "referenciales" y no de "revista", no guarda compatibilidad con la correcta interpretación de la voluntad reformadora plasmada en la Ley 2279.

Tampoco logra conmover esta conclusión, las tachas efectuadas al Decreto 2297 en cuanto a que éste habría modificado el criterio expuesto durante diez años por la Administración y lo dispuesto por el TSJ en autos "Acevedo", derivando de ello la existencia del vicio contenido en el art. 67 inc. b) de la Ley 1284 (incumpla deberes impuestos por normas constitucionales, legales o sentencias judiciales firmes).

Basta para desestimar la existencia de tal tacha, la irrupción de la Ley 2279 en el escenario ponderado al momento de resolver la causa "Acevedo" [recuérdese que en esa oportunidad el planteo traído se vinculó con el pedido de nulidad del 1er párrafo del Anexo 3 del Decreto 2117/96 y del art. 1 del Decreto 257/97, en tanto se asignaba la categoría FUA referencial para los cargos que se habían concursado] y, por la misma razón, no podrían sobreponerse a la Ley, los "criterios administrativos" desajustados al nuevo contexto normativo.

Por consiguiente, es dable colegir que el Decreto 2297, en lo que hace al aspecto analizado (esto es, la imputación de errónea interpretación de la Ley 2279 o la transgresión a normas legales o sentencias judiciales firmes), no contiene los vicios imputados.

XI.- Despejado este aspecto, corresponde analizar ahora si el acto impugnado ha resultado legítimo en cuanto admitió el reclamo de que "se abone el adicional por permanencia en la categoría previsto en el artículo 23 de la Ley de Remuneraciones, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo, a partir de la fecha de su vigencia".

Repárese que, en el caso de "referenciar" una categoría, resulta de aplicación el art. 27 de la Ley 2265 que establece una compensación remunerativa y bonificable por "categoría referencial" para los agentes que de acuerdo a la función desempeñada realicen tareas en una modalidad distinta a su clasificación. Su cálculo se realizará por diferencia entre la categoría de revista del agente y la determinada para la función asignada; la categoría referencial corresponde a la función y no al agente, debiendo éste, al cesar en la misma, reintegrarse a la categoría de origen, no adquiriendo derecho permanente para la función que referencie, ni para ser promovido a la misma.

Y de otro lado, el citado art. 23 establece una bonificación por permanencia en la categoría para el personal de la



Administración Pública provincial, con excepción de los agentes beneficiados en regímenes especiales por iguales conceptos. Esta bonificación consiste en una retribución mensual equivalente a la diferencia entre la asignación de la categoría de revista y la inmediata superior, cuya percepción se fija en porcentajes y teniendo en cuenta la antigüedad en el cargo (de 2 años a menos de 4, 34%; de 4 años a menos de 6, 66%; y de seis años o más, 100%). Para el caso de la categoría FUA, se fija un monto en pesos como límite.

Dispone también que en caso de subrogancia o designación en cargos superiores, al cesar y producirse el reintegro al cargo de origen, se computará como antigüedad, a los efectos del presente adicional, el período de tiempo transcurrido en tales situaciones.

Así, la bonificación "permanencia en la categoría" tiene como propósito suplir económicamente la transitoria imposibilidad de ascenso de los empleados y compensar el temporario detenimiento de su carrera administrativa. Es decir que se percibe mientras se permanece en la categoría de revista.

Conforme a estas disposiciones, percibirá la bonificación del art. 27 quién "referencie" una categoría en los términos aludidos y, percibirá la bonificación del art. 23 quién "reviste" en una categoría, al cumplirse el tiempo de permanencia en ella. De tal modo, todo lleva a colegir que, mientras los agentes poseían sus categorías con carácter "referencial" percibirían la primera, y una vez que adquirida como de "revista" y cumplido el tiempo de permanencia en ella, se activa el derecho a percibir la segunda.

Es más, según surge de los considerandos del Decreto 437/02 (cfr. fs. 27 de autos), los accionados lo solicitaron con ese alcance en sede administrativa.

Efectivamente, allí se expresa que "los recurrentes [que se desempeñan como inspectores laborales y actuantes en dependencias de la subsecretaría de trabajo, habiendo ingresado a través de concurso convocado por Decreto 2117/96, reconociéndoseles por tal desempeño la categoría FUA como referencial] exponen que la transitoriedad de la función encomendada ha cesado en mérito a la Ley 2279 la que entienden determina que la nueva categoría de los reclamantes es FUA pero no referencial, en virtud de lo cual, y a partir de la sanción de la ley citada, cesó la liquidación del adicional que hoy reclaman; que continúan diciendo que dada su nueva situación han esperado los dos años que prescribe la ley para hacerse acreedores de la bonificación por permanencia en la categoría...".

Luego, si como se dijo, la Ley 2279 sancionada en el mes de junio de 1999, estableció las categorías y adicionales de acuerdo a las funciones allí establecidas como de "revista" [determinando su vigencia a partir del 1 de abril de 1999] y además, previó que "las funciones y el adicional previsto serán propuestas por el Secretario de Estado de Trabajo y aprobadas por Decreto del Poder Ejecutivo" -lo que habría acontecido con el dictado de los Decretos 3131/99 y 3177/99-, no se advierte que el Decreto 2297/7, en tanto hizo lugar al reclamo se presente como ilegítimo.

Y, en este punto, vale señalar una vez más, que a pesar de la pésima técnica legislativa empleada, no puede desprenderse de la fórmula "así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo a partir de la fecha de su vigencia", que se haya reconocido que el "pago" debía remontarse al año 1999; ésta es "la fecha de vigencia" de la Ley 2279, oportunidad en que las categorías dejaron de ser "referenciales" para pasar a ser de "revista" pero, lógicamente, con sujeción a lo dispuesto por el art. 23 de la Ley de Remuneraciones (es decir, que compute el término de permanencia en esas categorías).

De esta manera, dado que el Decreto 2297/7 se dictó en el año 2007, reconoció en forma retroactiva el derecho al pago de diferencias salariales generadas por la bonificación señalada, pero, se insiste, no fijó una fecha a la que debía remontarse dicho pago, con lo cual todo lleva a afirmar que debía considerarse el tiempo de permanencia que cada uno de los reclamantes allí involucrados poseyera en sus respectivas categorías, consideradas a partir de la sanción de la Ley 2279, como de "revista" (y no necesariamente, a todos en la FUA; al menos no es lo que se desprende del acto).

En este aspecto, no podría soslayarse que, en función del juego de las disposiciones del art. 23 y 27 de la Ley de Remuneraciones (y atendiendo a la finalidad de una y otra), en el período que involucró el Decreto 2297/7 (que, en el mejor de los casos alcanzaría retrospectivamente al año 2001, fecha en la que se empezaría a computar la "permanencia" en la categoría de revista) si se percibió la bonificación por categoría referencial, no sería procedente percibir, además, por la misma categoría, la bonificación por permanencia (cfr. en este sentido, Acuerdo 1121/05 del



registro de la Secretaría actuante).

Y, vinculado con lo que se viene exponiendo, desde que el Decreto 2297/7 no estableció una fecha a la que debía remontarse el "pago" de la bonificación, no es posible analizar con absoluta convicción el planteo, también introducido en la demanda, en cuanto a que "a lo sumo y como máximo solo debió haber reconocido las sumas a abonar dentro de los últimos 5 años retroactivos al dictado del Decreto 2297".

Es que, sin perjuicio de que esta cuestión ha sido débilmente introducida en esta instancia judicial, lo cierto es que la interpretación que ha postulado la actora para plantearla (el pago desde la fecha de vigencia de la Ley) no emerge del texto del Decreto impugnado y, además, de seguirse el recorrido de razonamiento que se viene exponiendo (es decir, al tomar a lo sumo al año 2001) debería examinarse, además, la interacción de las disposiciones de la Ley 1284 vinculadas con la "prescripción" (particularmente el supuesto de suspensión) para poder advertir si, en definitiva, se ha efectuado un reconocimiento que no guarda compatibilidad con el principio de legalidad.

A todo evento, vale volver a señalar que el análisis que aquí es posible efectuar sigue la línea trazada por los actos administrativos aquí involucrados (Decreto 2297/7 y 1766/8) y el concreto embate que se ha realizado en el escrito de postulación de la acción de lesividad, tendiente a descalificar la interpretación que ha fundado el reconocimiento efectuado en el artículo 1 del Decreto 2297/7; siendo ello así, las situaciones de cada uno de los reclamantes –que no surge del Decreto impugnado- (esto es, qué categoría de revista les corresponde de acuerdo a las funciones contempladas en la Ley 2279 o todo lo concerniente al modo en que procede la liquidación del adicional por permanencia para cada uno de ellos), resultan ajenas al análisis aquí propuesto.

En consecuencia, por todo lo dicho, no se advierte que, de cara a lo que ha sido materia de impugnación, exista mérito para descalificar el Decreto 2297/7: las categorías para las funciones descritas en la Ley 2279 son de revista a partir de la sanción de esa Ley; cumplido el tiempo mínimo de permanencia en esas categorías de conformidad al art. 23 de la Ley de Remuneraciones, correspondía el pago de la mentada bonificación (que no era ya la del art. 27 sino la del art. 23).

Corresponderá entonces a la Administración, en el ámbito pertinente, en cada caso y de acuerdo a la situación de cada uno de los involucrados en el Decreto 2297 (categorías-tiempo de permanencia-etc) ajustar su proceder a la situación que aquí ha quedado definida, toda vez que, como ha quedado patentizado, el Decreto impugnado, examinado a la luz de los vicios imputados, no posee las tachas señaladas; en su caso, si la interpretación que de él se ha extraído, ha determinado en los hechos un mayor reconocimiento que el que plasmó su texto, en tanto no es imputable al acto declarado lesivo, no es susceptible de ser corregido por la vía intentada.

XII.- Por las razones expuestas, propicio al Acuerdo se desestime la acción de lesividad intentada por la Provincia de Neuquén, con costas a la actora vencida. ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: adhiero al criterio sustentado por el señor Vocal que votara en primer término, por lo que me pronuncio en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la acción de lesividad interpuesta por la Provincia de Neuquén. 2º) Imponer las costas a la actora vencida. 3º) Regular los honorarios de los Dres. ..., ... y ..., en el doble carácter por los demandados, en \$8.700 en conjunto (arts. 6, 9, 10, 38 y cctes. de la Ley 1594); Por la RI 6816/9 –fs. 179/185- cuyas costas fueron impuestas a la actora vencida, en la suma de \$4.340, en conjunto (arts. 6, 9, 10, 35 y cctes. de la Ley 1594); y por la RI 262/11 –fs. 262/272- cuyas costas fueron impuestas a los demandados vencidos, a la Dra. ..., apoderada de la actora, en la suma de \$1.240, al Dr. ..., patrocinante, en la suma de \$3.100 y a los Dres. ..., ... y ..., en el doble carácter por los demandados, en \$3.040, en conjunto (arts. 6, 9, 10, 35 y cctes. de la Ley 1594). 4º) 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](#)

"PEREZ BOURBON HÉCTOR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" –
Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2984/2010) – Acuerdo: 108/15 –
Fecha: 22/12/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

LOCACION DE OBRAS. INCUMPLIMIENTO. RESOLUCION DE CONTRATO.

1.- Cabe rechazar la acción procesal administrativa interpuesta contra la Provincia de Neuquén, en la cual pretende la anulación por ilegitimidad de una la Resolución dictada por la Presidente de la Honorable Legislatura Provincial, y consecuentemente se condene a la accionada a cumplir con el contrato oportunamente suscripto y abonarle la suma de \$35.000 con más los intereses moratorios y costas del juicio, en tanto la cuestión involucrada comprende el análisis de la ejecución de un contrato de "locación de obra" celebrado entre los litigantes, en cuyo marco la accionante reconoce su mora en el cumplimiento pero sin que ello sea suficiente para tener por incumplida en forma total y definitiva su obligación; la Provincia demandada no desconoce la existencia del contrato, pero entiende que la finalidad de éste se vio frustrada en tanto existió un "incumplimiento esencial y determinante por parte del contratista, que dio lugar a la resolución del contrato...". Es claro que existía un plazo y una determinada modalidad a través del cual se consideraría cumplida la prestación a su cargo, que no ha sido respetada: el intercambio de correos electrónicos no alcanza para sustituir, tal como lo pretende la actora, el cumplimiento del contrato en los términos expresados a través de la cláusula tercera y sexta; y por lo tanto para acreditar que se haya hecho entrega de un documento que (aunque extemporáneo) tuviera la entidad de un "informe final", en condiciones de recibir la conformidad necesaria de la autoridad competente para proceder al pago de los honorarios convenidos.

2.- La obligación de presentar la obra comprometida, en el plazo comprometido (surgido de su propia propuesta) y la conclusión del contrato y cobro de sus honorarios de la forma en que fue pactada (que exigía la presentación de la factura dentro del plazo contractual) no pueden ser reemplazados por las diligencias o suposiciones unilateralmente adoptadas por el contratista.

Texto completo:



ACUERDO N° 108. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidós 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 ANALÍA BERMÚDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "PEREZ BOURBON HÉCTOR C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2984/10, 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.- Que a fs. 6/13 se presenta el Sr. Héctor Pérez Bourbon, por apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Pretende que se anule por ilegítima la Resolución LP 31/2010 dictada por la Presidente de la Honorable Legislatura Provincial; se condene a la accionada a cumplir con el contrato oportunamente suscripto y a abonar al actor la suma de \$35.000 con más los intereses moratorios desde que resultó necesario dar inicio a la reclamación administrativa y las costas del juicio.

En primer lugar se refiere a los requisitos de admisibilidad de la acción, a cuyo fin realiza un detalle de cada uno de ellos.

Luego da su versión de los hechos; relata que con fecha 22/11/2008 suscribió un contrato de locación de obra con la Legislatura de la Provincia del Neuquén, la que actuó a través de su Secretaría de Cámara, María Inés Zingoni.

Afirma que el contrato fue autorizado y aprobado mediante la Resolución LP 544/08, a través del mecanismo de contratación directa conforme lo establecido en el apartado h, inciso 2, art. 64 de la Ley Provincial de Administración Financiera N° 2141.

Indica que el objeto del acuerdo fue llevar adelante un relevamiento, diagnóstico y proyecto para en un futuro elaborar el Digesto de Leyes de la Provincia de Neuquén.

Brinda una reseña de los antecedentes de la relación contractual, los que remonta a comienzos del año 2008 cuando el actor y su socia –Dra. María Alejandra Svetaz- fueron convocados por funcionarios de la Legislatura Provincial para brindar asesoramiento técnico acerca de un nuevo digesto normativo.

Reseña que se proyectó dividir el trabajo en tres etapas con contrataciones independientes, de las cuales solo se concretó la primera, que es la que motivó el contrato suscripto.

En cuanto al plan de tareas afirma que, para el primer tramo, se preveía una duración aproximada de cinco meses a ejecutarse entre junio y noviembre de 2008, que por cuestiones ajenas a su parte se postergó, concretándose su inicio hacia fines del año 2008, aunque aclara, que en lo formal, se le impuso que en el texto del contrato figurase que el plazo se tuviese por comenzado el 1 de octubre de 2008.

Relata que los días 2 y 3 acompañado por su socia y el asesor informático concurren a la Legislatura Provincial, donde tuvieron una serie de entrevistas y reuniones con distintos funcionarios, quienes confirmaron que la tarea se haría y requirieron el comienzo de los trabajos.

Luego, afirma que comenzó a trabajar de lleno en la labor encomendada, siempre en conjunto con las funcionarias de la Legislatura responsables de la Dirección de Digesto y Extensión Parlamentaria, la que estuvo finalizada para principios de marzo y fue elevada vía e-mail a la Directora del Digesto, el 9 de marzo de 2009.

Aclara que, si bien la obra encomendada no revestía naturaleza material en sí, sino más bien intelectual, al momento de enviar el informe en soporte informático se sugirió la conveniencia de concertar una reunión formal para su entrega, la que se fijó en un primer momento para el día 15 de marzo de 2009, que luego fue postergada y nunca se concretó.

Sostiene que el 17 de marzo de 2009 recibió un e-mail de la oficina del Digesto, mediante el cual se le requirió una serie de precisiones e interrogantes acerca del informe recepcionado, los que fueron evacuados dos días después por la misma vía.

Agrega que el día 22 de marzo de 2009 el proyecto final fue reenviado a la Legislatura, pero esta vez bajo un formato informático diferente, de modo tal que facilitara aún más su comprensión.

Luego detalla que no recibió nuevas comunicaciones por parte de la Administración, lo que le dio motivo para entender que la locataria se encontraba satisfecha con la tarea requerida, por lo que a principios del mes de abril - 03/04/09- presentó ante la Legislatura una nota administrativa mediante la cual solicitó instrucciones a los fines de



percibir los honorarios pactados.

No obstante, de acuerdo a su relato, para ese entonces la postura de la Legislatura era radicalmente opuesta a la contratación ejecutada, en tanto no abonaría lo estipulado por considerar que el contrato se extinguió de pleno derecho al haberse traspuesto la fecha del 28 de febrero de 2009, aludiendo a una ambigua caducidad del propio contrato.

Frente a ello, relata que presentó un reclamo administrativo persiguiendo el cumplimiento contractual, en el que se cuestionó la falta de incorporación al expediente de los trabajos remitidos y la omisión en el pago del precio.

Luego, mediante Resolución LP31/10 la accionada rechazó toda pretensión de cumplimiento contractual por parte del actor.

Bajo un apartado especial impugna el acto administrativo que denegó su reclamo: considera que el rechazo manifestado por la accionada tiene su fundamento en una mera confrontación dialéctica, que en prieta síntesis consiste en considerar que la simple trasposición del plazo de entrega del trabajo -28 de febrero de 2009- tiene la virtualidad de extinguir de manera automática el contrato, sin que exista procedimiento alguno para su rescisión, ni tampoco se evalúe qué aspectos del mismo pudiesen encontrarse ya cumplidos.

Agrega que en el caso no existe la alegada caducidad sobre el contrato, ya que se está en presencia de un acto jurídico y no ante un acto administrativo.

Bajo el apartado VI brinda los fundamentos de derecho que entiende asisten a su posición, y sostiene que resultan de aplicación al caso dos reglas básicas como son; la buena fe y el principio de conservación.

En ese contexto señala que, habiéndose aceptado por parte de la Administración el intercambio epistolar vía e-mail, se debió evaluar qué ocurría "con la obra recepcionada por los funcionarios del digesto", sobre la cual se pidieron aclaraciones, que fueron evacuadas y estaban en poder de la Legislatura Provincial, y no hacer hincapié en una extinción automática del contrato por el transcurso del plazo.

Señala también que, entre los argumentos utilizados para el rechazo de su pretensión, la accionada invoca la cláusula contractual octava párrafo segundo, que permite la rescisión sin invocación de causa; sin embargo, en los hechos no fue esa la facultad que ejerció la Administración pues, en una actitud contraria, se requirieron oportunamente aclaraciones y observaciones, con lo que ese supuesto de rescisión sin causa nunca fue formalizado.

Agrega que tampoco lo fue la potestad sancionatoria de rescisión, no habiendo existido intimaciones ni actuaciones formales de extinción contractual.

En síntesis, despejadas esas cuestiones, concluye que en el caso la postura adoptada por la accionada -que entiende que no debe cumplir el contrato suscripto-, se fundamenta en el traspaso por parte del aquí actor de la fecha indicada como límite para la presentación del trabajo ante la administración.

A lo expuesto agrega que, siguiendo la postura adoptada por la accionada, la mora en la entrega de la obra lejos de activar los procedimientos relativos al cumplimiento contractual, libera al locador de pagar el precio, aun cuando transcurrida la mora -a través de sus funcionarios- recibió el trabajo encomendado.

En ese contexto expresa que el acuerdo de voluntades celebrado prevé, en su cláusula octava, que para el caso que el locador incurriese en mora, previo a la extinción del contrato, se debe intimar a su cumplimiento mediante notificación expresa.

Se expone luego acerca de la división de los contratos entre aquellos de prestación continua y a plazo determinado, -donde lo esencial es la prestación en sí misma durante un tiempo determinado-, de aquellos contratos de locación de obra en los cuales existe una finalidad concreta, que es la obra, subsumiendo en este último supuesto el caso en cuestión.

Concluye que en el caso del contrato celebrado no puede entenderse que el vencimiento del plazo acordado lleve en forma directa y automática a la extinción contractual, máxime cuando la administración recepcionó el trabajo realizado sólo con nueve días de demora, sin haber rechazado la obra realizada, y luego efectuado sobre el mismo un pedido de aclaraciones y observaciones (cfr. mails del 17 y 19 de marzo de 2009).

Por el contrario, señala que conforme lo reglado por el Código Civil y la Ley de Obras Públicas de la Provincia, la



solución razonable frente a la mora de una de las partes es intimar a su cumplimiento por un plazo razonable y recién con posterioridad activar la rescisión contractual.

Mediante un apartado especial se refiere a los vicios en la voluntad de la Administración.

Señala una vez más la confusión que, a su modo de ver, se produjo en relación con la ya mencionada naturaleza del acuerdo suscripto, el que reafirma se trata de un contrato de "locación de obra con plazo de entrega", e indica que dicha postura conlleva a una omisión ilegítima como lo es la intimación previa de cumplimiento.

Agrega que a dicha omisión se adiciona una situación arbitraria y un grave abuso de la posición dominante por parte de la accionada en tanto, mientras por una parte se alega la extinción del contrato, por la otra la Administración detenta y goza de la obra encomendada.

Minimiza el hecho de que la obra no haya sido entregada en papel y en mano por mesa de entrada, por cuanto al tratarse de una obra intelectual lo importante no es el ejemplar, "sino la detentación real del conocimiento que trasunta el trabajo realizado y que fue efectivamente transferido a la Legislatura Provincial mediante los mails ya referidos antes", lo que entiende ha sido reconocido por la Administración.

Finaliza su exposición con el encuadre de la decisión administrativa que rechazó su reclamo en los vicios previstos en los incs. a) y m) del art. 67 LPA.

Ofrece prueba y formula su petitorio.

II.- A fs. 26, mediante R.I. 292/10, se declaró la admisión del proceso, y a fs. 168/169 el actor opta por el proceso ordinario.

III.- A fs. 180/187 la Provincia de Neuquén, por apoderado y con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado, contesta la demanda.

Efectúa las negativas de rigor mediante las cuales rechaza los hechos invocados, para luego describir los antecedentes y actos administrativos cuestionados por el actor.

Bajo el apartado V) brinda los fundamentos que, a su entender, avalan la improcedencia de la demanda.

Expresa que de acuerdo al contrato suscripto con el actor, su representada estaba facultada para rescindir el mismo en cualquier momento sin expresión de causa ni indemnización de lo pactado, modalidad que fue aceptada por el accionante y no fue impugnada en este marco, por lo que entiende que su legitimidad no puede ser discutida.

En otro párrafo sostiene que el actor no emitió factura alguna, cuestión que se agrega a la falta de entrega de la obra, la que no puede ser suplida con el envío de un correo electrónico, que además resultó extemporáneo.

Entiende que el proceder del actor fue motivado por el hecho que ya se encontraba vencido el plazo, lo que hizo que se arriesgara a enviar un e-mail para intentar cobrar lo pactado.

Ratifica la potestad de la administración de decidir sin expresión de causa ni indemnización la resolución unilateral del contrato, conforme lo dispuesto en la cláusula octava segundo párrafo, y según se ejercitó con el envío de una carta documento al domicilio constituido y real del actor frente al vencimiento del plazo.

Conforme lo expresado, concluye que existió un incumplimiento esencial y determinante por parte del contratista que dio lugar a la resolución del contrato, la que fue válidamente efectuada.

Para terminar, realiza el ofrecimiento de la prueba y formula su petitorio.

IV.- A fs. 190 se abre a prueba la causa, período que es clausurado a fs. 281.

A fs. 285/289 se encuentra agregado el alegato producido por la parte actora.

V.- A fs. 291/297 se expidió el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia que se haga lugar a la demanda.

Menciona los principios de "conservación" y "buena fe" que rigen en los contratos y en virtud de los cuales puede concluir que no correspondía proceder como lo hizo la demandada, siendo que no resulta irrazonable la entrega del producto contratado vía e mail, tal como lo hizo en primer término la actora.

Concluye que los vicios señalados por el actor en la Resolución 31/10, emitida por la Presidenta de la Honorable Legislatura, se encuentran configurados, motivo por el cual la demanda resulta procedente, debiéndose declarar la nulidad de ese acto administrativo.

VI.- A fs. 300, se dictó la providencia de autos para sentencia la que firme y consentida, coloca a estas actuaciones en



estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- La controversia planteada involucra el análisis de la ejecución de un contrato de "locación de obra" celebrado entre los litigantes, mediante el cual la actora se comprometió "...al desarrollo del Relevamiento y diagnóstico de la situación actual, elaboración y presentación del Proyecto denominado "Elaboración del Digesto de Leyes de la Provincia de Neuquén"...", y la accionada al pago de un precio (Cfr. Cláusula primera del instrumento obrante a fs. 37/39 de autos).

En ese marco, la accionante si bien reconoce que ha incurrido en mora en el cumplimiento de la prestación acordada, en concreto en la entrega del trabajo que le fuera encomendado (Cfr. 286 vta. in fine), entiende que la misma no permite tener por incumplida en forma total y definitiva su obligación, de modo tal que se genere la extinción del contrato, tal como lo plantea la accionada.

Así, frente al rechazo en el pago de sus honorarios, impugna la voluntad administrativa que provoca el mismo, y pretende la anulación por ilegitimidad de la Resolución LP 31/2010, y el consecuente pago de \$35.000, más los intereses devengados que pretende corran desde el inicio de la reclamación administrativa.

Por su parte la Provincia demandada, si bien no desconoce la existencia del contrato, entiende que la finalidad de éste se vio frustrada, y que la resolución que agotó la vía, "...dio debida explicación al rechazo del reclamo, teniendo suficiente motivación y estando basada en los hechos ocurridos y en la normativa aplicable...".

En esencia entiende que existió un "incumplimiento esencial y determinante por parte del contratista, que dio lugar a la resolución del contrato..." (Cfr. fs. 186 vta.).

"Surge de los antecedentes, que vencido el plazo contractual, la Legislatura remitió Carta Documento (una al constituido y otra al real), el (sic) por las cuales se le notificó que el contrato se había extinguido por cumplimiento del plazo sin haber cumplido la prestación a su cargo." (Cfr. fs. 182 vta. párrafo tercero).

El actor desconoce la existencia y recepción de las referidas cartas documento, como también que la locataria hubiese decidido la extinción del contrato al momento de trasponerse la fecha fijada en el mismo.

Agrega que, las misivas a las que hace referencia la accionada: "contrarían la continuación de las comunicaciones contractuales que se desarrollaron durante el mes de marzo entre las partes y que culminan con la nota presentada por el actor el 3 de abril de 2009 en la Legislatura (fs. 61 Expte. 002-0003865/08); el dictamen que se produce el 7 de abril de 2009 (fs. 46 del mismo expediente), y la nota de la Secretaria de la Legislatura Provincial del 29 de abril de 2009 (fs. 51), por la cual en respuesta a aquella del actor que obra a fs. 61, por primera vez se manifiesta desde la administración que los términos del contrato habrían "caducado" el día 28 de febrero de 2009." (Cfr. fs. 286 vta.).

En prieta síntesis, la diferencia en las posiciones asumidas por cada una de las partes radica en que, mientras para la Provincia de Neuquén se produjo la extinción del contrato por vencimiento del plazo, sin que se haya cumplido la prestación a cargo del contratista, la actora entiende que la prestación fue cumplimentada aunque reconoce un cumplimiento "tardío" del trabajo encomendado.

VIII.- Para abordar la cuestión que se plantea es preciso realizar un detalle cronológico y pormenorizado de los acontecimientos, actos e intimaciones habidas en la relación jurídica.

En tal sentido, de acuerdo a lo que surge de las manifestaciones de las partes, las constancias obrantes en las actuaciones administrativas agregadas a la presente causa y las producidas en ella, dan cuenta de lo siguiente:

- De los términos del contrato de locación de obra celebrado el 22/11/2008, surge que el plazo límite acordado para la entrega del "informe final" por parte del actor, como así también la presentación de la factura, era el 28 de febrero de 2009 (Cfr. cláusula tercera y sexta del contrato de locación de obra obrante a fs. 35/37).
- Con fecha 9 de marzo de 2009 el actor remitió vía correo electrónico a la Directora del Digesto un documento que califica como "final", sin que se hiciera entrega "material" de ese mismo documento, lo que reservó para una futura reunión formal (Cfr. fs. 7 vta. del escrito de demanda).
- El día 17 de marzo de 2009 se le requirió al actor, a través de la casilla de correo electrónico digesto@legislaturaneuquen.gov.ar, una serie de precisiones e interrogantes acerca del informe que enviara con fecha 9-03-2009, los que evacuó por la misma vía dos días después, es decir el día 19 de marzo de 2009 (Cfr. documento



obrante a fs. 148/155 vta.)

· Con fecha 26 de marzo de 2009, la Secretaría Legislativa de la Legislatura de Neuquén emitió un comunicado al Prosecretario Legislativo, en el cual determinó que, con relación al contrato de locación que los unía con el actor "...el mismo ha sido incumplido por parte del locador, por no haber presentado el correspondiente "informe final" en los plazos establecidos en el mismo (cláusula 3º)" (Cfr. fs. 64 Expediente Administrativo 005-001 1227/09).

· Con fecha 03 de abril de 2009 la actora presentó una nota dirigida a la Secretaría de la Legislatura de la Provincia de Neuquén, mediante la cual manifiesta su voluntad de "...ir acordando los pasos a seguir para la finalización del contrato que fuera oportunamente suscripto." (Cfr. fs. 75 del Expediente Administrativo infra citado).

· Con fecha 05 de mayo de 2009 la Secretaría de la Legislatura de Neuquén envió al actor una nota a través de la cual se le notificaba que "Los términos del mencionado contrato caducaron el día 28 de febrero pasado (cláusula 3º), no habiéndose recepcionado en esta Honorable Legislatura en tiempo y forma el correspondiente informe final. En razón de ello comunico a Ud. que el contrato se encuentra extinguido de pleno derecho por efecto del cumplimiento del plazo en él previsto". La misiva enviada mediante servicio de correo privado fue devuelta en una primera oportunidad por haberse mudado el destinatario y luego, en una segunda notificación en otro domicilio en la Provincia de Buenos Aires, donde se dejó un aviso de visita por no responder el destinatario (Cfr. constancias obrantes a fs. 52/54 del expediente administrativo 002-0003865/08).

· Con fecha 08 de septiembre de 2009 la actora interpuso reclamación administrativa, que tramitó bajo el expediente 005-001 1227/09, mediante la cual pretendía el cumplimiento contractual, la incorporación al expediente de los trabajos realizados y remitidos y el pago del precio acordado.

· En las mencionadas actuaciones administrativas se dispuso -a fs. 13- la apertura de la causa a prueba. En la misma providencia, y frente al pedido formulado por el reclamante de una verificación informática de los correos electrónicos intercambiados, ofrecida como prueba, se decidió que no correspondía su producción en razón de que no se encontraba controvertida la recepción o envío de correos electrónicos entre las empleadas y el contratista.

· Mediante Resolución LP N° 31/10, de fecha 01 de febrero de 2010, la accionada rechazó toda pretensión de cumplimiento contractual por parte del actor.

Expresó allí: "Que luego de transcurrido el plazo del contrato sin haberse dado muestra alguna de la realización de la obra contratada ni de los pasos esenciales previos para realizar un diagnóstico y relevamiento de la situación, la autoridad administrativa respondió una nota mencionando al contratista que "los términos del contrato caducaron el día 28 de febrero pasado (cláusula 3º), no habiéndose recepcionado en esta Legislatura en tiempo y forma el correspondiente informe final". Dicha transcripción no sólo menciona la palabra "términos", sino que, además, remite a la cláusula contractual que establece el límite temporal que tenía el contratista para presentar la obra, por lo que la referencia a la caducidad en la mencionada nota que luce a fs. 65, no puede sino referirse a la aceptación del término de acuerdo a los usos jurídicos corrientes en la lengua española, que no refiere a sanción de naturaleza alguna sino a cuestiones temporales";

Asimismo sostuvo que: "...en el marco de esta vinculación de carácter contractual, la finalidad del contrato se vio frustrada, toda vez que la obligación nuclear del contratista no fue cumplida, por lo que no obstante la diferenciación entre el contrato de prestación de servicios y el de locación de obra, lo más importante en el caso no es el plazo del contrato, sino el incumplimiento del mismo por parte del reclamante."

"Que establece la cláusula sexta del contrato extinguido que "el precio será abonado por 'la locataria' dentro de los 30 días posteriores a la fecha de presentación de la factura dentro del plazo establecido en la cláusula tercera, previa elevación del 'informe final' por parte de 'el locador' con la debida conformidad por parte de la Prosecretaría Legislativa...".

"Que de las condiciones establecidas en la cláusula transcripta supra el contratista que reclama el pago de lo que hubiera correspondido en caso de cumplir a) no emitió factura alguna, b) no entregó la obra y todo lo que hizo, aparentemente, fue enviar un e mail, pero c) luego de agotado el plazo que tenía para entregar la obra.

Es pertinente destacar, en relación con el punto b) precedente, que en la nota de presentación el contratista habla de



entregar en el plazo máximo estipulado "la documentación completa". Entregar a la Legislatura cierta documentación no puede ser entendido sino como hacer formal entrega de documentos a través del único modo existente al efecto en todo organismo público, que es a través de la Mesa General de Entradas y Salidas. Esta circunstancia no puede ser desconocida, con mucha mayor razón, por un abogado que se vincula sistemáticamente con las Administraciones públicas de todo el país..."

Para terminar, bajo el Artículo 1º dispone "RECHAZAR, la reclamación administrativa interpuesta por el Dr. Héctor Pérez Bourbón en todas sus partes, por no corresponder al reclamante los honorarios al no haber cumplido sus prestaciones nucleares pactadas contractualmente, y en virtud de las razones de hecho y de derecho expuestas en los considerandos que forman parte integrante de la presente resolución" (Cfr. Resolución Nº 031/2010, obrante a fs. 90 del expediente administrativo 005-0011227/09).

IX.- De la totalidad de los elementos detallados, cabe abordar en primer término el supuesto de extinción de pleno derecho del contrato que postula la accionada, para luego analizar -entre los restantes puntos- el cumplimiento de la obligación pactada.

IX.1.- Frente al cumplimiento de la obligación contractual entendido por la actora, la demandada sostiene que el contrato se extinguió de pleno derecho al haberse vencido el plazo sin que la obra fuese recepcionada.

El punto lleva a abordar la previsión contractual en cuanto a las posibles alternativas para resolver el mismo.

Así, la resolución del contrato se estipuló en la cláusula octava, que expresa: "RESOLUCION: En caso de incumplimiento del locador y habiendo sido debidamente notificado a fin de lograr su cumplimiento, se producirá la resolución contractual. Asimismo "la locataria" podrá en cualquier tiempo, sin expresión de causa, rescindir este contrato de locación de obra, sin dar derecho a ningún tipo de indemnización. En tal caso, se deberá notificar a la otra parte la determinación de dicha resolución por medio fehaciente."

Como puede advertirse, la misma estaba prevista a favor de la locataria, del siguiente modo; en la primera parte frente al incumplimiento del locador, y en la segunda, como una posibilidad que obedece a su sola decisión.

Así, la primera opción se estipuló para el supuesto de un incumplimiento de las obligaciones contractuales, en cambio, en la segunda, no se requiere de un incumplimiento para que la misma pueda operar, sino de la decisión de la locataria de no continuar con el contrato.

En otras palabras, puede decirse que la primera opción estipulada actúa como una salida frente al incumplimiento del locador, y que requiere -además del incumplimiento de la otra parte- de la intimación previa; la segunda, se trata de una decisión de la locataria de terminar con el contrato, en base a razones de interés de la Administración, y que sólo requiere una notificación de la determinación al locador.

En el caso en análisis, tal como se puede apreciar, la demandada llevó a cabo un híbrido de ambas posibilidades: así, alegó el incumplimiento del locador pero en lugar de intimarlo a cumplir, dio por extinguido el contrato. Luego, frente al reclamo de la actora, añadió que debido a la falta de entrega de la obra y habiendo vencido el plazo estipulado, aspectos que implicaban la frustración del contrato, había decidido extinguirlo, y que la expresión de causa obedeció a que es condición implícita de la facultad rescisoria que su utilización no ha de ser abusiva.

Por todo ello, no puede afirmarse que la conclusión del contrato impulsada por la accionada se haya producido en el modo convenido.

IX.2.- Por su parte la actora, quien afirma haber cumplido su parte del contrato, pretende el pago de la obra más sus intereses.

A tal fin, como fuera detallado en el relato inicial, alega que el envío de un correo electrónico conteniendo un archivo -con fecha 9 de marzo de 2009-, sumado a una serie de precisiones y aclaraciones que efectuó a raíz del requerimiento del personal de la Legislatura a través de una casilla de correo oficial, son elementos suficientes para tener por cumplida la prestación a su cargo.

Ahora bien, en tal marco de situación cabe determinar si, el cumplimiento alegado tal como fuera descrito, se condice efectivamente con lo contratado por las partes.

De los términos y condiciones de la contratación celebrada surge que el locador tenía a su cargo: "el desarrollo del



relevamiento y diagnóstico de la situación actual, elaboración y presentación de Proyecto denominado "Elaboración del Digesto de Leyes de la Provincia del Neuquén" (cfr. cláusula primera "Objeto" del contrato suscripto).

La cláusula tercera dispone que: "Este contrato tendrá un plazo límite de cinco (5) meses, contados a partir del 01 de octubre del 2008 hasta el 28 de febrero del 2009".

La misma se complementa con la cláusula sexta que dispone: "...El precio convenido por todo concepto para la concreción de la tareas específicas se establece en la suma total de PESOS TREINTA Y CINCO MIL (\$ 35.000), que será abonado por "la locataria" dentro de los 30 días posteriores a la fecha de presentación de la factura dentro del plazo establecido en la cláusula tercera, previa elevación del "informe final" por parte de "el locador" con la debida conformidad por parte de la Prosecretaría Legislativa conjuntamente con la Dirección de Digesto y Extensión Parlamentaria".

Es decir que a los fines de dar cumplimiento a lo pactado contractualmente, y como contrapartida percibir el pago, la actora debía: a) elevar un "informe final" con la conformidad de la Prosecretaría Legislativa y la Dirección de Digesto y Extensión Parlamentaria; b) hacerlo dentro del plazo de cinco meses, y antes del día 28 de febrero de 2009; c) presentar la factura dentro del plazo establecido en la cláusula tercera -del 01 de octubre del 2008 hasta el 28 de febrero del 2009-.

Frente a ello, la actora entiende que el intercambio efectuado a través de correos electrónicos tendría la entidad suficiente como para considerar cumplida su obligación.

Del análisis de las pruebas arrimadas, se desprende que el intercambio a través del correo electrónico y el envío de un documento -vencido el plazo contractual- efectivamente se dio; así también que la accionada recepcionó el mismo a través de dependientes, quienes solicitaron explicaciones (Cfr. fs. 10 del expediente administrativo 005-0011227/09).

Lo expuesto puede encontrar algún refuerzo en la propia conducta asumida por la accionada en sede administrativa, cuando en el marco del expediente administrativo 005-0011227/09 -fs. 13- emitió el siguiente proveído: "En relación con las testimoniales de reconocimiento, no corresponde que dicha prueba sea producida en razón de que no se encuentra controvertida la recepción o envío de correos electrónicos entre las empleadas mencionadas y el contratista."

En definitiva, la apreciación de tales elementos pueden ser considerados como el aporte de cada una de las partes tendientes a la conclusión y entrega final de la obra.

No obstante, del análisis integral de las cláusulas contractuales es claro que existía un plazo y una determinada modalidad a través del cual se consideraría cumplida la prestación a su cargo, que no ha sido respetada.

En otras palabras, el intercambio de correos electrónicos no alcanza para sustituir, tal como lo pretende la actora, el cumplimiento del contrato en los términos expresados a través de la cláusula tercera y sexta; y por lo tanto para acreditar que se haya hecho entrega de un documento que (aunque extemporáneo) tuviera la entidad de un "informe final", en condiciones de recibir la conformidad necesaria de la autoridad competente para proceder al pago de los honorarios convenidos.

Abona esa conclusión las propias manifestaciones vertidas por la actora en su nota de fecha 19 de marzo de 2009, en cuanto expresa que, ante la eventualidad de que el informe enviado resultase dificultoso para su análisis, se enviaría a la brevedad una nueva presentación, lo que debiera complementarse con la realización de reuniones donde puedan evacuarse todas las dudas (Cfr. fs. 149 vta.).

Repárese aquí que la cláusula tercera del contrato preveía un plazo "límite" de cinco meses -hasta el 28/2/09- y, además, la falta de entrega en el plazo oportunamente pactado ha sido reconocida por la propia actora, con lo cual tampoco podría afirmarse lisa y llanamente que, en este caso, el vencimiento del plazo para la entrega de la obra no tenga ninguna relevancia.

A todo evento y, sin necesidad de ahondar en demasía en el aspecto vinculado con la modalidad empleada por el actor para remitir el documento que calificó de "final", lo cierto es que más allá que el contrato suscripto no prevé una determinada forma de recepción del trabajo, tampoco se ha invocado que exista alguna norma -dentro del contexto de la contratación administrativa- que recoja la posibilidad de dar por cumplida la prestación comprometida a través



del medio digital utilizado (e-mail).

Antes bien, debe asumirse que, hasta el momento (sin dejar de reconocer los beneficios del uso de los medios electrónicos), la Administración –por los límites positivos del obrar administrativo derivados del principio de legalidad– registra su actuación escrituraria en soporte papel y bajo las formalidades impuestas para su ingreso y tramitación (Cfr. en este sentido “La contratación pública electrónica. María Inés Corrá. “Cuestiones de Contratos Administrativos”, Ediciones Rap, pág. 281/300, donde se aborda detalladamente las implicancias del uso de los medios electrónicos para encauzar la contratación o algunas de sus etapas y la necesidad de que se realicen las adecuaciones normativas que requieren las cuestiones que suscita la modalidad para brindar certeza y seguridad en punto a la equivalencia funcional de los actos electrónicos con los actos instrumentados con las formas tradicionales de la firma ológrafa y escritura en soporte papel).

Siendo así, la cuestión no se reduce a afirmar que “no era relevante la exigencia de la presentación en papel de la obra intelectual remitida digitalmente, pues la simple impresión de lo recepcionado cubre tal exigencia”, tal como afirma la parte actora para acreditar que su obligación fue cumplida.

De hecho, tal como se desprende de las actuaciones administrativas acompañadas, el expediente de la contratación se inició con la “propuesta” en soporte papel suscripta por la actora (fs. 3/6 del Expte. 002-3865/8); se le requirió que “aclarara su firma” (fs. 23); remitió la documentación personal exigida en soporte papel; el contrato fue realizado en soporte papel –fs. 35/37; con fecha 3/4/09, según sello de ingreso de Mesa de Entradas de la Legislatura, el actor –en soporte papel– realiza la presentación por medio de la cual solicita que “se le indique cómo continuar los trámites a fin de percibir los honorarios pactados”, considerando que “damos por sentado que nuestro informe ya ha sido aceptado” (fs. 1/2 del Expte. 005-11065/9); el pedido de “vista” de las actuaciones de fecha 4/8/09 también tuvo ingreso por Mesa de Entradas y Salidas de la Legislatura, cumpliendo las formalidades de la Ley 1284 (fs. 1 del Expte. 005-11191/9) y del mismo modo se efectuó la instancia recursiva (por presentaciones en soporte papel).

En este escenario, entonces, donde no puede considerarse que el accionante haya hecho entrega de un “documento final” de conformidad con los tiempos y términos del contrato suscripto y, tal es así que no se ha obtenido la conformidad necesaria de la persona habilitada en el contrato para verificar el cumplimiento de lo pactado, todo lleva a colegir que el pago de los honorarios derivados de dicho contrato resulta improcedente.

La obligación de presentar la obra comprometida, en el plazo comprometido (surgido de su propia propuesta) y la conclusión del contrato y cobro de sus honorarios de la forma en que fue pactada (que exigía la presentación de la factura dentro del plazo contractual) no pueden ser reemplazados por las diligencias o suposiciones unilateralmente adoptadas por el contratista.

Recuérdese que la contratación administrativa atiende a la satisfacción del interés público, razón por la cual el co-contratante de la Administración adquiere el carácter de colaborador de ésta y debe actuar con el máximo de diligencia en el cumplimiento de la finalidad tenida en cuenta al contratar, siendo las disposiciones contractuales de obligatoria aplicación para las partes.

Por todas estas razones, el rechazo de la demanda se impone.

No obstante, en cuanto a las costas, en consideración al análisis aquí efectuado en punto a la forma en que la demandada dio por finalizado el contrato, siguiendo los mismos lineamientos que se emplearon para examinar la conducta de la contratista (es decir la sujeción que ambas partes deben a las disposiciones contractuales), se justifica su imposición en el orden causado.

Es que, como quedara dicho anteriormente, si bien no se ha llegado a sobreponer el derecho de la actora a que se admita su pretensión de demanda, la conducta asumida por la Administración de cara a los supuestos de “resolución” contenido en la cláusula octava, pudieron crear el convencimiento del derecho que le asistía al accionante a litigar.

X.- Por lo expuesto, propongo al Acuerdo se rechace la demanda promovida por el Sr. Héctor Pérez Bourbon contra la Provincia de Neuquén, con imposición de costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el señor 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, y oído el Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por el Señor Héctor Pérez Bourbon contra la Provincia de Neuquén; 2º) Imponer las costas en el orden causado; 3º) Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta tanto se cuente con 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 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](#)

"BENITEZ JORGE GABRIEL ALEJANDRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1488/2005)

– Acuerdo: 109/15 – Fecha: 23/12/2015

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

LESIONES. POLICIA. DISPARO. ARMA DE FUEGO. AGENTE FUERA DE SERVICIO. INEXISTENCIA DE FALTA DE SERVICIO. RESPONSABILIDAD DEL AUTOR MATERIAL DEL DISPARO. INDEMNIZACION POR DAÑOS. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO MORAL. GASTOS MEDICOS. DAÑO EMERGENTE. COSTAS IMPOSICION DE COSTAS.

1.- Cabe hacer lugar a la acción procesal administrativa interpuesta contra el agente de la policía provincial, no así contra la Provincia de Neuquén, en una demanda en la que se pretende la reparación por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del actuar del mencionado agente policial, toda vez que si bien se demostró la autoría del agente codemandado de las lesiones producidas, efectuó los disparos que provocaron las lesiones, no fue acreditado en la sede penal que el agente se encontrara en funciones, esto es en el ejercicio del servicio de policía, como así tampoco que el arma con el que se efectuaron los disparos fuera la reglamentaria. Luego, en el caso, no se demostró que exista una falta de servicio en los términos del art. 1112 del C.C, de modo tal que pueda involucrar la responsabilidad del Estado Provincial, como así tampoco que el arma utilizada fuera propiedad de aquél, de modo tal que pudiera hallarse su responsabilidad bajo los términos del art. 1113 segundo párrafo, segunda parte, por lo que el autor material del disparo responderá por los daños y perjuicios ocasionados al actor en virtud de la responsabilidad civil por el hecho propio, contenida en el art. 1109 del C.C.

2.- En relación con los rubros por los cuales prospera la demanda, se determinan los



siguientes: a) lesiones físicas e incapacidad la suma de \$30.000; b) daño moral la suma de \$35.000; c) gastos médicos y daño emergente en su conjunto la suma de \$1.915. El total indemnizatorio asciende a la suma de \$66.915, imponiéndose las costas al demandado perdedor, por aplicación del principio objetivo de la derrota, y en relación con la coaccionada Provincia de Neuquén, a cargo de la actora.

Texto completo:

ACUERDO N° 109. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintitrés 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 Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "BENITEZ JORGE GABRIEL ALEJANDRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 1488/5, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo:

I.- A fs. 9/18 se presenta Jorge Gabriel Alejandro Benítez, por derecho propio y con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén y el Señor Jaime Francisco Bustamante.

Solicita se haga lugar a la indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del actuar del policía provincial Jaime Francisco Bustamante, el día 14 de octubre de 2001, por el monto de \$411.915 o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse en autos, con más los respectivos intereses y la imposición de costas.

Relata que en la fecha citada, alrededor de las 2:30 horas, se encontraba caminando junto a un amigo –José Ramón Valverde, por la calle Lago Espejo de la ciudad de Cutral Có, y al pasar por la vereda de una de las casas unos perros comenzaron a ladrar, por lo que apuran el paso, y en ese momento "sin aviso previo ni orden de detención en forma verbal, es agredido con un arma de fuego...", por Jaime Francisco Bustamante, quien le disparó desde atrás del paredón de su domicilio.

Frente a ello, afirma que ambos comenzaron a correr buscando escapar del peligro y salvar sus vidas, pero que sólo lo logró su compañero, quien pudo escapar, no así el aquí actor, a quien lo impactó un proyectil en su muslo izquierdo, con orificio de entrada desde atrás, rompiendo el fémur y provocándole graves lesiones.

Afirma que una vez en el suelo, fue reducido por el agresor, quien por su parte jamás dio a conocer su condición de agente de la policía.

Expone que, con posterioridad, arribó al lugar un móvil policial, cuyos integrantes los increparon y revisaron en forma brusca, para luego proceder a detener a su compañero, sin razón alguna.

Con posterioridad, transcurridos estimativamente unos 40 o 45 minutos arribó al lugar una ambulancia, que trasladó al actor al Hospital regional Aldo Maulu, donde permaneció cerca de una hora, para luego ser conducido al Hospital Castro Rendón de la ciudad de Neuquén, nosocomio en el que permaneció internado por el plazo de ocho días.

Enfatiza que su agresor, el policía Bustamante, se encontraba al momento del hecho con ropa de civil, que jamás dio la orden de alto y disparó contra él y su compañero a quemarropa y sin causa alguna.

Bajo el apartado V) brinda los fundamentos de la responsabilidad que les atribuye a los demandados.

En cuanto a la Provincia de Neuquén, sostiene que la misma -a través de la Policía Provincial- es la que instruye a su personal para defender a las personas físicas y sus bienes ante los ataques de la delincuencia, motivo por el cual resulta responsable directa del actuar negligente y criminal de sus dependientes.

Agrega que el demandado Bustamante utilizó para su proceder un arma reglamentaria perteneciente a la Policía Provincial, que le fue provista previo examen psicofísico.

Entiende que la responsabilidad de la Provincia encuentra fundamento jurídico en el art. 1113 del Código Civil.

En cuanto al restante codemandado, Bustamante, se le imputa responsabilidad con base en la culpa por ser el autor material del daño, en cuanto efectuó los disparos con su arma de fuego en una ocasión inapropiada, cometiendo un



abuso en el uso de la misma.

Este último supuesto de responsabilidad lo subsume en el art. 1109 del Código Civil.

Luego dedica los sucesivos capítulos a fundar los distintos rubros pretendidos, que cuantifica en forma genérica en la suma de \$411.915, y se componen de los siguientes: a) Daño emergente: que se compone de la vestimenta que llevaba puesta el día del hecho, y que según sostiene ha sido destruida, por lo que reclama la suma de \$1.000; b) Pérdida de Chance: afirma que perdió tres centímetros en el largo de su pierna izquierda, lo que le impide ingresar a cualquier empresa para trabajar, y como consecuencia de ello, se le produjo un menoscabo en las oportunidades laborales futuras, cuestión que se agrava por su corta edad. Cuantifica el rubro en la suma de \$220.000; c) Daño Moral: por este concepto reclama la suma de \$40.000; d) Daño psicológico: lo describe como un daño importante, tratándose de lesiones en el orden psíquico, provocadas por el desajuste lógico que se deriva de un acontecimiento como el sufrido.

Cuantifica el concepto en la suma de \$20.000; e) Dolores Padecidos: detalla una serie de dolores severos en su pierna izquierda y la cadera, a lo que agrega el uso de muletas para su traslado por más de tres años. Pretende por este rubro la suma de \$50.000; f) Lesiones Físicas: describe que ha sufrido secuelas permanentes e irreversibles que determinan una invalidez laborativa que estima en un 80% de la V.T.O, y cuantifica el rubro en la suma de \$ 80.000; g) Gastos de medicamentos: menciona los gastos en que debió incurrir en tales ítems a raíz del suceso, y cuantifica el mismo en la suma de \$915.

Sobre la totalidad de los rubros, solicita se adicionen los intereses correspondientes, costas y costos.

Para finalizar ofrece prueba, funda su petición en derecho y formula el petitório.

II.- A foja 76 y vta., por medio de la RI N° 5758/07 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario –fs.85-, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 104/105 se presenta Jaime Francisco Bustamante y contesta demanda.

En primer término realiza una negativa general y particular, para luego brindar su versión de los hechos.

Relata que el día 14 de octubre de 2001 entre las 2:15 a 2:30 horas al sentir ruidos en el patio de su vivienda, donde se encontraba estacionado un vehículo de su propiedad, advirtió la presencia de dos personas que intentaban abrir el rodado.

Afirma haber encendido la luz del patio y en forma inmediata salió dando la voz de "alto policía", frente a lo cual - siempre según su relato- los dos sujetos salieron corriendo, lo que motivó que disparara al aire dos tiros con la finalidad de amedrentarlos.

Luego, indica que solicitó la presencia de un móvil policial, el que arribó a los pocos minutos y aprendió a una de las personas, que se encontraba herida, lo que motivó la solicitud de una ambulancia.

En el contenido de su relato desconoce en forma expresa qué tipo de lesiones presentaba el actor, donde fue derivado para su atención y si fue intervenido con posterioridad.

Bajo otro apartado impugna los montos indemnizatorios reclamados, por resultar excesivos e improcedentes.

Para terminar ofrece prueba y peticiona el rechazo de la demanda.

A fojas 112/115 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de cumplir con la negativa de rigor, y desconocer la documental aportada por la actora, expone su versión de los hechos.

Parte de sostener que la decisión arribada en sede penal sólo alcanza a la materialidad del hecho, en cuanto a su encuadre típico, pero de ninguna manera a la relación de causalidad por la que es traída su representada a juicio, la que califica de inexistente.

Relata los hechos en la misma línea que lo hiciera el codemandado Bustamante, para luego agregar que este último es un funcionario activo de las fuerzas de seguridad, con lo que resulta irrelevante la voz de alto o identificación que el actor le reprocha, en tanto al momento del hecho el coaccionado no se encontraba en el ejercicio de su función pública, habiendo ejercitado su derecho constitucional de defensa.



Pretende que idéntico modo de razonamiento se aplique para analizar si la lesión que presentó el actor fue o no ocasionada por Bustamante, desde que poseyendo aquél permiso para la portación y uso de armas de fuego, "de haber sido el autor de un disparo que impactada a Benitez, este lo habría hecho en uso de un permiso legal y en circunstancias delictivas que lo justificaron".

Enfatiza que el caso no puede encuadrarse como un supuesto de responsabilidad objetiva del estado, sino que es la misma es refleja y está a cargo del demandante probar la ocurrencia del hecho y los extremos que la ley determina para la extensión de la responsabilidad.

Agrega a su cuadro de exposición que de los hechos probados surge manifiesta la responsabilidad de la víctima, en tanto fue sorprendida por el propietario de la cosa que intentaba robar.

Para concluir manifiesta su oposición a la prueba informativa solicitada, ofrece prueba y formula su petitorio.

V.- A fs. 127 y vta. se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 408.

A fs. 410/411 obra el alegato producido por la parte actora.

VI.- A fs. 414/417 y vta. dictamina el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda contra la Provincia de Neuquén, sin expedirse en relación con la responsabilidad del codemandado Bustamante en tanto no se encuentra comprometido el interés público.

VII.- A fs. 418 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- El actor pretende que se responsabilice por el hecho a la Provincia de Neuquén, en su carácter de "responsable civil directo de carácter objetivo", y por el otro, al autor material del hecho propiamente dicho, esto es el agente de la policía Jaime Francisco Bustamante.

De cara a ello, si bien la situación de cada uno de los accionados se encuentra conectada por distintos puntos, su abordaje jurídico se efectuará en forma separada, pues cada supuesto de responsabilidad involucra distintos aspectos a tener en cuenta, e incluso un diferente anclaje normativo.

VIII.1.- En relación con este último aspecto, sin dejar de reparar que, a partir del 1/8/15 ha entrado en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN), lo cierto es que no se advierte que en este caso ello posea alguna implicancia, toda vez que la situación ha quedado sujeta a la ley anterior (cfr. art. 7 del nuevo Código).

VIII.2.- Por una cuestión metodológica -con directa vinculación en la situación de ambos coaccionados-, corresponde analizar la influencia que proyecta la sentencia penal condenatoria dictada en la causa "Bustamante Jaime Francisco s/ Lesiones graves" (Juzgado de Primera Instancia Correccional, Expte. N° 1.764 año 2003, Folio N° 146), bajo el lineamiento del artículo 1102 del Código Civil, en las presentes actuaciones.

En dicho fuero, ya ha sido objeto de estudio la conducta desarrollada por el agente policial Jaime Bustamante, quien fue acusado y condenado por la comisión del delito de lesiones graves previsto por el artículo 90 del C.P., por el hecho acaecido el día domingo 14 de octubre del año 2001.

En efecto, la Jueza a cargo condenó a "JAIME FRANCISCO BUSTAMANTE... como AUTOR material y penalmente responsable del delito de LESIONES GRAVES (Art. 90 del Código Penal) a la pena de UN AÑO Y CUATRO MESES DE PRISIÓN DE EJECUCIÓN CONDICIONAL..."(Cfr. sentencia n° 104/04).

Dicha condena quedó firme, tal como surge del proveído obrante a fs. 256 de las actuaciones penales.

De esas constancias se concluye que las heridas producidas al actor e incluso la autoría material de las mismas por parte del codemandado Jaime Francisco Bustamante, se encuentran probadas, habiéndose identificado en sede penal al responsable, cuestión que se proyecta, como se adelantara, a las presentes actuaciones bajo los efectos del artículo 1102 del Código Civil.

No obsta a ello, el argumento defensivo ensayado por la codemandada Provincia de Neuquén, sobre la existencia de culpa de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad, desde que la misma no fue acreditada en sede penal, ni tampoco ha merecido prueba en las presentes.

El art. 1102 del Código Civil, regulaba, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el



damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce no todos, pero sí algunos, de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, Influencias del proceso penal sobre el proceso civil, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, Código Civil..., Ed. Hammurabi, T. 3-A, p.316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado.

Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, "Límites de la cosa juzgada penal" ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, "Buel c/Cía de Perforaciones Río Colorado", ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306).

Bien se ha dicho que "la jurisdicción no puede fraccionarse en compartimentos estancos, absolutamente independientes entre sí, de modo tal que un mismo hecho o un mismo acontecimiento pueda ser afirmado o negado y sus consecuencias jurídicas resueltas de distinta manera según el tribunal que lo examine. Ese concepto de unidad de lo jurisdiccional, engendrado en esencias jurídicas lógicas, tiene un fin con el que afronta la necesidad social de lo jurídico: el de concretar la seguridad como valor equiparable, en el ordenamiento positivo, al ideal de justicia; y ese valor exige que las soluciones del poder jurisdiccional sobre el mismo acontecimiento resulten, si no uniformes, por lo menos no contradictorias" (cfr. Creus, op. cit., p. 21).

En virtud de los lineamientos que preceden, resulta claro que en este juicio, está fuera de discusión la existencia de hechos típicos constitutivos del delito de lesiones graves y la culpa del agente Bustamante.

No obstante, no se encuentra acreditado en la causa penal, y por lo tanto no constituyen datos fácticos que deban tenerse por verificados en los términos del art. 1102 del C.C., que el Sr. Jaime Francisco Bustamante se encontraba en servicio al momento del hecho, como tampoco que el arma utilizada por éste fuera la brindada por la Institución Policial para el desempeño del servicio de policía, todas estas cuestiones que serán analizadas con mayor detenimiento seguidamente en la oportunidad de evaluar la responsabilidad que pudiera corresponderle al codemandado Estado Provincial.

Sobre esta base corresponderá abordar cada uno de los supuestos de responsabilidad planteados al inicio.

IX.- Con respecto a la responsabilidad que en el hecho se le endilga a la Provincia de Neuquén, el actor plantea distintas hipótesis.

Conforme surge del texto de demanda, entiende que el Estado Provincial es responsable por haberle provisto un arma a un policía –Bustamante–, sin que éste se encontrase debidamente capacitado; añade la hipótesis de una actividad irregular desplegada por el agente en el desempeño de sus funciones, atribuyéndole al Estado, en su carácter de principal, responsabilidad por el actuar negligente y criminal de un dependiente, lo que redundó en un incumplimiento efectivo del deber de seguridad.

También entiende que el Estado Provincial es responsable por su condición de propietario del arma utilizada en el hecho, a la que califica de "cosa riesgosa".

En definitiva, la responsabilidad que se le atribuye a la Provincia es la normada por los artículos 1112 y 1113 en su primera parte, y segundo párrafo segunda parte del Código Civil.

IX.1.- En primer lugar se analizará el supuesto de responsabilidad por "falta de servicio".

Cabe señalar que esta Sala Procesal Administrativa ha sostenido frente a supuestos que guardan cierta similitud con el



de autos, en cuanto involucran la responsabilidad del Estado por el actuar ilegítimo en el accionar de sus servicios de seguridad que no se encontraban en el cumplimiento del servicio, que puede existir responsabilidad estatal aun cuando el daño no derive del ejercicio de la actividad policial, si el mismo lo ha sido en "ocasión" de la función propia. En forma expresa se dijo:

"...aún cuando no se encuentra controvertido que la conducta desplegada por el agente ...resultó "ajena" a las actividades encomendadas como agente policial, el resultado dañoso derivó de la tenencia y utilización de un arma de fuego que fue provista en virtud de su función policial".

"La especial situación de autos –daño cometido en ocasión de la función policial- no permite soslayar la responsabilidad del Estado, en tanto el personal policial se encuentra, por imperativo legal, obligado a portar armas en forma permanente, aún cuando se encontrara de franco de servicio, siendo aquélla obligación fundada en su condición de policía de seguridad.".

"...Es decir, más allá que el daño no derive del ejercicio de la actividad policial, lo cierto es que el resultado fue consecuencia directa del disparo del arma reglamentaria que fue proporcionada por el Estado al agente en virtud de su función policial y, en virtud de lo cual, debe responder por el uso –mal uso o abuso- que se hiciera de ella.". (Cfr. Acuerdo N° 49/2013 "CEBRERO", de la Sala Procesal-Administrativa del TSJN).

La postura transcrita parcialmente en el precedente citado, se enrola en la línea que adoptó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre otros, en los conocidos fallos "Izaurrealde" (Fallos 322:2002) y "Cossio" (Fallos 327:5295).

Ahora bien, traídos tales conceptos al caso en análisis debe señalarse que si bien, como se marcó al inicio, se encuentra acreditado que las lesiones graves fueron provocadas por el disparo efectuado por el agente policial Bustamante, lo que no se encuentra probado es que el mismo se haya realizado con el arma reglamentaria, esto es con la entregada al agente por parte de la Institución Policial, como así tampoco que haya estado en el momento del hecho en cumplimiento del estricto servicio de policía.

En ese sentido, tal como dijera, no se pudo establecer que el arma utilizada fuera la oficial o reglamentaria.

En la causa penal, -agregada a los presentes- se da cuenta que sólo se secuestró un cartucho de escopeta calibre 28, pero sin que haya sido secuestrada arma alguna.

En la transcripción que se realiza en la sentencia penal de las distintas posturas sostenidas por las partes con relación al arma utilizada, se expresó que: "...El médico forense dijo que no se trataba de una 9 milímetros pero podría ser, que no lo descarta ni lo podría asegurar, no tenemos nada de la ropa y ni cuando se revisó a la víctima, es decir nada que nos diga que el arma agresora fue una 9 milímetros y que la misma sea de Bustamante...".

"Que en el ejercicio del derecho a réplica, la Sra. Agente Fiscal manifestó que... la falta de secuestro del arma y su posterior pericia no es falta de prueba excluyente, ya que está totalmente demostrado que Bustamante usó un arma de fuego, no se puede decir si fue 9 milímetros u otra, pero lo cierto es que correspondía a un calibre grande..." (Cfr. Sentencia obrante a fs. 244/254 de las actuaciones penales caratuladas: "Bustamante Jaime Francisco s/ Lesiones graves", Juzgado de Primera Instancia Correccional, Expte. N° 1.764 año 2003, Folio N° 146).

Por su parte, no arrojan un resultado distinto, ni aportan otros elementos que desvirtúen la línea señalada, las pruebas producidas en estas actuaciones –testimoniales y pericial médica-, de modo tal que permitan tener por acreditada la utilización del arma reglamentaria por parte del agente codemandado Bustamante.

A modo de síntesis, puede afirmarse que las lesiones graves sufridas por el actor fueron ocasionadas –conforme condena penal firme- por el agente policial Jaime Francisco Bustamante, sobre el que no ha sido probado que se encontrara en servicio al momento del hecho.

Y si bien este Cuerpo, en determinadas circunstancias, ha condenado al Estado Provincial en supuestos en los que el agente no se encontraba en servicio, lo cierto es que en tales casos el mismo había empleado para ocasionar el daño el arma reglamentaria otorgada por la Policía Provincial.

Por el contrario, aquí no se da ninguna de las dos circunstancias, pues ni de las actuaciones penales ni de las constancias documentales y prueba existente en este expediente surge que el Sr. Bustamante al momento del hecho se encontrara desempeñando el servicio de policía, como tampoco que el arma utilizada para provocar las lesiones



graves, por las que se reitera fue condenado en sede penal, haya sido la reglamentaria otorgada para su función por la Policía Provincial.

Las circunstancias expuestas sellan la suerte del planteo en cuanto se persigue la adjudicación de responsabilidad al Estado Provincial, tanto sea en la órbita del artículo 1112 del Código Civil, bajo la conocida teoría de la "falta de servicio", como también con relación a los supuestos contenidos en el artículo 1113 del mismo cuerpo normativo.

Por lo expuesto, sin perjuicio de la responsabilidad personal que pudiera caberle al agente Bustamante, la acción debe ser rechazada contra la Provincia de Neuquén.

X.- El actor también acciona contra el Sr. Jaime Francisco Bustamante, y lo hace en su carácter de autor material del daño.

En su relato describe la responsabilidad del mismo como subjetiva, en tanto fue su accionar el que provocó el daño, además de señalar su conducta como negligente e imperita por haber efectuado disparos con su arma en una ocasión inapropiada y totalmente equivocada.

Subsume la conducta responsable en el art. 1109 del Código Civil, que regula la responsabilidad por el denominado hecho propio.

Dicha norma, cuyo contenido regula el factor subjetivo de imputación por el cual el autor de un daño debe responder, dispone que: "Todo el que ejecuta un hecho, que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, está obligado a la reparación del perjuicio. Esta obligación es regida por las mismas disposiciones relativas a los delitos del Derecho Civil...".

Para poder determinar si existe en el caso efectivamente responsabilidad subjetiva del agente Bustamante en los términos citados, debe analizarse si se dan los requisitos propios de ese supuesto de responsabilidad.

Colocados en el ámbito del derecho civil, la corriente tradicional exige la presencia de cuatro elementos a efectos de otorgar este tipo de responsabilidad: a) existencia de un daño causado; b) la antijuridicidad del acto, es decir la infracción a un deber jurídico de conducta impuesto por la ley; c) relación causal adecuada entre los requisitos anteriores; y d) la imputación al autor de ese hecho a través de un factor de atribución.

Tal como se analizará, los extremos señalados se encuentran reunidos en el presente caso: así, de acuerdo al orden propuesto, resulta indiscutible la existencia del daño, consistente en la grave lesión sufrida por el actor en su pierna izquierda, de la que da cuenta la prueba pericial médica obrante a fs. 371/372.

En cuanto al hecho productor, éste aparece claro desde la proyección que ejerce la sentencia penal en estas actuaciones, habiéndose determinado allí la materialidad del hecho, que concretamente consistió en el disparo ejecutado por parte del coaccionado Bustamante, contra el actor.

La conducta antijurídica imputada a la demandada tampoco presenta mayor complejidad, en cuanto la misma se encuentra contenida tanto en la fórmula general del deber de no dañar –cfr. Art. 19 de la Constitución Nacional–, como específicamente en el art. 1086, en cuanto se refiere al delito de lesiones:

"Si el delito fuere por heridas u ofensas físicas, la indemnización consistirá en el pago de todos los gastos de la curación y convalecencia del ofendido, y de todas las ganancias que éste dejó de hacer hasta el día de su completo restablecimiento".

En el mismo sentido se suman el ya mencionado art. 1109, y los artículos 1068, 1077, 1078 y concordantes del Código Civil.

Otro requisito que se impone es la existencia de una relación de causalidad adecuada (art. 906 CC), que será aquella que media entre el daño ocasionado y el antecedente que lo produce en forma normal, según el curso ordinario y natural de las cosas.

Aquí, la conducta adoptada por parte del agente Bustamante, en cuanto ejecutó el disparo contra el actor, cuestión suficientemente abordada y probada en las actuaciones penales, se presenta como la causa adecuada del daño en la medida en que su ejecución provocó la posibilidad del acaecimiento del hecho dañoso, lo que además resultaba previsible para su ejecutor.

A ese análisis se agrega que no ha sido demostrado, -sumado a que sólo fue sintéticamente planteado por la



codemandada Provincia de Neuquén-, la existencia de algún supuesto que tuviera entidad como para provocar la ruptura del nexo causal, en los términos de la última parte del párrafo segundo del art. 1113 del Código Civil.

Para finalizar, resta abordar el factor de imputación que debe aplicarse al caso en cuestión. En efecto, tal como se ha señalado desde el inicio del apartado, y en consonancia con los términos en los que fuera formulada la demanda contra el Sr. Bustamante, el factor de atribución de responsabilidad aplicable es el subjetivo, determinado por la regla general contenida en el art. 1109 de nuestro Código Civil.

Tal como se desprende del análisis efectuado, el elemento central de prueba en el que encuentra fundamento la culpabilidad del coaccionado, es lo obrado en la causa penal, que conforme las razones que expusiera, es suficiente para sustentar la idea de culpa generadora de responsabilidad.

A modo de síntesis es importante remarcar que, a poco que se analicen los hechos acaecidos, no se encuentra controvertida la materialidad del hecho, en cuanto está plenamente probado que el día 14 de octubre de 2001 aproximadamente a las 2:30 hs. el actor fue agredido por disparos de arma de fuego efectuados por el codemandado Bustamante, situación en la que lo impactó un proyectil en un glúteo, que sale por la cara anterior del muslo, provocándole lesiones de carácter grave. (Cfr. Fs. 245 vta. y 246 "CONSIDERANDO: MATERIALIDAD DEL HECHO:...", contenidas en la causa penal antes citada).

En virtud de los lineamientos expuestos resulta claro que, en este juicio está fuera de discusión la existencia de hechos típicos constitutivos del delito de lesiones graves y la culpa del agente Bustamante –aspecto ya reconocido en el proceso penal-, todo lo cual se traduce en este caso en la inexcusable responsabilidad civil a cargo de aquél.

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la acción entablada contra el Sr. Jaime Francisco Bustamante, quien deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados al actor, con el alcance que se determine para los rubros reclamados.

XI.- Encontrándose configurados los recaudos de orden genérico que deben concurrir para la procedencia del reclamo, sólo resta determinar la cuantía del resarcimiento.

Cabe recordar que el actor pretende la suma de \$ 411.915, la que distribuye en los siguientes rubros: a) Daño emergente: \$ 1000; b) Pérdida de Chance: \$ 220.000; c) Daño Moral: \$ 40.000; d) Daño psicológico: \$ 20.000; e) Dolores Padecidos: \$ 50.000; f) Lesiones Físicas: \$ 80.000; g) Gastos de medicamentos: \$ 915.

Sobre la totalidad de los rubros, solicita se adicionen los intereses correspondientes, costas y costos.

El análisis de los rubros propuestos se iniciará en primer orden por aquellos de neto corte patrimonial, para luego abordar aquellos de corte extrapatrimonial.

XI.1.- El actor solicita en forma autónoma los rubros "lesiones físicas" y "pérdida de chance".

No obstante, considerando los fundamentos que utiliza para su procedencia, y a los fines de evitar una duplicidad en la reparación, corresponde que los mismos sean tratados en forma conjunta, con las aclaraciones que a continuación se expresan.

Con relación al reclamo por lesiones físicas e incapacidad, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (FALLOS: 315:2834; 322:2002; 326:1673; 330:563, entre otros).

Por lo tanto, para evaluar su resarcimiento y siguiendo el criterio expuesto por la CJSN, no resulta necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco deben ser aplicados los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo que aunque, puedan resultar útiles como pautas de referencia, debe conjugarse con la ponderación de otros factores como las circunstancias personales de quien ha resultado damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (cfr. Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563).

En su escrito de demanda el actor sostiene, que como consecuencia del disparo que sufriera, su pierna izquierda perdió aproximadamente tres centímetros de largo, lo que le ocasiona una invalidez permanente, con una pierna más



corta que la otra, y la pérdida de oportunidades laborales para el futuro.

En cuanto a la posibilidad de desempeñarse en trabajos varios, afirma que ha sufrido un perjuicio permanente en lo que le queda de vida, considerando que al momento del hecho tenía 20 años y que le faltarían 35 para la obtención de una jubilación común e integral (cfr. Fs. 86 y vta., Pto. VII "PERDIDA DE CHANCE").

Luego, en la oportunidad de referirse a las lesiones físicas, afirma que las producidas se tratan de "secuelas permanentes e irreversibles, que le determinan una INVALIDEZ LABORATIVA DE TIPO TOTAL y PERMANENTE", que estima en un 80 por ciento de la V.T.O.

Sostiene que las lesiones sufridas le causaron menoscabos de todo tipo, pero "... principalmente le ha impedido obtener su propio sustento."

Dice que: "Las lesiones sufridas deben ser cuantificadas por V.S. de conformidad a la gravedad de las mismas, y principalmente si las heridas sufridas pusieron en riesgo su vida y su lógica proyección para futuro por el ilícito de autos..."

En cuanto a la entidad del daño, sostiene que: "Según lo demuestro con las placas radiográficas que a la presente se adjuntan como prueba, el proyectil impacta sobre el fémur de la pierna izquierda, provocándome el molido de la misma. Por ello, debieron colocarme una placa de metal con sus correspondientes tornillos, los que por supuesto son de considerable tamaño" (cfr. Fs. 89 vta. y 90, Pto. VII "LESIONES FÍSICAS").

Con relación a las constancias probatorias obrantes al respecto, cobra entidad el informe pericial médico agregado a las actuaciones, que fuera realizado por el Dr. José Adolfo Bello, en su carácter de médico legista.

Realiza una descripción del informe producido por el Dr. David Martín en las actuaciones penales -a fs. 22-, donde sucintamente describe que: "... el Señor Benítez presenta impotencia parcial del miembro inferior izquierdo, en su cara externa se observa herida de 25 cm. de longitud en sentido vertical, con puntos de sutura intercalados. Otras dos de similares características, de 1 cm. de diámetro, circular y bordes irregulares, una en la cara anterior, línea media y tercio superior del muslo y otra en la región glútea superior medio... A fs.88, informe del Dr. Tubalcain Eduardo Fernández, médico forense de la II.ª Circunscripción Judicial, donde describe que el disparo fue de atrás hacia adelante, no hubo peligro de vida y las lesiones revisten carácter grave..."

Luego, efectúa las consideraciones médicos legales, en cuya prieta síntesis expuso que: "El actor... recibió una agresión con arma de fuego en la región subglútea izquierda de su cuerpo con salida por delante del mismo bajo la región inguinocrural homónima. Por su consecuencia sufrió la fractura del cuello de hueso fémur en forma conminuta (gran cantidad de muy pequeños fragmentos), por lo cual debió extraérsele esa masa informe de tejido óseo no útil y ello llevó a efectuar la reducción y síntesis con acortamiento final del hueso y del miembro inferior izquierdo. Existe de tal forma disminución de masas musculares, trofismo y de la fuerza consecuente en ese miembro, así como limitación importante de los movimientos articulares de esa cadera, acortamiento del miembro y cojera. Se considera que tiene una incapacidad del 40% (cuarenta por ciento)". (Cfr. Fs. 371/372).

En la oportunidad de dar respuesta a los puntos -o preguntas- propuestas para la pericia, el experto señala lo siguiente: (i) en cuanto a la reversibilidad o irreversibilidad de las lesiones padecidas, indica que: "podrá mejorar parcialmente en cuanto a las funciones del miembro, pero las secuelas son irreversibles"; (ii) frente a la determinación del porcentaje de incapacidad que sufre el actor y la posibilidad de invalidarlo para el desarrollo de algún tipo de actividades, expone que: "...tendrá limitaciones en todas las actividades físicas que sea necesario el uso del miembro inferior izquierdo"; (iii) frente al interrogante acerca de la existencia de un riesgo de pérdida de la vida del actor, determina que: "No la hubo, desde el aspecto médico legal"; (iv) frente al planteo si ante un examen médico pre ocupacional el actor puede ser apto o no, en qué medida para realizar todo tipo de tareas, expuso que: "...no lo será para todo tipo de tareas, sino en aquellas que no deba ser exigido físicamente en la zona de minusvalía de su cuerpo"; (v) frente a la petición de determinar qué elementos metálicos se debieron implantar al actor, el tiempo que los deberá usar y que elemento extraño se ha alojado en la pierna del actor como consecuencia de los disparos con arma de fuego, afirmó que: "Los elementos extraños son los materiales de síntesis utilizados para el tratamiento quirúrgico de la fractura, placas y tornillos de metal inerte al cuerpo humano."



El tiempo es impredecible, pueden portarse de por vida, salvo que, como ocurre excepcionalmente, exista intolerancia y entonces sí deben ser retirados".

Concluye en su informe que a consecuencia del impacto de bala sufrió "...como única lesión importante la fractura conminuta del cuello de hueso fémur. Debió ser intervenido quirúrgicamente con la síntesis del hueso con la colocación de una plaqueta y tornillos metálicos que la fijarán, se le extrajo material óseo, con la disminución de la longitud de cuello y acortamiento consecuente del miembro inferior izquierdo en su totalidad. Se considera que porta una incapacidad del 40%...".

Luego, sólo la coaccionada Provincia de Neuquén impugnó a fs. 376 la pericia médica, en el entendimiento que la incapacidad determinada por el perito no es cierta ni veraz, en tanto omite el experto explicar en detalle los baremos y métodos utilizados para cuantificar el porcentual al que arriba, en contradicción con lo dispuesto por el art. 474 del C.P.C.C.

Por su parte, los testimonios brindados en las actuaciones son contestes en señalar que el actor presenta como secuela permanente una deficiencia en su marcha.

En este sentido, fs. 337 obra el testimonio de José Ramón Valverde, quien con relación al actor afirma que: "Yo lo veo mal, le quedó una pierna más corta que la otra, quedó rengu, para trabajar no sirve más, de ser un pibe normal pasó a ser un pibe que no puede trabajar como antes", "Habría estado unos dos años porque tuvo que empezar con muletas, después con bastón, hasta que pudo caminar rengueando"; a fs. 353 obra el testimonio de Juan Carlos Martínez, médico, quien en su novena respuesta afirma que: "presenta una claudicación dolorosa en la marcha como secuela permanente"; a fs. 354 obra el testimonio de Gerardo Daniel Navarrete, quien afirma que el actor, luego del suceso: "Quedó rengu, clínicamente no sé, sé por verlo", "Yo calculo que le dieron incapacidad porque está rengu".

El repaso efectuado permite tener por acreditadas ciertas lesiones sufridas por el actor, las que además le provocaron una incapacidad, que éste estimó en un 80% de la V.T.O.

Por su parte, el informe médico obrante en estas actuaciones determina que la misma es de un 40%.

Frente a ello, no pasa inadvertido que el porcentaje de incapacidad determinado por el informe médico resulta cuanto menos infundado, en tanto no se advierte que el experto haya cumplido la regla contenida en el art. 474 del C.P.C y C., que exige "...la explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde..."

En efecto, si bien el informe pericial fue objeto de impugnación sólo por parte de la coaccionada Provincia de Neuquén, lo cierto es que el galeno ha sido renuente en indicar el baremo utilizado para la determinación de la incapacidad estimada.

La falta de fundamentos existente en el informe pericial al momento de determinar el porcentaje de incapacidad asignado, hace perder de vista que, lo que aquí se persigue es la determinación de la "incapacidad sobreviniente" que el hecho generó en el actor.

Es que, en definitiva, lo que verdaderamente interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria en el caso de la incapacidad sobreviniente, es determinar la medida en que la disfunción repercutirá en la situación de la víctima.

Así, se estima apropiado morigerar el porcentaje de incapacidad que fuera determinado por el perito médico actuante, a cuyo fin se fija el mismo en un 30%, como una proporción razonable que contempla las secuelas anatómo-funcionales permanentes e irreversibles que importa para el actor esta lesión.

En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que al momento del evento tenía 19 años (fs. 21 de las actuaciones penales) y era soltero.

Respecto a la ocupación y remuneración cabe recordar que la carga en orden a aportar y acreditar tales extremos se encuentra a cargo del actor, no existiendo elemento alguno que certifique que el Sr. Benítez trabajaba al momento del hecho, ni donde lo hacía, ni cuanto percibía por tales tareas.

No obstante, frente a tal extremo esta Sala, con distinta composición, ha adoptado como un criterio que dote de razonabilidad al decisorio, la utilización como base de cálculo del salario mínimo, vital y móvil vigente al momento en el que se produjeron los daños (cfr. Ac. 79/12 del registro de la Sala Procesal Administrativa del TSJN).



En consonancia con ellos, se ha dicho que: "Cuando la víctima incapacitada no ejercía o no acredita el ejercicio de una actividad lucrativa (caso de la persona circunstancialmente sin ocupación) o es totalmente incierto el monto de los ingresos percibidos en la que se desempeñaba, o bien se trata del cómputo del lucro cesante futuro de un menor sin formación especializada o situaciones análogas, se recurre en nuestra jurisprudencia al parámetro del salario mínimo, vital y móvil para el cálculo de la indemnización. La solución se justifica porque éste constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde en el mercado laboral, y desde que la adopción de una pauta más significativa tendría un valor conjetural, pudiendo pecar por exceso" (Matilde Zabala de González, "Resarcimiento de daños" T.2 Ed. Hammurabi 1996-530).

Es por ello que, considerando como monto de ingreso estimado la suma de \$ 250, el porcentaje de incapacidad, la edad del actor, la merma de las aptitudes físicas, y tomando como base parámetros establecidos por la fórmula matemática financiera corregida en función de las circunstancias concretas del caso, en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C. y C., corresponde fijar prudencialmente por este rubro la suma de \$30.000.

Dicho ello, respecto a la pretensión de resarcir la "frustración de chance", es preciso señalar que, más allá de las estimaciones o proyecciones futuras que puedan realizarse respecto a las posibilidades del actor de obtener beneficios ulteriores –que fueron además ponderadas para acordar la suma estimada en el párrafo anterior- no existen pruebas concretas sobre la existencia, posibilidad u oportunidad cierta, de alcanzar una ventaja que fuera frustrada por el acto lesivo (cfr. Acuerdo N° 51/2013 "Riquelme", pto. XIV).

XI.2.- El actor integra su reclamo patrimonial con los gastos ocasionados por el accidente, los que estima en \$ 915, y el daño emergente causado por la pérdida de las mudas de ropa que el día del accidente llevaba puestas, que presupuesta en \$1.000.

En cuanto a los primeros, los limita a las erogaciones que afirma tuvo que realizar en forma necesaria como consecuencia de los hechos relatados.

En primer lugar, cabe recordar que si bien los gastos ocasionados por la atención médica no necesitan de una prueba concluyente en razón de su absoluta necesidad y de la dificultosa obtención de esos medios probatorios, deben guardar adecuada relación con el accidente sufrido, magnitud de las lesiones producidas y tratamiento a que debió ser sometida la víctima, de manera que resulte verosímil su desembolso, correspondiendo acceder en ese caso a su reclamo, sin que obste a ello la asistencia hospitalaria, dado los gastos que debe soportar el enfermo durante su asistencia en el nosocomio y su posterior tratamiento de recuperación. Por ello, no es necesaria la presentación de recibos o facturas, bastando que guarden relación con las lesiones que presentan las víctimas, quedando sus montos librados al prudente arbitrio judicial (cfr. Daray, Hernán, "Accidentes de Tránsito", Ed. Astrea, p.470).

Ahora bien, dicha concesión -la innecesidad de su prueba- tiene su fundamento en la naturaleza del perjuicio, que tal como lo señala la doctrina citada, hace sumamente dificultosa su prueba y la correlación entre los gastos realizados y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas, así como también el tratamiento que el médico aconseja realizar, todos éstos extremos que sí requieren ser probados.

En ese contexto, el monto reclamado por los medicamentos que afirma haber erogado, debe ser resarcido por la suma de \$915.

También reclama, bajo el rótulo de "daño emergente", una suma en concepto de la ropa que vestía el día del suceso y que según su versión la misma le fue secuestrada y luego destruida.

En tal sentido, de la constatación del acta de secuestro obrante en las actuaciones penales, surge que, efectivamente, con fecha 14-10-2001 se procedió al secuestro de "...un buzo tipo polar verde militar..., buzo celeste, remera blanca..., par de zapatillas... y pantalón buzo gris con blanco..., todo ello perteneciente al lesionado Benítez Gabriel..." (Cfr. fs. 10 del Expediente Penal Nro. 1.764-2003).

Por su parte, en el punto V de la sentencia penal, obrante a fs. 244/254 vta. se dispuso la destrucción del material oportunamente secuestrado en esas actuaciones.

En consecuencia, el rubro pretendido también será procedente por el monto pedido, esto es la suma de \$ 1.000.

Para concluir, el rubro por gastos y daño emergente, que ha sido tratado en forma conjunta, procederá en su totalidad



por la suma de \$1.915.

XII.- En el ámbito de los rubros extapatrimoniales, la actora pretende la reparación del daño moral, el daño psicológico y un rubro por dolores padecidos.

En primer lugar cabe determinar si el rubro que se reclama bajo el rótulo de "dolores padecidos", posee una autonomía suficiente, de modo tal que pueda ser indemnizado como tal, o por el contrario se encuentra incorporado en alguna de las otras categorías o rubros pretendidos.

De la fundamentación que utiliza el actor para la procedencia del rubro, pone el énfasis en los "severos dolores" que padece en su pierna izquierda, a lo que agrega los clavos y pernos que tuvieron que ser colocados en su pierna y cadera.

Agrega que "está debidamente aceptado que el dolor o padecimiento que sufre la víctima de un accidente o para el caso de estudio un disparo de arma de fuego... conlleva un rubro indemnizable que los demandados están obligados a resarcir, rubro indemnizatorio independiente...".

También sostiene como otro argumento que enfatiza la procedencia del rubro, que "a simple vista la pierna izquierda quedó más corta que la otra, de feo aspecto a la vista".

Cabe adelantar que la procedencia del rubro en forma independiente –de otros rubros-, tal como se pretende no puede tener acogida favorable.

En este sentido, la base desde la cual el actor afirma que se encuentra debidamente aceptada la autonomía de un rubro como el que pretende, no es tal.

En punto a la autonomía de algunos rubros indemnizatorios, esta Sala, en la oportunidad de analizar la procedencia del rubro "daño estético", puso énfasis en el peligro de fijar una doble indemnización por el mismo daño que ello puede conllevar, pronóstico que resulta de aplicación al caso, en tanto el peligro señalado –más allá de la diferencia entre ambos rubros-, resulta idéntico (cfr. Acuerdo 27/2014).

A ello se agrega que, el segundo argumento que utiliza el actor, en cuanto señala el negativo aspecto que a la vista genera la asimetría que le quedó entre sus miembros inferiores, se condice más con la eventual fundamentación de un "daño estético", que el rubro en cuestión.

En definitiva, los señalados dolores severos que el actor debió soportar como consecuencia del siniestro del que ha sido víctima, se ponderan dependiendo de su naturaleza, dentro de los rubros patrimoniales ya abordados, o en su caso, dentro de los rubros extrapatrimoniales que a continuación se analizarán.

XII.1.- El actor integra su reclamo con la pretensión de un Daño Moral por la suma de \$40.000, y un Daño psicológico que estimó en \$20.000.

Con respecto al daño moral, cabe adelantar la procedencia del mismo.

En términos generales, el daño moral se configura cuando existe lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad o la seguridad personal. En la medida en que se lesionan los bienes más preciosos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser.

Como es sabido, el daño moral puede, en ciertos casos, requerir prueba y en otros, resultar in re ipsa, toda vez que el art. 1078 del Código Civil no contempla lo referente a las formas de acreditarse el daño moral sino el concepto del mismo (cfr. Ac. 772/01).

Desde este vértice, el rubro resulta procedente, debiendo tenérselo por configurado con la sola producción del evento dañoso.

Ello así, toda vez que por las características de las lesiones padecidas por el Sr. Benítez que, a tenor de los peritajes efectuados, altera su aspecto funcional e incluso estético habitual, sumado a la impotencia, angustia y sufrimiento de haber padecido un daño injusto, hacen presumir la afectación inevitable de los sentimientos del demandante.

El violento hecho vivido por el actor y la disminución física padecida, han sido para él fuente de aflicciones espirituales, todo lo cual justifica el resarcimiento perseguido.

En efecto, las características de la lesión sufrida, de la que dan cuenta los peritajes médicos y psicológicos, permiten representar la angustia padecida, a lo que cabe agregar la certeza de que se trata de una lesión irreversible, son



circunstancias que deben insoslayablemente ser ponderadas en tanto implican una profunda lesión para el actor. Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C. y, tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$35.000.-

Resta analizar el "daño psicológico", que fuera pretendido por el actor como un rubro autónomo.

En primer lugar cabe recordar que este Cuerpo, en anterior composición, luego de señalar la ausencia de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en torno al tratamiento a acordar al daño psicológico o psiquiátrico, analizó la procedencia del rubro daño psicológico unitariamente con el daño moral, sin perjuicio de tomar en consideración, a ese fin, los daños a la integridad psicofísica del demandante (cfr. causa "Palacios" Ac. 772/01).

En el presente caso a fs. 267/269 obra la pericia psicológica realizada por el profesional Casin, mediante la cual el experto determina el grado de incapacidad en un 20 a 30%, según el baremo de la A.M.A., pero sin que califique a los trastornos, secuelas y síntomas como permanentes.

Acorde con ello, en los términos que ha sido elaborado el informe técnico, la afección psíquica que de allí surge habrá de ser ponderada a los efectos de redimensionar la indemnización que debe reconocerse en el ámbito de lo extrapatrimonial; así, la falta de reconocimiento como rubro autónomo no significa que la lesión no sea indemnizada sino que, por el contrario, proyecta sus efectos y repercute como un factor de intensificación del daño moral resarcible a fin de computar debidamente la gravedad espiritual que representa para el sujeto el menoscabo de la normalidad psíquica como consecuencia del hecho.

En definitiva, el suceso que dio origen a los presentes importó para el actor un episodio traumático, inesperado, teñido de dramatismo que le acarreó inevitables padecimientos y angustias originando un menoscabo espiritual cuya reparación no puede dejar de reconocerse, del modo que ha sido contemplada en la oportunidad de analizarse el rubro correspondiente al daño moral.

Con relación al tratamiento psicológico que el perito recomienda, el mismo no fue expresamente peticionado en la demanda, por lo que no integra la indemnización.

XIII.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de \$66.915.-

Dicho importe devengará, desde la fecha del siniestro (14-10-01) hasta el 01-01-08, el interés correspondiente a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia de Neuquén y, a partir de esa fecha hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

Las costas del pleito se imponen, con relación a la parte demandada perdidosa -Sr. Jaime Francisco Bustamante- a cargo del vencido, por aplicación del principio objetivo de la derrota.

En cuanto a la Provincia de Neuquén, las mismas se imponen a cargo de la actora perdidosa (art. 68 C.P.C.y C. y 78 Ley 1.305). TAL MI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por JORGE GABRIEL ALEJANDRO BENÍTEZ contra JAIME FRANCISCO BUSTAMANTE, CONDENANDO a este a abonar al actor la suma de pesos sesenta y seis mil novecientos quince (\$66.915.-), con más los intereses que surgen del considerando XIII, e imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 2º) RECHAZAR la demanda interpuesta con relación a la PROVINCIA DE NEUQUEN, e imponer las costas a la actora (art. 68 del C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad de contarse con la respectiva planilla de liquidación; 4º) 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 TOMÁS KOHON - DR. OSCAR E. MASSEI
Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria



Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"SALERNO SERGIO ANTONIO C/ DISTROCUYO S. A. Y OTRO S/ DESPIDO" – Tribunal Superior de Justicia
– Sala Civil – (Expte.: 42/2012) – Acuerdo: 01/16 – Fecha: 17/02/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

CASACION. RECURSO DE NULIDAD EXTRAORDINARIO. OMISION DE CUESTION ESENCIAL. DESPIDO. COMPUTO DE LA ANTIGUEDAD DEL TRABAJADOR. TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO. EFECTOS. PENDIENTE QUE TRABAJO PARA ANTERIORES CONTRATISTAS. SERVICIO DE MANTENIMIENTO ELECTRICO. LICITACION. INAPLICABILIDAD DE LOS EFECTOS DE LA TRANSFERENCIA DEL ESTABLECIMIENTO. INDEMNIZACION. ANTIGUEDAD. RECHAZO PARA EL CALCULO INDEMNIZATORIO.

1.- Es procedente el Recurso de Nulidad Extraordinario invocando la causal de omisión cuestión esencial -Art. 18º de la Ley 1.406-, en lo concerniente a la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones, de la sentencia de la Cámara de Apelaciones que revoca el decisorio anterior en lo que respecta a la condena al Ente Estatal -E.P.E.N- al considerar aplicable el Ar. 2º de la L.C.T y lo confirma en lo atinente al encuadramiento convencional, puesto que la judicatura de Alzada cuando confirma la sentencia de grado en la pretensión seguida, nada dice sobre la cuestión referida a la antigüedad del accionante que –justamente- fue motivo de agravio en tanto se pugnaba por la modificación de ese decisorio. Y, esta cuestión integra los capítulos básicos llevados a conocimiento del Tribunal. Es que, si se coteja el escrito de demanda y la contestación por parte de la demandada, la cuestión relativa al cómputo de la antigüedad forma parte de las pretensiones controvertidas en autos que requieren de decisión. De ahí, que la falta de tratamiento de este tópico que oportunamente fue debatido por las partes constituye una incongruencia por omisión (decisión citra petita).

2.- El principio de congruencia consiste justamente en la correlación que debe haber entre las pretensiones de las partes (comprendidas de las oposiciones) y la sentencia y su quebrantamiento es revisable en ulterior instancia por la vía del recurso de nulidad.

3.- Conforme lo dispone el Art. 21 del ritual, corresponde dictar un nuevo pronunciamiento, mas sólo con relación al punto preterido y que produjo el acogimiento del remedio de nulidad extraordinario, es decir, el cómputo de la antigüedad del trabajador. De autos surge que la sentencia de grado tuvo por acreditada la continuidad de las tareas cumplidas por el actor para diferentes



empresas contratistas del Ente Público Estatal. La pregunta es: ¿estamos en la hipótesis de transferencia regulada por la L.C.T. con las consecuencias que ello genera? Así planteada la cuestión, es dable observar que la continuidad de la actividad cumplida por diferentes empresas –empleadoras del actor- a favor del Ente Provincial de Energía del Neuquén, resulta insuficiente para sostener que ha operado la transferencia en los términos del Art. 225 y sgts. de la L.C.T. Por tanto, mal puede imputársele las consecuencias del instituto, como es la obligación de reconocer la antigüedad adquirida en las empresas que la precedieron en la concesión adjudicada por licitación pública. Consecuentemente, se propicia acoger el recurso de apelación interpuesto por la demandada, en el aspecto analizado, y revocar lo decidido en Primera Instancia sobre este tópico en cuanto toma en consideración, para el cálculo de la indemnización por antigüedad, los servicios prestados por el actor para otras empresas contratistas del E.P.E.N.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 01. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los diecisiete (17) días de febrero de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E. MASSEI 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: "SALERNO, SERGIO ANTONIO C/ DISTROCUYO S.A. Y OTRO S/ DESPIDO" (Expte. Nro. 42 - año 2012) del Registro de la Actuaría.

ANTECEDENTES: A fs. 474/523 vta. la demandada –DISTROCUYO S.A.- interpone recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería, de la ciudad de Neuquén –Sala III-, obrante a fs. 449/454, que confirma el decisorio de primera Instancia que hizo lugar a la demanda interpuesta en su contra.

Corrido el traslado de ley, la actora los contesta a fs. 534/535. Solicita, se desestimen los recursos deducidos, con costas. A fs. 541/543 vta., por Resolución Interlocutoria N° 192/13 este Cuerpo solo declara admisible el recurso de Nulidad Extraordinario, no así el de Inaplicabilidad de Ley.

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: I) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? II) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor RICARDO T. KOHON dice:

I. Que a los fines de lograr una mejor comprensión de la materia traída a estudio, realizaré una síntesis de los antecedentes relevantes para la resolución del recurso.

1) A fs. 2/14 vta., el actor promueve demanda contra DISTROCUYO S.A y el E.P.E.N., con el objeto de percibir diferencias salariales –fundadas en el erróneo encuadramiento convencional- y las indemnizaciones derivadas del despido, las contempladas en las Leyes 24.013, 25.561, 25.323. A la vez, reclama la entrega de las certificaciones contempladas en el Art. 80 de la L.C.T.

En lo que aquí interesa, dice que a partir de septiembre de 1993 trabajó en forma ininterrumpida y realizando las mismas tareas, para diferentes empresas contratistas del E.P.E.N. que tenían a cargo el mantenimiento de líneas de alta tensión mediante concesión otorgada por licitación pública.

Así, prestó servicios dependientes para la empresa SINCO S.A., INYCOS S.R.L., IATE S.A., ELECTRO INGENIERÍA S.A. y



ELEC NOR S.A. Que, el 14 de julio del 2000 se transfirió a todo el personal –incluido el actor- a la empresa DISTROCUYO S.A., que fue su empleadora hasta la extinción del contrato laboral decidida por su parte a través de un despido indirecto.

Invoca la solidaridad del E.P.E.N en los términos del Art. 30 de la L.C.T. ante la omisión de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales de su contratista, en el caso Distrocuyo S.A.

Pretende que en la indemnización por antigüedad derivada del despido se computen once (11) años de servicios cumplidos en forma ininterrumpida para las empresas contratadas por el E.P.E.N. Ello –alega- porque hubo continuidad laboral en las sucesivas transferencias y no se le abonaron las indemnizaciones correspondientes.

Practica liquidación de cada uno de los rubros pretendidos –especialmente la indemnización por antigüedad- con el cómputo de 11 años de trabajo.

2) A fs. 62/67 vta. contesta demanda el Ente Provincial de Energía del Neuquén y rechaza cada uno de los reclamos deducidos.

Afirma que en el marco de la Ley Provincial Nro. 687 de “Obras Públicas”, su parte encomendó –previo procedimiento de licitación pública- a distintas empresas la “Operación y mantenimiento de instalaciones de transporte por distribución troncal”. Esas empresas –dice- fueron las empleadoras del actor.

Y, la relación laboral que los vinculó se rigió por la Ley 22.250 que contempla el fondo de desempleo en caso de cesantía de trabajadores.

Considera improcedente la indemnización por antigüedad reclamada, en tanto el accionante ha recibido aquel fondo de desempleo de cada una de las empresas contratistas.

3) A fs. 81/93 vta. se presenta la empresa DISTROCUYO S.A. a contestar demanda.

Expone que el Gobierno provincial llamó a Licitación Pública Nro 10/2000 con el objeto de contratar la obra de “Operación y mantenimiento de instalaciones de transporte por Distribución troncal –IV Etapa-”; que la apertura de los sobres se realizó en la sede del E.P.E.N. y que la demandada Distrocuyo S.A. resultó adjudicataria.

Afirma que contrató al actor el 25/07/2000 para realizar tareas de ayudante de mantenimiento hasta el 28/12/2004 cuando se consideró despedido indirectamente.

Explica que la relación laboral se encontró regida por la Ley 22.250 –Régimen de los trabajadores de la Industria de la Construcción- por lo que el pago de los haberes, la entrega de la libreta de fondo de desempleo y demás créditos laborales se efectuaron conforme dicha normativa.

En lo que aquí importa, considera que resulta improcedente reconocer una antigüedad que el actor no tuvo con su mandante. Como tampoco hubo transferencia de personal, cesión, ni sucesión alguna para obligarla a reconocer los servicios prestados para las empresas que la precedieron. Afirma, que se trató de una relación laboral genuina y originaria.

4) A fs. 355/368 obra la sentencia de Primera Instancia que hace lugar a la demanda deducida y condena a DISTROCUYO S.A. y al E.P.E.N. –en forma solidaria- a abonar el importe de \$ 180.026 en concepto de indemnizaciones laborales y diferencias salariales, con más los intereses.

Para así decidir, juzga que el trabajador ha cumplido con la carga de acreditar que trabajó en forma continua para las empresas que refirió en el escrito de demanda; que cumplió tareas de oficial montador de primera -Categoría 12- y que erradamente se le abonaron sus haberes bajo el convenio colectivo N° 76/75 de la Construcción cuando correspondía aplicar el N° 36/75 para trabajadores de Luz y Fuerza y dependientes de empresas prestatarias del Servicio público de Electricidad.

Funda la responsabilidad del E.P.E.N. en que los trabajos subcontratados responden a la actividad normal y específica propia de la contratista.

En lo que respecta al cálculo de los rubros pretendidos –que incluye la indemnización por antigüedad- se remite a los practicados por la perito contadora y a la efectuada por la parte actora en el escrito de demanda conforme las facultades que surgen del Art. 40 de la Ley 921. Allí, se tienen en cuenta los servicios prestados para otras empresas que precedieron a la demandada.



5) Ambas accionadas recurren el decisorio.

El E.P.E.N se agravia de la condena a su respecto al considerar que ello resulta improcedente frente a la exclusión contenida en el Art. 2 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por su parte, DISTROCUYO S.A. se queja de: a) el encuadramiento convencional decidido en la instancia de grado; b) que en el cálculo de la indemnización por antigüedad se hayan considerado los servicios prestados en otras empresas que nunca estuvieron relacionadas con la recurrente. Dice que -en el caso- no se da el supuesto previsto por el Art. 225 y sgts. de la L.C.T.

6) A fs. 449/454 obra la sentencia de la Cámara de Apelaciones local, Sala III, que admite los agravios del E.P.E.N. en el sentido de que no puede ser condenado solidariamente en los términos del Art. 30 de la L.C.T. porque resulta aplicable la exclusión contemplada por el Art. 2º, inc. c), de la misma norma.

En lo que respecta al recurso deducido por DISTROCUYO S.A., desestima los agravios y confirma el decisorio anterior en cuanto consideró erróneo el encuadramiento convencional del trabajador e hizo lugar a las diferencias salariales.

En conclusión: revoca la solidaridad del E.P.E.N. y confirma el encuadramiento convencional decididos por la Jueza de grado.

7) A través del recurso de Nulidad Extraordinario, la demandada DISTROCUYO S.A. afirma que el fallo de Alzada omitió pronunciarse sobre los agravios relativos al cómputo de la antigüedad del actor a los fines indemnizatorios. Ello así - aclara-, porque en la instancia de grado se consideraron los servicios prestados para otras empresas que no tuvieron ningún tipo de vinculación con la aquí recurrente y en tanto se trata de contratos adjudicados por licitación pública.

II.- Que al ingresar en el estudio de los presentes, se advierte que la controversia que motiva la intervención de este Cuerpo reside en dilucidar, en primer término, si la sentencia en crisis incurrió en la causal de nulidad denunciada. Luego, y en caso afirmativo, determinar si la demandada -DISTROCUYO S.A.- debe reconocer los servicios prestados por el actor para otras empresas que la precedieron en la obra adjudicada por Licitación pública.

1) Que, el artículo 18º 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, cuando la sentencia fuere incongruente [...]".

Interesa recordar que, si bien es cierto que la judicatura no está obligada 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).

Bajo esa premisa, y respecto de la causal bajo análisis, tiene dicho este Cuerpo que no cualquier omisión acarrea la nulidad, sino que debe necesariamente tratarse de que lo preterido sea decisivo y gravitante, susceptible de influir en la decisión integral del tópico litigioso, de allí su carácter de esencial (Ac. Nros. 180/96 "KEES", 08/2001 "HIELPOS", 12/2010 "MALDONADO", 14/2011 "CONA" entre otros, del Registro de la Secretaría Civil).

A la vez, 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 dicha sanción 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 debe observar la judicatura 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. 57/06, 1/13 del Registro de la Sec.Civil).

2) Que dentro del marco jurídico señalado, de la lectura de la sentencia impugnada y las constancias de la causa, se advierte que -efectivamente- se ha incurrido en la causal de omisión de cuestión esencial denunciada.



En efecto, la impugnante se agravió –en el escrito recursivo de fs. 394 punto 3.- sobre la consideración de los servicios prestados por el actor para otras empresas que –según afirma- nunca estuvieron relacionadas con DISTROCUYO S.A. a los fines de determinar las indemnizaciones que tienen como base de cálculo a la antigüedad.

Alegó, que no se trata de una transferencia de establecimiento en los términos de los artículos 225 y sgts. de la L.C.T., puesto que su parte adquirió la concesión del servicio mediante contrato con el E.P.E.N y previo procedimiento de licitación pública.

En ese orden -sostuvo-, tal omisión incide en el cálculo de la obligaciones reclamadas, tales como la indemnización por antigüedad y las previstas en las Leyes 25.561 y 24.013.

Conforme se adelantó, se constata el vicio señalado, puesto que la judicatura de Alzada cuando confirma la sentencia de grado en la pretensión seguida contra DISTROCUYO S.A., nada dice sobre la cuestión referida a la antigüedad del accionante que –justamente- fue motivo de agravio en tanto se pugnaba por la modificación de ese decisorio. Y, esta cuestión forma parte de los capítulos básicos llevados a conocimiento del Tribunal.

Es que, si se coteja el escrito de demanda y la contestación por parte de DISTROCUYO S.A., la cuestión relativa al cómputo de la antigüedad forma parte de las pretensiones controvertidas en autos que requieren de decisión.

Sobre el particular, la facultad de la Alzada se encuentra limitada por el alcance de los recursos concedidos, y la decisión que omite analizar puntos que fueran motivo de agravio, incurre en una transgresión que vulnera el derecho constitucional de defensa en juicio. (conf. Art. 271 del C.P.C. y C.)

De ahí, que la falta de tratamiento de este tópico que oportunamente fue debatido por las partes constituye una incongruencia por omisión (decisión *citra petita*). Al respecto, conviene recordar que el principio de congruencia consiste justamente en la correlación que debe haber entre las pretensiones de las partes (comprensivas de las oposiciones) y la sentencia y su quebrantamiento es revisable en ulterior instancia por la vía del recurso de nulidad.

En virtud a las consideraciones expuestas, concluyo que, en los presentes, se configura la causal de invalidación que endilga la quejosa, contemplada en el Art. 18° de la Ley 1.406, respecto de la antigüedad a tener en cuenta para el cálculo de las indemnizaciones que tienen como parámetro ese derecho.

3) Ahora bien, este Cuerpo sostuvo en los Acuerdos Nros. 180/96 “KEES”, 08/01 “HIELPOS”, 12/10 “MALDONADO”, 23/09 “CARRASCO”, 14/11 “CONA” que se debe analizar si la sanción de nulidad afecta en su estructura y repercusión a todo el fallo o solo a un aspecto de él, en cuyo caso no resulta razonable sancionar con tan grave descalificación a la sentencia toda.

En esos precedentes se reiteró que el acto jurisdiccional puede contener diversos aspectos en cuanto al objeto litigioso, que aun cuando se cierran en su debate en la sentencia total definitiva, constituyen parcialidades escindibles, con lo que su nulidad no acarrea necesariamente la de todo el acto jurisdiccional (cfr. Acuerdos citados).

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 (conf. MORELLO, Mario Augusto, Recursos Extraordinarios y Eficacia del Proceso, Edit. Hammurabi, pág. 203 citado en Ac. 180/96 “KEES”).

En el presente, la deficiencia del fallo se circunscribe a la determinación de la antigüedad del trabajador para el cálculo de algunas indemnizaciones laborales pretendidas, por lo que no altera el resto del pronunciamiento, en cuanto resuelve el planteo de agravios en otros aspectos, tales como: diferencias salariales, responsabilidad del E.P.E.N., y la procedencia de las indemnizaciones reclamadas, que quedarán subsistentes por falta de cuestionamiento oportuno o bien, si deducido no resultó apto para la apertura de esta instancia casatoria (cfr. fs. 541/543 vta).

II. En función de ello y conforme lo dispone el Art. 21 del ritual, corresponde dictar un nuevo pronunciamiento, mas sólo con relación al punto preterido y que produjo el acogimiento del remedio procesal analizado, es decir, el cómputo de la antigüedad del trabajador.

1) Que, conforme surge de la lectura del punto 3 del recurso de apelación obrante a fs. 394, la demandada centra su agravio en que la jueza de grado tuvo en cuenta los servicios prestados por el actor en otras empresas que –según afirma- no tuvieron ningún tipo de relación con su parte. Y ello, dice, incide en el cálculo de los montos indemnizatorios



que tienen como base la antigüedad.

Alega que este caso no se trata de un supuesto de transferencia de establecimiento, ni de cesión de contrato; tampoco de sucesión alguna por la que deba responder. Ello, porque su parte accedió a realizar servicios adjudicados por el E.P.E.N. respecto de los cuales se contrató al actor.

2) Que, se cuestiona en el presente caso uno de los efectos del instituto de la transferencia, como es el reconocimiento por parte del adquirente de los derechos del trabajador, entre ellos, la antigüedad.

O sea, que la cuestión a resolver reside en determinar si la empresa DISTROCUYO S.A. debe reconocer, o no, los años de servicios cumplidos por el actor para otros empleadores que la precedieron.

Que, ello resulta relevante frente a las claras disposiciones contenidas en los artículos 12 y 225 de la L.C.T., según las cuales los derechos reconocidos por la ley al trabajador son irrenunciables y uno de esos derechos es, precisamente, el de que el nuevo empleador le reconozca la antigüedad anteriormente adquirida en los casos de transferencia del establecimiento.

Que, conviene recordar que el Artículo 225 de la Ley de Contrato de Trabajo preceptúa:

“En caso de transferencia por cualquier título del establecimiento, pasarán al sucesor o adquirente todas las obligaciones emergentes del contrato de trabajo que el transmitente tuviera con el trabajador al tiempo de la transferencia, aun aquellas que se origine con motivo de la misma. El contrato de trabajo, en tales casos, continuará con el sucesor o adquirente y el trabajador conservará la antigüedad adquirida con el transmitente y los derechos que de ella se deriven”.

Es decir, que entre las consecuencias más notables que se siguen del régimen de transferencia, se encuentra: a) el cambio de empleador; b) la continuidad de la relación de trabajo; c) la transmisión al adquirente de todas las obligaciones laborales existentes a la época de la transferencia (incluso las que se generen con motivo de ella); y d) la responsabilidad solidaria del transmitente respecto de esas obligaciones.

Ahora bien, el presupuesto básico para la aplicación de esta norma es que se haya producido la “transferencia por cualquier título del establecimiento” (Art. 225 de la L.C.T.).

Al respecto, entiende Ackerman que la transferencia se verifica cuando, por cualquier motivo, se produce, de manera transitoria o definitiva, el cambio de titularidad de una o varias unidades productivas porque aquella puede abarcar una empresa completa, uno (o varios) de los establecimientos que la integran o tan sólo una parte del establecimiento que tenga autonomía productiva. (ACKERMAN, Mario E., Tratado de Derecho del Trabajo, Santa Fe, sept. 2007, Tomo III, p. 770)

Además, en todos los casos, para que haya transferencia se requiere que exista una sucesión propiamente dicha; es decir, un vínculo jurídico sucesorio entre uno y otro empresario y no el mero hecho de que un nuevo empleador aparezca cumpliendo la misma actividad que antes había cumplido otro. (autor y obra citada, p. 773).

En esta causa, se encuentra fuera de discusión, que el E.P.E.N. no responde solidariamente en los términos del Art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo por aplicación del artículo 2º. Y, esa solución concuerda con la doctrina sentada por esta Sala en Ac. Nº 4/14 in re “SOLORZA” y Ac. Nº 8/14 in re “JARA”, entre otros, del Registro Actuarial.

Igualmente, se considera firme en esta etapa la vinculación laboral del actor y la demandada –DISTROCUYO S.A.–, como también el trabajo dependiente para otras empresas que la precedieron en la concesión del servicio de mantenimiento eléctrico para el E.P.E.N. (Cfr. escrito de demanda –fs. 3- : “laboró para distintas empresas, todas contratistas del E.P.E.N., quien da la concesión del mantenimiento de líneas de alta tensión, llamando a licitación cada dos o cuatro años”)

Así, la sentencia de grado tuvo por acreditada la continuidad de las tareas cumplidas por el Sr. Salerno para diferentes empresas contratistas del Ente Público Estatal. Ello, ¿resulta suficiente para la aplicación del instituto en análisis?

En otras palabras: ¿estamos en la hipótesis de transferencia regulada por la L.C.T. con las consecuencias que ello genera?

Tanto la doctrina como la jurisprudencia se encuentran divididas en este punto. Pero la postura mayoritaria –a la que adhiero- considera que en los casos de adjudicación de una concesión (pública o privada) no hay transferencia de



establecimiento, porque no existe un vínculo que una al concesionario anterior con el posterior. (cfr. obra citada, p. 774 en cuanto menciona: ETALA, Carlos A., Contrato de Trabajo, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 574; FERNÁNDEZ MADRID, Juan C, Tratado práctico de Derecho del Trabajo, La Ley, Buenos Aires, 1989, T II, p.965; LÓPEZ, J.; CENTENO, N y FERNÁNDEZ MADRID, J.C, Ley de Contrato de Trabajo comentada, Buenos Aires, 1978, T.II. p. 864; KROTOSCHIN, Ernesto, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Depalma, Buenos Aires, 1981, T. I, p. 451; VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Astrea, Buenos Aires, 1978, T.5, ps. 28 y 29; CNAT,sala II, 11-9-92, "López, Raúl Juan y otros c/ ENTel", D.T. 1992-B-2061 y T.y S.S. 1992-852 (adjudicación por licitación pública); íd., 16-5-95, "Gori, Graciela E. c/ Red Celeste y Blanca S.A. y otro", D.T. 1995-B-1388; íd., 30-3-2001, "Olivera, José L. c/ Somisa y otro" (constitución de una nueva SA y transferencia de su paquete accionario mayoritario al sector privado por "concurso-subasta pública"); íd., 17-5-94, "Alonso, María T. c/ Arte Televisivo Argentino", T.yS.S. 1994-942 (adjudicación por licitación pública); sala III, 30-12-94, "Luna, Guillermo A. c/ Sociedad Rural Argentina", J.A. 1996-I-142 (sucesión de concesiones privadas); íd., 10-2-2003, "Barboza, Hugo c/Transportes Automotor Plaza S.A. y otro s/Despido" (adjudicación por el Estado de la explotación), SCJBA, 14-5-85, "Perroti, Ramón Román y otro c/ Expreso Caraza SRL", D.T. 1986-A-48 (adjudicación por licitación pública de una concesión) entre otros.

Así, entiende FERNÁNDEZ MADRID, que lo que liga al ganador de la concesión con el negocio es el acto de adjudicación que no tiene en principio relación alguna con la anterior concesión (FERNÁNDEZ MADRID, Juan Carlos, op. cit., junio 2007, p. 1101)

O bien, como explica Vázquez Vialard, no opera este instituto cuando un empleador, por concesión pública o privada, realiza una explotación que antes realizaba otra persona física o jurídica que cesó en ella por vencimiento del plazo fijado al efecto o por otro motivo. Se trata de una situación en la que no existe un vínculo de sucesión directa; no se da por la simple circunstancia de que otra persona aparezca cumpliendo la misma actividad que antes ejercía un empleador. (citado por RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada, Edit. La Ley, Bs. As 2007, Tomo IV, p. 143)

Traspolando estos conceptos al caso en examen, cabe concluir que la continuidad de la actividad cumplida por diferentes empresas –empleadoras del actor- a favor del Ente Provincial de Energía del Neuquén, resulta insuficiente para sostener que ha operado la transferencia en los términos del Art. 225 y sgts. de la L.C.T. Por tanto, mal puede imputársele las consecuencias del instituto, como es la obligación de reconocer la antigüedad adquirida en las empresas que la precedieron en la concesión adjudicada por licitación pública.

Y, si bien la temática relativa a la sustitución del empleador fue abordada por este Tribunal Superior in re "QUILAPI" Ac. 1/2012 con respecto a una norma similar contenida en el Régimen del Trabajo Agrario, lo cierto es que, en dicho caso mediaba una relación jurídica entre las diferentes empresas –de carácter temporario como es el arrendamiento-. Mas esta situación –como se dijo- no se da en el presente caso.

Consecuentemente, se propicia acoger el recurso de apelación interpuesto por DISTROCUYO S.A., en el aspecto analizado, y revocar lo decidido en Primera Instancia sobre este tópico en cuanto toma en consideración, para el cálculo de la indemnización por antigüedad, los servicios prestados por el actor para otras empresas contratistas del E.P.E.N.

Entonces, para su liquidación se tendrá en cuenta que la relación laboral con DISTROCUYO S.A. se inició el 25 julio de 2000, probada por los recibos de sueldo acompañados en la causa –fs. 40/44-, y se extinguió el 7 de octubre de 2004 - carta documento de fs. 50-. Por tanto, la antigüedad generada con la demandada es de de 4 años y 2 meses. Los montos resultantes deberán liquidarse en el Juzgado de Primera Instancia y readecuarse las indemnizaciones previstas por el Art. 1º de la Ley 25.323, Art. 15º Ley 24.013 y 25.561 en cuanto establecen la duplicación de la indemnización por antigüedad, cuya modificación aquí se propicia.

III. A la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a decisión en este Acuerdo, propongo que las costas de esta instancia se impongan por su orden atento a la forma en que se resuelve el único de los recursos admitidos (Arts. 12 de la L.C., 17 de la Ley 921, 68, 2do. párrafo, del C.P.C. y C. y Acuerdos 23/09 "CARRASCO" y 14/11 "CONA" y fundamentalmente la Resolución obrante a fs. 541/543).



También, corresponde readecuar las generadas en la Alzada –solo en relación con la pretensión dirigida contra DISTROCUYO S.A.- que serán soportadas en un 80% a cargo de la demandada y un 20% al actor de acuerdo al resultado de los agravios. Mantener las decididas en Primera Instancia, o sea, a la demandada vencida en razón de progresar en su mayor extensión las pretensiones deducidas (Art. 68 -2do. Párrafo del C.P.C.yC.; 279 del C.P. y C. y 17 Ley 921).

Asimismo, disponer la devolución del depósito efectuado según constancia obrante a fs. 473 (Art. 11° L.C.T.). MI VOTO.

El Sr. vocal doctor OSCAR E. MASSEI dice: Coincido con los argumentos expuestos por el doctor Ricardo T. KOHON, así como también con las conclusiones a las que arriba en su voto. ASÍ VOTO

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1) Declarar PROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto a fs. 474/523 vta. por la demandada DISTROCUYO S.A., por haber mediado la causal de omisión de cuestión esencial - Art. 18 de la Ley 1.406 -de acuerdo a lo desarrollado en los considerandos de la presente. En consecuencia, NULIFICAR PARCIALMENTE el pronunciamiento dictado a fs. 449/454 por la Cámara de Apelaciones local –Sala III- 2). Por imperio de lo dispuesto por el Art. 21°, del ritual, recomponer el litigio sobre el tópico omitido mediante la admisión del recurso de apelación deducido -sobre el punto- por la demandada, y en consecuencia, modificar parcialmente la sentencia de Primera Instancia conforme lo desarrollado en el considerando II. 3) Readecuar la imposición de las costas en Alzada, solo en la relación procesal entre el actor y la demandada DISTROCUYO S.A., que serán soportadas en un 80% a cargo de la accionada y un 20% a cargo de Salerno (Art. 279 C.P.C. y C); y mantener las decididas en la Primera Instancia (Arts.68, del C.P.C. y C. y 17, Ley 921); las originadas en esta etapa extraordinaria, se imponen por su orden, atento lo considerado en el punto III. 4) Regular los honorarios de los letrados intervinientes doctor ... –en el carácter de apoderado de la demandada DISTROCUYO S.A.- y doctor ... –patrocinante de la misma parte- y ... –en el doble carácter por el actor- 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). 5) Disponer la devolución del depósito según constancia de fs. 473 (Art. 11, L.C). 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 Actuaría, 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](#)

"OTERO MIRTA LILIANA Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) Y OTRAS/ ACCIÓN DE AMPARO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 61612/2013) – Acuerdo: 02/16 – Fecha: 26/02/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

AMPARO. AGUA POTABLE. SUMINISTRO NORMAL Y CONTINUO. OBRA PÚBLICA. PUESTA EN FUNCIONAMIENTO DE ACUEDUCTOS. CUESTION DE PÚBLICO Y NOTORIO CONOCIMIENTO. RECURSO DE CASACION. CUESTION ABSTRACTA.

Resulta abstracta la pretensión recursiva e inoficioso el tratamiento del recurso de casación –introducido por los carriles de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de



Ley -interpuesto por la codemandada –Provincia del Neuquén- contra la sentencia dictada por la Cámara Provincial de Apelaciones del Fuero –Sala I- con asiento en la ciudad de Zapala, que confirmó lo resuelto por la instancia de grado e hizo lugar a la acción de amparo deducida por los vecinos accionantes, domiciliados en dos localidades provinciales, a fin de que se restablezca el suministro normal y continuo del servicio público de agua potable en condiciones de salubridad aptas para el consumo humano, pues, no puede soslayarse como de público y notorio conocimiento –según informan diversos medios periodísticos locales- la obra pública afrontada para el suministro del servicio de agua potable para las localidades en que residen los accionantes, a través de la puesta en funcionamiento de dos acueductos. Consiguientemente, cabe presumir que la inauguración de la citada obra pública es conocida por los amparistas en su calidad de vecinos de las localidades comprendidas y comprometidos con la temática.

Texto completo:

ACUERDO N° 2.: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil dieciséis, 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 secretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA T. GIMÉNEZ de CAILLET-BOIS, para dictar sentencia en los autos caratulados: "OTERO, MIRTA LILIANA Y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) Y OTRA S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 61612 - año 2013) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES:

A fs. 465/482 la codemandada –PROVINCIA DEL NEUQUÉN- deduce recurso de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la sentencia dictada, a fs. 451/462 vta., por la Cámara Provincial de Apelaciones del Fuero –Sala I- con asiento en la ciudad de Zapala, que confirmó la de Primera Instancia, en cuanto hizo lugar a la acción de amparo deducida por los vecinos accionantes, domiciliados en las localidades de Cutral Co y Plaza Huinul. A fs. 507/509 vta. a través de la Resolución Interlocutoria N° 261/2015, se declaran admisibles los recursos deducidos por la codemandada.

El Sr. Fiscal General contesta la vista conferida a fs. 511/518 y propicia que la improcedencia de los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley 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: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario? En caso negativo, ¿Es procedente el remedio por Inaplicabilidad de Ley? b) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. Ricardo T. KOHON, dice:

1.1. Que a fs. 17/23 vta. los actores promueven acción de amparo contra el E.P.A.S. y la PROVINCIA DEL NEUQUÉN ante la falta de provisión total o parcial del servicio público de agua potable en las ciudades de Cutral Co y Plaza Huinul, a fin de que se restablezca el suministro normal y continuo en condiciones de salubridad aptas para el consumo humano.

2. A fs. 24 vta. la Judicatura de grado acoge la medida cautelar peticionada por los amparistas e infirma a las codemandadas para que en el plazo de cinco horas restablezca el suministro de agua potable para las localidades de Cutral Co y Plaza Huinul.

3. A fs. 59/66 contesta demanda la PROVINCIA DEL NEUQUÉN. Niega los hechos expuestos por los actores y plantea excepción de falta de legitimación pasiva en tanto considera que la entrega y distribución de agua a los usuarios



accionantes es responsabilidad de los Municipios de Cutral Co y Plaza Huincol y/o del E.P.A.S. Adjunta acta acuerdo suscripta entre los citados órganos de gobierno comunales y el Ente Provincial (fs. 56/57).

Explica que el sistema de provisión de agua potable a dichas localidades neuquinas es mixto. Que al E.P.A.S. le corresponde la captación desde el río Neuquén –distante 45 kilómetros de la localidad de Cutral Co-, su potabilización, transporte y entrega en bloque mediante acueductos a las mentadas ciudades, para su posterior distribución por los Municipios involucrados.

Concluye que, en el caso, son los gobiernos comunales y/o el E.P.A.S. quienes se encuentran legitimados para defender su actuación.

Por último, peticona la citación de las Municipalidades de Cutral Co y Plaza Huincol.

4. A fs. 100/108 contesta demanda el E.P.A.S. Niega los hechos expuestos por los accionantes y también peticona la citación de los Municipios comprometidos atento a que las diversas competencias constitucionales genera un litis consorcio pasivo necesario.

5. Corrido traslado, los accionantes se oponen a la citación como tercero de las Municipalidades de Cutral Co y Plaza Huincol, con fundamento en que tanto dicha intervención como la deducción de excepciones, se encuentra vedada por el Art. 23 de la Ley 1.981 (fs.130/131).

6. A fs. 133 y vta. la Jueza de Primera Instancia, ante la oposición de la parte actora, rechaza la citación como tercero de los referidos Municipios. Y difiere el tratamiento de las excepciones, al momento de dictar sentencia definitiva.

7. Producida la prueba ofrecida por las partes obra, a fs. 393/417 vta., sentencia mediante la cual se condena al ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO (E.P.A.S.) y a la PROVINCIA DE NEUQUÉN -en forma solidaria-, a proveer de agua potable a los actores –vecinos de la ciudad de Plaza Huincol y Cutral Co- en condiciones de continuidad, regularidad, uniformidad, generalidad y obligatoriedad.

También condena a la PROVINCIA DEL NEUQUÉN, para que por sí o por medio de un plan integral, realice las inversiones y obras públicas necesarias e imprescindibles para la provisión del servicio de agua potable en la forma allí indicada, debiendo presentar en el plazo de treinta días de notificada, el plan de obra, el plazo de su ejecución y cumplimiento, el que –adiciona- no podría ser superior a seis meses. A su vez, para el supuesto que dicha obra se hubiere realizado o estuviere realizándose que presente toda la información y documentación al respecto: obra, inversiones, tareas realizadas, pendientes de ejecución, y todo aquello que garantice la provisión del agua potable en forma permanente y continua, en igual forma y plazo.

8. Apelada esta sentencia por la codemandada PROVINCIA DEL NEUQUÉN, la Alzada resuelve, a fs. 451/462 vta., rechazar dicho recurso y confirmar la decisión de Primera Instancia.

9. Contra esa decisión –a fs. 465/482- la codemandada –PROVINCIA DEL NEUQUÉN- interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley –Art. 15, incs. a) y b), de la Ley 1.406- y de Nulidad Extraordinario –Art. 18 de la L.C.-.

Expone que se ha violado, aplicado e interpretado en forma errónea la Constitución Provincial en los artículos 1; 214, inc. 15; 155; 271; 273 y 292, la Ley 1.763; 25 y 26, inc. a), de la Ley 1.284, al rechazar la falta de legitimación pasiva planteada por su parte. Entiende que se encuentra acreditado en autos que el Estado neuquino ha cumplido con la manda constitucional prevista en el Art. 81 al crear mediante la Ley 1.763 un ente autárquico para abocarse en forma exclusiva al servicio de agua potable.

Explica que acreditó que la provisión de agua realizada por el E.P.A.S. llega hasta un punto y que, luego, los Estados municipales deben llevar el servicio a sus respectivas comunidades. Asegura que las nuevas obras públicas son responsabilidad de los Municipios de Cutral Co y Plaza Huincol.

Sostiene que, el Ad-quem no consideró los deberes y facultades que derivan del Régimen Municipal previstos en la Constitución del Neuquén; como tampoco el alcance de la Ley 1.763, de orden público.

Afirma, que no pueden confundirse todos los organismos públicos al momento de resolver una acción como la de autos, sin analizar la legitimación pasiva de cada organismo demandado en particular. Sostiene que ello le produce un gravamen irreparable porque la Provincia del Neuquén ha delegado, legal y legítimamente la función específica de provisión y distribución de agua potable al E.P.A.S. –con patrimonio y facultades independientes-, no puede actuar



sobre el caso concreto en forma directa. Resalta que, de conformidad con la citada Ley 1.763 el E.P.A.S. tiene plena autarquía técnica y administrativa. Apunta que es un ente autárquico con personería jurídica propia, y capacitado para estar en juicio.

Por ello –expone–, se configura un supuesto de falta de legitimación pasiva de la Provincia, dado que la pretensión debió deducirse contra la Municipalidad de Cutral Co y la de Plaza Huincul.

A su vez, cuestiona que al confirmarse la decisión que condenó a la Provincia del Neuquén a realizar, por sí o por medio de un plan integral, las inversiones y obras públicas necesarias e imprescindibles para la provisión del servicio de agua potable, presentando en el plazo de treinta días el plan de obra, el que además se indica que no puede ser superior a seis meses. Denuncia la impugnante que lo dispuesto es incongruente y que vulnera el principio republicano de división de poderes por intromisión del Poder Judicial en una cuestión ajena a su competencia.

En punto al remedio de Nulidad Extraordinario, invoca la causal de incongruencia pues –dice– la sentencia que cuestiona es arbitraria. Indica que se le impuso una obligación no requerida por los actores y que se encontraba fuera de los términos por los que se admitió la demanda de amparo. Adiciona que ello vulnera su derecho de defensa. Precisa que se solicitó como medida cautelar y así fue despachada en origen y que peticionada como medida autosatisfactiva obtuvo rechazo en ambas instancias. Y que su parte no la impugnó mediante recurso extraordinario 10. Que, como ya se dijo, por Resolución Interlocutoria N° 261/15, se declararon admisibles sendos recursos deducidos.

II. 1. 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–).

Y, conforme enseña PODETTI la deducción de cualquier recurso en contra de una decisión judicial exige la concurrencia de cinco presupuestos: legitimación, personería, interés, plazo y forma.

El interés, se especifica en materia recursiva bajo los términos de agravio y gravamen. Implica la utilidad y necesidad de revertir una decisión de la que deriva un perjuicio. Respecto de los recursos extraordinarios, sostiene que la exigencia de una causa o de una cuestión judicial descarta del recurso, como del conocimiento de los jueces en general, las cuestiones abstractas o académicas (PODETTI, J, Ramiro, Tratado de los Recursos, 2° Edic., págs. 37, 40 y 645, EDIAR, Buenos Aires 2009).

A su vez, este Tribunal Superior ha sostenido que en materia recursiva debe existir un interés de quien lo interpone, es decir, el perjuicio sufrido como consecuencia de una decisión que, a criterio del recurrente, desconoce un interés actual tutelado por la Ley (cfr. Acuerdo Nro. 2/2011 “MIGUEL” y R.I. Nros. 1074/94, 4/08 y 230/10, todos ellos del Registro de la Secretaría Civil).

Es que:

“La necesidad del agravio o perjuicio deriva del principio general según el cual sin interés no hay acción en el derecho. Y, así como no hay acción sin interés, tampoco hay recurso sin agravio, frase ésta que aparece elocuente y gráfica a fin de ilustrar parte de los recaudos necesarios para llevar adelante un embate contra una resolución judicial” (cfr. HITTERS, Juan Carlos, Técnica de los recursos ordinarios, Librería Editora Platense, 2° ed., Bs. As., 2002, p. 42/43).

En ese sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las sentencias:

“[...] deben ceñirse a la situación existente al momento de ser dictadas (Fallos: 301:947; 306:1160; 318:342, entre muchos otros), a la vez que ha subrayado que la subsistencia de los requisitos jurisdiccionales es comprobable de oficio y su desaparición importa la de poder juzgar (Fallos: 315:466) y que, entre tales extremos, se halla la inexistencia de gravamen cuando las circunstancias sobrevinientes han tornado inoficiosa la decisión pendiente (Fallos: 313:1081)”, (FALLOS: 329:187).

2. Ahora bien, en el presente caso, no puede soslayarse como de público y notorio conocimiento –según informan diversos medios periodísticos locales– la obra pública afrontada para el suministro del servicio de agua potable para las localidades en que residen los accionantes, a través de la puesta en funcionamiento de los acueductos Buena Esperanza y San Isidro Labrador.

Ello así, cabe presumir que la inauguración de la citada obra pública es conocida por los amparistas en su calidad de



vecinos de las localidades comprendidas y comprometidos con la temática.

COUTURE invoca dos altos fines de política procesal como fundamento del concepto de notoriedad:

"Por una parte, un ahorro de esfuerzos, relevando a las partes de producir pruebas innecesarias. En este sentido significa un homenaje al principio de economía, oportunamente expuesto. Por otra parte, procura prestigiar la justicia evitando que está viva de espaldas al saber común del pueblo y su arte consista, como se ha dicho, en 'ignorar jurídicamente lo que todo el mundo sabe'" (cfr. Aut. cit., Fundamentos de Derecho Procesal Civil, Roque Depalma Editores, tercera edición, Buenos Aires, 1958, pág. 234/235).

Tomando ello en consideración y el marco de competencias constitucionales concurrentes, no puede más que concluirse que la presente acción ha devenido abstracta.

3. Que, por lo tanto, no se advierte interés jurídico actual en lo que atañe a la cuestión que motivó el pleito, por lo que resulta abstracta e inoficioso emitir pronunciamiento en esta causa (cfr. FALLOS: 327:4905), por cuanto una sentencia de tales características implicaría una mera declaración abstracta o interpretación teórica, carente de contenido práctico (FALLOS: 333:244). Y no es tarea propia del Tribunal pronunciarse sin atender a la eficacia concreta del decisorio a dictarse.

En este sentido, el Máximo Tribunal nacional también ha sostenido:

"Para el ejercicio de la jurisdicción ante la Corte, tanto originaria como apelada, es necesario que la controversia que se intente traer a su conocimiento no se reduzca a una cuestión abstracta, como sería la que pudiera plantear quien ya carece de interés económico o jurídico susceptible de ser eficazmente tutelado por el pronunciamiento a dictarse" (P. 217. XXII. "Petroquímica Comodoro Rivadavia S.A. c/ Provincia del Chubut s/ demanda ordinaria" 22/06/89, FALLOS: 312:995).

Conforme se adelantó, en autos se verifican, los extremos que tornan aplicable la doctrina citada (cfr. Ac. 1.111/05 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias de este Tribunal y Acuerdo 2/11, ya citado, R.I. Nros. 146/02, 40/03, 39/09, 187/09, del Registro de la Secretaría de la Actuaría).

En consecuencia, corresponde declarar inoficioso el tratamiento del recurso presentado a fs. 465/482.

4. Por último, cabe reflexionar que la trascendencia del derecho aquí reclamado nos posiciona frente a un plexo normativo y orden constitucional específico al que debe ajustarse toda la actividad del Estado.

El reconocimiento de status constitucional del derecho al goce de un ambiente sano –para el cual el agua es un elemento esencial– configura la precisa y positiva decisión del constituyente de 1994 de enumerar y jerarquizar con rango supremo a un derecho preexistente.

Es por ello que la autoridad pública tiene la obligación impostergable de garantizar el derecho a la salud–comprendido dentro del derecho a la vida– con acciones positivas (FALLOS: 330:4160; 331:2614).

Al respecto, puede citarse que, en punto a un tema de provisión de agua potable, mediante Acuerdo N° 5/1999, dictado en autos: "DEFENSORÍA DE MENORES N° 3 C/ PODER EJECUTIVO MUNICIPAL S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 46 – año 1999) este Tribunal Superior de Justicia definió el carácter y alcance de estos derechos, expresando:

"Dentro del marco establecido por los arts. 41 y 43 de la Constitución Nacional reformada en 1994, resulta indudable la adecuada protección perseguida por los constituyentes, en punto a las calidades de vida de la población, respondiendo así a la tendencia mundial actual de jerarquización de la persona humana, encuadrándose a los derechos ambientales entre aquellos de naturaleza básica, llamados 'derechos ambientales de tercera generación', por contraposición a los derechos civiles y políticos, propios de la concepción liberal imperante en Francia y en los Estados Unidos a fines del siglo XVIII y a los derechos sociales y económicos reconocidos a partir de la segunda mitad del siglo XX.

Así, mal podría desconocerse que en la protección de dicho derecho, el correspondiente ámbito vital viene determinado por una relación de proximidad física y no de la pertenencia a una jurisdicción política (cfr. LUIS O. ANDORNO, "Aspectos constitucionales de la protección del medio ambiente", J.A., diciembre 16 de 1998, N° 6120, Revista Especial de Derecho Ambiental, pág. 7/14).

Del mismo modo, el Máximo Tribunal de la República tiene expresado que el derecho a la vida es el primer derecho de



la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional (302:1284; 310:112), a la vez que el ser humano es el eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (cfr. FALLOS: 316:479, votos concurrentes).

Así como también, que la protección del derecho a la salud, es una obligación impostergable del Estado de inversión prioritaria (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor y Antonio Boggiano) (FALLOS: 323:1339).

III. A la tercera cuestión planteada, y atento a los motivos y a la forma en que se resuelve, estimo ajustado a derecho imponer las costas de esta etapa por su orden (Art. 68, in fine, del C.P.C. y C., y Art. 12, Ley 1.406). MI VOTO.

El señor vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. Kohon y la solución propiciada en su bien fundado 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: 1º) DECLARAR ABSTRACTA la pretensión recursiva e inoficioso el tratamiento del recurso de casación interpuesto, a fs. 465/482, por la codemandada –PROVINCIA DEL NEUQUÉN-. 2º) Imponer las costas de esta etapa por su orden (Arts. 68, in fine, del C.P.C. y C., y 12 de la Ley 1.406). 3º) 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 Actuaría, 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](#)

"DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 69529/2015) – Acuerdo: 03/16 – Fecha: 03/03/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

ACCION DE AMPARO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. CONSIDERACION PRIMORDIAL. OBLIGACION DE LA JUDICATURA. EVALUACION. DETERMINACION. CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. OBSERVACION GENERAL N° 14 DEL COMITE DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION. CONSTITUCION PROVINCIAL. DERECHO Y OBLIGACION DE ESCOLARIZACION. EDUCACION EN NIVEL PRIMARIO Y SECUNDARIO. DERECHO A SER OIDO. DERECHO A LA INFORMACION. DERECHO Y OBLIGACION DE ASISTIR A LA ESCUELA.

1.- Cabe nulificar la sentencia dictadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala II- de la Primera Circunscripción Judicial, que confirmó el rechazo in limine decidido por el Juzgado de Familia N° 4 quien consideró como cuestión no justiciable, la acción de amparo interpuesta por la Defensoría de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes a fin de que se garantice el derecho de la niña -7 años- a la educación, ya que la progenitora se negaba a escolarizarla aduciendo que ella se haría cargo de la educación.



2.- La Convención Internacional de Derechos del Niño establece en su Art. 3.1: “en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Y que la Observación General N°14 del Comité de Derechos del Niño del 29 de mayo de 2013, subraya que la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión.

3.- [...] de la lectura de las sentencias dictadas por la Jueza de Primera Instancia -que rechaza in limine el amparo deducido por la Defensora de los Derechos del Niño y cuyo objeto es la escolarización de una niña -y por la Cámara de Apelaciones -que confirma la decisión-, surge evidente que no se hace mención ni consideración alguna, al derecho constitucional del interés superior del niño. [...]

4.- Cabe alertar acerca de que el cumplimiento de la manda constitucional-convencional, no se agota con la simple invocación de que se ha tenido en cuenta “el interés superior” (que por otro lado, ni siquiera ha sido mencionado por los sentenciantes de primera ni segunda instancia), sino que éste debe ser objeto de concreta y explícita evaluación y determinación, sopesando los diversos intereses en juego, conforme el procedimiento establecido en la Observación General N°14 del CDN, p. V) Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño.

5.- El Máximo Tribunal Federal ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el “interés superior del niño”, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional.

6.- La Corte Nacional ha juzgado que: “Conviene tener presente asimismo que los menores, a más de la especial atención que merecen de quienes están directamente obligados a su cuidado, requieren también la de los jueces y de la sociedad toda, siendo que la consideración primordial del interés del niño, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos (v. doctrina de Fallos:318:1269, cons.10; 322:2701; 324:122; citada en el dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en CSJN, “Guarino Humberto y otra”, del 19/02/2008, en Fallos 331:147).

7.- El interés superior de la niña, cuya efectivización resulta primordial, es su derecho -y obligación- a la escolarización.

8.- Corresponde hacer lugar a la acción de amparo deducida por la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente, con fundamento en los Arts. 3.1, 28 y 29 de la



Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén), Art. 639, Inc. a), del Código Civil; Art. 3° y 15° de la Ley 26.061 y 4 y 23 de la Ley 2.302) y Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, y condenar a la demandada a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija, durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) -Art. 111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art. 239 del Código Penal). Encomendar al Sr. Presidente del Consejo Provincial de Educación que en el menor plazo posible adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña, se la inscriba en la escuela primaria que corresponda, brinde acompañamiento y seguimiento en el proceso educativo a la niña y su familia, a través de un equipo interdisciplinario especializado, y en el término de tres días dé cuenta de lo actuado en cumplimiento del presente. Asimismo, deberá presentar informes bimestrales de evolución. Infomar a la niña de un modo adecuado a su edad y grado de madurez el contenido del presente y en especial que: a. debe asistir a la escuela porque es una obligación de todos los niños y niñas que viven en Neuquén; b. la escuela le dará conocimientos y le permitirá tener más oportunidades en el futuro, c. es bueno que aprenda junto a otros niños y niñas de su edad; y d. la educación que reciba en la escuela es un complemento de la que le dan en su casa, su mamá y otros familiares. Encomendar al Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia, la adopción de las medidas adecuadas para cumplir lo dispuesto en el punto 4°) -se refiere a la información que se le debe brindar a la niña y a la cual hace referencia el punto anterior- a través de sus profesionales, en forma urgente. Encomendar el control del cumplimiento del presente decisorio al Juzgado de Familia de Primera Instancia y a la Defensoría de los Derechos del Niño.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 3. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los tres (3) días de marzo de dos mil dieciséis, 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 titular de la Secretaría Civil de Recursos Extraordinarios Dra. MARÍA TERESA GIMÉNEZ DE CAILLET-BOIS, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES C/ B. J. S/ ACCIÓN DE AMPARO" (Expte. N° 69529 - año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: A fs. 25/26, obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad -Sala II-, que confirma la de Primera Instancia (fs. 14/15 vta.), en cuanto rechaza por inadmisibles la pretensión de amparo deducida por la Defensoría de los Derechos de los Niños Niñas y Adolescentes contra J. B. -a fin de que se ordene que garantice que su hija E. B. acceda y concurra a la escuela primaria- por considerar que la cuestión ya ha sido resuelta por el Consejo Provincial de Educación, que ha quedado firme dicha decisión y puede ser cumplida por la autoridad administrativa en virtud de que posee facultades suficientes al respecto.

Contra dicho decisorio, a fs. 28/32 vta., la amparista deduce recursos de Nulidad Extraordinario e Inaplicabilidad de Ley



(artículos 18° y 15° respectivamente de la Ley 1.406).

A fs. 36/45 vta. y fs. 47/48 vta. dictaminan los Ministerios Públicos de la Defensa y Fiscal, respectivamente.

Luego, a fs. 50/52, mediante Resolución Interlocutoria N° 213/2015, se declara la admisibilidad de los recursos extraordinarios interpuestos.

Firme la providencia de autos, 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 deducido? En caso negativo, ¿resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley? 2) Y en la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

Conforme el orden del sorteo realizado, a la primer cuestión planteada, el Dr. OSCAR E.MASSEI dice:

I. En primer lugar, realizaré una breve reseña de lo acontecido en autos.

1. A fs. 12/13 la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente entabla acción de amparo contra J. B., madre de la niña E. B., a fin de que se le ordene que garantice que su hija acceda y concurra a la escuela primaria.

Expresa que la demanda se deduce contra la madre por decidir que su hija, nacida el 20 de abril de 2008, no asista a la escuela primaria, decisión manifiestamente arbitraria tomada durante el año 2014 y que pese a la intervención de la escuela primaria 121 y esa Defensoría, no pudo ser revertida.

Sostiene que la omisión de la madre en garantizar el derecho constitucional de su hija a asistir a la escuela primaria es actual, y que ello es obligatorio en nuestro ordenamiento jurídico.

Explica que el 21/10/14 la escuela primaria 121 informó que la Sra. J.B. había preguntado cómo hacer para que su hija sea dada de baja del sistema educativo, ya que ella decidía asumir su educación. Y que a partir del 8 de septiembre la niña dejó de asistir a clases.

Relata que la infante y la madre fueron entrevistadas por la Lic. Graciela Parada –Asistente Social del equipo técnico de la Defensoría- a quien ratificaron ambas la decisión de abandonar el sistema educativo.

Asimismo, la Sra. Defensora expresa que la progenitora le dijo que la niña decidió no asistir más a la escuela, y que ella es partidaria de la educación libre por lo que asumiría la educación de su hija.

Luego, el 1/4/15 la escuela primaria 121 informa que la niña sigue sin concurrir a clases y que el Prof. Danilo Casanova - Director General de Nivel Primario del Consejo Provincial de Educación- rechazó el pedido de J.B. de dar de baja a su hija de la escuela, decisión que se basa en la Ley Nacional 26.206.

Funda en derecho en los Arts. 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, en cuanto establece como obligatoria para los Estados partes, la garantía de la escuela primaria obligatoria y gratuita para todos.

La que debe cumplir con los objetivos de desarrollar la personalidad, las aptitudes, la capacidad mental y física de la persona menor de edad hasta el máximo de sus posibilidades, inculcarle el respeto de los derechos humanos y de los principios de la Carta de Naciones Unidas, inculcarle el respeto por sus padres, su identidad cultural, su idioma, los valores nacionales del país en el que vive, del país del que sea originaria y de las civilizaciones distintas a la suya, prepararla para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre los pueblos, grupos étnicos nacionales y religiosos y personas de origen indígena, además de inculcarle el medio ambiente natural.

Cita también la Observación General I del año 2001 del Comité de Derechos del Niño, que dice:

"...el objetivo es habilitar al niño desarrollando sus aptitudes, su aprendizaje y otras capacidades, su dignidad humana, autoestima, confianza en sí mismo. En este contexto la educación es más que una escolarización oficial y engloba un amplio espectro de experiencias vitales."

Invoca, además, el Art. 110 de la Constitución del Provincia de Neuquén, que se refiere a la obligatoriedad de la educación pública desde el nivel inicial hasta completar el nivel medio.

También cita la Ley Provincial 2.945, denominada Ley Orgánica de Educación, que en su primer artículo dice que la educación es un derecho personal y social, y un bien público y una obligación indelegable del Estado provincial; y en el 12 establece que es obligatoria la escolarización de niñas, niños y adolescentes, desde los cuatro años de edad



hasta la finalización del nivel secundario.

Agrega que ello se encuentra en consonancia con la Ley Nacional 26.606 y las demás normas internacionales citadas. Hace reserva de la cuestión federal.

A fs. 7/vta. se adjunta el informe de la Lic. Graciela Parada que invoca la Defensora, del cual surge que la niña habría abandonado la escuela por decisión propia con acompañamiento de su progenitora, quien manifiesta que no comparte el tipo de educación formal que recibe y cree en una enseñanza centrada en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores que la guían según sus creencias.

2. A fs. 14/15 el Juzgado de Familia N° 4 resuelve rechazar por inadmisibles la acción promovida.

Sostiene que la medida solicitada debe ser implementada por el Consejo Provincial de Educación en forma directa y sin necesidad de judicialización previa, toda vez que conforme el marco normativo vigente es este último el órgano encargado de hacer efectiva la obligación de los padres de asegurar la escolarización de sus hijos.

Afirma que en el presente caso no es dable discutir si debe habilitarse o no a la niña y a su progenitora a que se sustraiga a la pequeña del sistema educativo formal a efectos de que la madre asuma personalmente su educación, dado que esa cuestión ya ha sido resuelta por el órgano administrativo correspondiente que denegó dicho pedido, con lo cual, al no haberse objetado el acto administrativo en cuestión, no quedan dudas de que la niña E. B. debe concurrir a la escuela sin que quepa en este trámite volver a considerar los argumentos que la madre alegó para fundar su solicitud ni los que utilizó el C.P.E. para rechazarla.

Expresa que no se requiere de una decisión judicial que obligue a la Sra. J. B. a que su hija concurra a la escuela pues esa obligación ya le ha sido impuesta, en primer término por la ley -Art. 129 Incs. a) y b) de la Ley 26.606- y luego por el acto administrativo que desestimó su petición de que se la autorice a que su hija se educada en su casa, lo que le fue notificado a la madre el 23/12/2014.

Afirma que, en consecuencia, solo resta hacer cumplir a la progenitora con la obligación que indudablemente tiene de enviar a su hija al colegio y esa función ha sido conferida legalmente al Consejo Provincial de Educación, que no requiere de intervención judicial.

Señala que la Ley Nacional 26.606 delega en las provincias el deber de asegurar el derecho a la educación en su ámbito territorial, cumplir y hacer cumplir la ley, para lo cual la provincia de Neuquén ha dictado la Ley 242, reglamentada por el decreto 572/62.

Sostiene que la Ley 242 en su Art. 23 y la Ley Nacional 26.606 en su Art. 129, Incs. a) y b); atribuyen a los padres el deber de hacer cumplir a sus hijos la educación obligatoria y a su vez, en caso de que aquellos faltaren a esa obligación, establece multas progresivas sin perjuicio de emplearse en casos extremos la fuerza pública.

Agrega que el decreto reglamentario 572/62 establece que el C.P.E. adoptará las medidas necesarias, dictará los reglamentos pertinentes y designará los agentes judiciales que considere oportunos con el objeto de hacer efectiva la obligación de los padres de cumplir lo que prescribe en Art. 26 y de hacer efectivas las multas y en las ocasiones en que se recurra a la fuerza pública.

Por ello, concluye que corresponde que comprobado el incumplimiento de la progenitora por parte de la autoridad administrativa (C.P.E.) es el propio órgano el que debe tomar las medidas conducentes para hacer cumplir con la educación obligatoria, valiéndose de los medios que proporciona el Art. 23 de la Ley 242 y el Art. 27 del Decreto 572/62, y sin necesidad de que intervenga la autoridad judicial.

Señala que la medida que eventualmente tome el C.P.E. para conseguir el cumplimiento de la escolarización de la niña será ejecutable goza de ejecutoriedad (Art. 55 inc. c) Ley 1284) a punto de encontrarse autorizado para emplear la fuerza pública en casos extremos (Art. 23 Ley 242).

Afirma que las autoridades administrativas no requieren en principio de una sentencia judicial para hacer cumplir la ley, y cita como ejemplo, entre otros, a la grúa municipal que puede remover un vehículo en cumplimiento de la correspondiente acta de infracción, sin que sea necesario que lo ordene un órgano judicial, del mismo modo que puede clausurarse locales gastronómicos que no cumplan con las normas de salubridad o higiene.

Manifiesta que en todos estos casos, los actos administrativos gozan de ejecutoriedad y no requieren intervención de la



judicatura, sin perjuicio de la facultad del administrado de exigir la revisión judicial del acto.

En ese aspecto expresa que la progenitora no ha objetado el acto administrativo del C.P.E. ni alegado su invalidez y que ello distingue el supuesto aquí presentado del caso Konrad que invoca la accionante, puesto que en este último la intervención judicial se originó porque los padres demandantes impugnaron el acto administrativo que denegó el pedido de poder educar a sus hijos en su casa y en ese proceso se discutió si tal denegación era constitucionalmente válida.

Concluye que no corresponde en el caso discutir si la madre puede ser eximida de mandar a E. al colegio, pues ya fue resuelto por la repartición administrativa competente al efecto y el acto no fue cuestionado.

Dice que se sigue de ello que las autoridades escolares han comprobado la infracción a lo normado por los Arts. 129, Incs. a y b, de la Ley 242 y Art. 27 del Decreto 572/62 y es por eso que por aplicación del Art. 23 de la ley 242 y 27 del dec. 572/62 corresponde que el C.P.E. disponga las medidas pertinentes para hacer efectiva la educación obligatoria de la niña sin necesidad de intervención judicial.

Finaliza diciendo que la pretensión entablada no puede ser admitida por tratarse de una cuestión que no es justiciable, en tanto es de competencia de las autoridades administrativas legalmente facultadas al efecto.

En virtud de los fundamentos expuestos, resuelve rechazar por inadmisibles la acción promovida.

3. A fs. 16/17 la Sra. Defensora del Niño apela la sentencia por considerar que causa gravamen irreparable al derecho a la educación de su representada, la niña E.B.

Sostiene que el resolutorio incurre en errónea aplicación de las normas jurídicas y aplica normas que han quedado derogadas por otras posteriores.

Señala que las previsiones constitucionales de la acción expedita de amparo, que tiene raigambre convencional en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos del Hombre, no exigen que se agoten las vías administrativas.

Precisa que esa prescripción, sí la contiene la Ley provincial 1.981, en su artículo 3, pero ha quedado derogada por las Constituciones Nacional y provincial, que en sus Arts. 43 y 59, respectivamente, establecen que la vía del amparo se aplica para proteger vulneración de derechos constitucionales, cuando no exista otra vía judicial más idónea. Y dice que con ello quedo zanjada la histórica discusión doctrinaria acerca de los requisitos para habilitar la vía del amparo.

Sostiene que la solución que brinda el decisorio dictado por la Jueza de primera instancia, es la aplicación del Art. 23 de la Ley provincial 242 de creación del Consejo Provincial de Educación. Expresa que esta ley de 1962 instituye un sistema de multas para los padres que no garanticen la escolaridad de sus hijos y también menciona que en casos extremos se empleará la fuerza pública. Colige, que la resolución evita utilizar la vía expedita del amparo porque existiría un procedimiento administrativo que no se agotó.

Agrega que esa norma ha sido derogada por una ley posterior específica que no contiene imposición de sanción pecuniaria a los padres que no llevan a sus hijos a la escuela. Expresa que se trata de la Ley 2.945, denominada Ley Orgánica de Educación, que establece la escolarización obligatoria de los niños desde los 4 años y hasta la finalización del nivel secundario, legisla sobre atribuciones del Consejo Provincial de Educación y derechos y deberes de padres, madres, tutores y tutoras, en el Art. 29 del Capítulo VII. Además establece que los padres deben respetar y hacer respetar los principios constitucionales, las disposiciones de la Ley 2.945 y la normativa institucional.

Se agravia por considerar que las resoluciones judiciales deben garantizar y no demorar el respeto por el interés superior del niño, previsto en el artículo 3 de la Convención internacional de los Derechos del Niño y analizado detalladamente en la Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño, por lo que pide se revoque la resolución dictada por la errónea aplicación del derecho.

Reitera el planteo de la cuestión federal.

4. A fs. 25/26, la Cámara de Apelaciones resuelve confirmar la resolución dictada por el Juzgado de Familia N° 4.

Sostiene que los argumentos expuestos por la apelante no logran conmover mínimamente los razonamientos efectuados por la sentenciante en su correcto análisis de la cuestión.

Expresa que el amparo no es declarado inadmisibles por no haberse agotado la vía administrativa, y en tal sentido, lo manifestado por la quejosa nada tiene que ver con la decisión adoptada por la jueza, ya que ello no fue un



argumento que utilizó la magistrada.

Dice que lo que sostuvo la sentenciante, es que, en relación a la cuestión de fondo, el tema de la escolarización ya ha sido resuelto por el Consejo, y ha quedado firme dicha decisión y puede ser cumplida por la autoridad administrativa quien posee facultades suficiente al respecto.

Señala que ninguno de tales argumentos, y que son en los que se basa la jueza para resolver el tema, han sido cuestionados por la quejosa quien introduce cuestiones que nada tienen que ver con la decisión del caso, razón por la cual lo resuelto debe ser confirmado.

Luego, la Dra. Patricia Clerici adhiere al voto del Dr. Gigena Basombrío y agrega que no encuentra que la Ley 2.945 haya derogado o modificado a su par 242 en cuanto otorga facultades concretas al Consejo Provincial de Educación para hacer cumplir con la educación obligatoria.

Sostiene que es el Consejo Provincial de Educación quien debe arbitrar los medios que la ley pone a su alcance (Art. 23, Ley 242) con el objeto de incorporar efectivamente a la niña E. B. a la educación formal oficial, siendo esta una responsabilidad específica que forma parte de los deberes del cargo de todos los funcionarios que lo conforman (Art. 3 ley 242).

5. A fs. 28/32 vta., las defensoras de los Derechos del Niño Adolescente, Dras. Nara Oses y Silvia Acevedo deducen recurso de Inaplicabilidad de Ley y de Nulidad Extraordinario contra la resolución dictada por la Cámara.

Denuncian que el decisorio les causa agravio constitucional.

Sostienen que la sentencia es nula porque omitió decidir sobre la cuestión planteada oportunamente, que es la aplicación en el caso del principio constitucional del interés superior de niño y de la Observación 14 del Comité de los Derechos del Niño.

Destaca que justamente la no aplicación de ese principio fue uno de los agravios presentados en el escrito de apelación.

Afirman que la sentencia debió decidir de qué modo su contenido impacta en la salvaguarda del derecho a la educación de E.B.

Invoca el interés superior del niño, definido en la Ley provincial 2.302, Art.4; Ley Nacional 26.061, Art. 3.

Denuncia que el decisorio de Cámara no analiza la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño denominada "El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial".

Señala que ante la vulneración de un derecho constitucional, no le cabe al Poder Judicial exigir que otro cumpla con la tarea que considera no cumple, sino que debe remediar el quebrantamiento del derecho.

Explica que si la Cámara hubiera evaluado la aplicación de la Observación General hubiese advertido que el Comité subraya que el interés del niño es un concepto triple", un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento.

En ese último aspecto, prescribe que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior de los niños requiere de garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones, debe de dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En ese sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión; es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión, y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

Observa que la resolución que recurre nada dijo de este articulado que obliga a quienes deciden sobre derechos de niños.

Finalmente, afirma que el decisorio violó la aplicación del amparo constitucional, que debe ser un medio expedito, que brinde de manera urgente un cauce procesal ante la vulneración de un derecho constitucional.

Analiza que la sentencia dictada por la Alzada dice que no estaríamos frente al supuesto de remisión a una solución administrativa porque la resolución de primera instancia no lo dice. Sin embargo, se interroga cuál es la solución que



brinda el decisorio de primera instancia, que el Consejo Provincial de Educación aplique una multa a la madre de E. Afirma que queda expuesto que no existe en la actualidad ese dispositivo, sino por qué razón la escuela primaria presenta el caso a la Defensoría del Niño.

Sostiene que al negarle justiciabilidad al reclamo, al decir que no estamos ante una cuestión justiciable sino de la esfera del poder administrador, se decide que primero debe agotarse una instancia administrativa que el propio sistema educativo no reconoce posible.

Señala que ambas sentencias le quitan la entidad de derecho constitucional en juego a la cuestión planeada que viola el Art. 43, primer apartado, de la Constitución Nacional y deja a la niña E. B. sin la protección de la tutela judicial efectiva y sin acceso a la justicia, a pesar de las reglas de Brasilia.

Insiste en que la sentencia niega la posibilidad de discutir judicialmente la salvaguarda del derecho a la educación de una niña que debería cursar ya su segundo año de escolaridad primaria, viola el Art. 3 de la Convención Internacional de Derechos del Niño y el Art. 43 de la Constitución Nacional. Formula reserva de cuestión federal.

6. A fs. 36/45 vta. dictamina el Defensor General.

Puntualiza que nos encontramos ante un caso especial por cuanto la niña E., nacida el 20/06/2008, se encuentra impedida de ejercer su derecho a la educación gratuita y obligatoria, por expresa decisión y omisión de su progenitora, desde septiembre de 2014 y hasta el 25 de marzo de 2015, no obstante el conocimiento de esta situación por parte del Consejo Provincial competente.

Considera que la resolución de la controversia suscitada entre la madre de E. B., la escuela N° 121 y el Consejo Provincial de Educación requiere de la intervención judicial, tal como lo ha peticionado la Defensora del Niño y Adolescente, a fin de tutelar los derechos de E. B., quien por su corta edad no tiene capacidad para ejercerlo per se.

Destaca la legitimación del Defensor del Niño y Adolescente como parte legítima esencial y en todo asunto judicial o extrajudicial en que intervenga un menor de edad, e incluso para deducir todas las acciones y adoptar las medidas que sean necesarias para su mejor defensa del juicio, bajo pena de nulidad de todo acto que tuviera lugar sin su participación.

Asevera que la intervención judicial deviene ineludible dado el conflicto de intereses generado entre la representante legal y su hija menor; debiendo ponderarse para su resolución, los preceptos con jerarquía constitucional incorporados en el Art. 75, Inc. 22, específicamente por aplicación del principio rector "interés superior del niño" a que alude el Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño.

Remarca que dicho principio, constituye una pauta objetiva de decisión ante los intereses en juego a fin de determinar lo que resulta de mayor beneficio para la menor de edad, y como tal, consiste en la máxima satisfacción, integral y simultánea de sus derechos y garantías (Art. 3, Ley 26.061). Y al mismo tiempo, un instrumento técnico que otorga suficiente poder a la judicatura, que deberán apreciar tal interés, de acuerdo a las circunstancias propias y singulares de cada caso.

Se refiere también a la norma del Art. 12 de la Convención de Derechos del Niño que consagra el derecho que tienen los niños y las niñas a ser oídos, a expresar su opinión, que esta sea tenida en cuenta en función de su edad y madurez y particularmente en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño.

Destaca que la niña se encuentra sin concurrir a la escuela desde septiembre de 2014, conforme surge del informe social de fs. 7.

Observa que del mismo informe resulta que en entrevista efectuada a la progenitora, cuando se abordó la necesidad de la importancia del rol de la escuela, su obligatoriedad y la socialización de la niña en otros grupos que trasciendan su familia, la Sra. B. J. reafirmó su decisión de que su hija no asista a la escuela, por no coincidir con la enseñanza oficial con conocimiento de las implicancias legales que podrían surgir.

Sostiene que ha quedado demostrado con la clara manifestación de la madre en omitir el cumplimiento de la educación gratuita y obligatoria que le asiste a su hija conforme el sistema jurídico vigente, por lo que, la intervención judicial se impone a fin de garantizar el acceso a la jurisdicción y tutela efectiva de E.B.

Agrega que dichas garantías han sido objeto de compromisos asumidos por el Estado mediante la suscripción de



diversos tratados internacionales de derechos humanos (Arts. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional; 18 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 8 y 10 de la declaración Universal de Derechos del Hombre; 3 y 12 de la Convención de Derechos del Niño; 8.1, 24, 25.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 14.1 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

Cita la pauta establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que dice que siempre que aparezca de modo claro y manifiesto la ilegitimidad de una restricción cualquiera a alguno de los derechos esenciales de las personas, así como el daño grave e irreparable que se causaría remitiendo el examen de la cuestión a los procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales, corresponderá que los tribunales restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del amparo.

Estima que en el caso, la omisión por parte de la progenitora de la obligación de educar a su hija surge evidente, conforme lo ha expresado ratificando su decisión de otorgar educación formal en el domicilio de ambas y responsabilizarse por creer en un tipo de enseñanza centrada en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores que la guían según sus creencias.

Destaca que la omisión de enviar a E.B. a la escuela data del 15 de octubre de 2014, provocándole un daño concreto y grave a su hija que solo podrá ser reparable por esta vía urgente y expedita.

Añade que si bien es cierto que la Administración –en el caso el Consejo Provincial de Educación- posee amplias facultades otorgadas para el cumplimiento y ejecución de sus actos a través del ejercicio de la función administrativa, ello no implica confundirlas con las facultades jurisdiccionales que de manera exclusiva competen al Poder Judicial.

Refiere que la función judicial es ejercida por un órgano imparcial e independiente, ya que conforme el Art. 18 es inviolable la defensa en juicio de la persona y los derechos y que el Art. 109 prohíbe al Poder Ejecutivo ejercer funciones judiciales.

Enfatiza que es el Poder Judicial el órgano especial y exclusivamente encargado por la Constitución Nacional de ejercer la función de que se trata.

Concluye que las medidas que dicte el Consejo Provincial de Educación, tales como multa y uso de la fuerza pública, si bien gozan de ejecutoriedad y ejecutividad, no bastan para tutelar de manera judicial y efectiva el derecho de la niña E.B. Y reitera que es el Poder Judicial a quien le compete otorgar tutela judicial efectiva a la niña, a través de un proceso en el que pueda ser oída, al igual que su progenitora y el Consejo Provincial de Educación.

Destaca que el objetivo de las normas procesales es hacer efectivas las garantías, la forma al servicio del fondo y no a la inversa.

Afirma que la interpretación efectuada por los sentenciantes vulnera el derecho a la jurisdicción que posee el Ministerio Público en representación de E.B., toda vez que impide ocurrir a los tribunales y utilizar un proceso eficaz y exigir un pronunciamiento judicial en tiempo oportuno.

Finalmente, solicita la intervención del Consejo Provincial de Educación como tercero.

7. A fs.47/48vta. dictamina el Fiscal General respecto de la admisibilidad de los recursos extraordinarios deducidos por la actora y a fs. 54/57 sobre el fondo de la cuestión debatida.

Enfatiza que el concepto interés superior del niño constituye hoy día el prius determinante de la responsabilidad pública en la realización efectiva de los derechos fundamentales de la infancia (cfr. C.S.J.N., Fallos: 318:1269 cons. 10; 322: 2701; 324:122).

Explica que la Convención de Derechos del Niño introduce el concepto de interés superior del niño como principio garantista que trasciende los ámbitos legislativos o judiciales extendiéndose a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas además del entorno familiar del niño y que sirve a la vez de norma de interpretación o de resolución de conflictos.

Precisa que el concepto se introduce en el Art. 3, 1º párrafo, de la C.D.N. y desarrolla en la Observación N° 14 citada por las recurrentes.

Destaca la manda que indica que todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituye una consideración primordial y tienen la obligación de adoptar todas las



medidas necesarias expresas y concretas para hacer plenamente efectivas ese derecho.

Ante la controversia planteada, entiende que la tutela judicial no se encuentra satisfecha con la mera posibilidad (materia ajena a discernir) de que la administración cuente (o no) con facultades para aplicar multas o hacer uso de la fuerza pública y que solo puede garantizarse a través de la acción de amparo.

Concluye que la Cámara en oportunidad de resolver, omitió ponderar –tal cual lo denunciado por las Sras. Defensoras – la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño necesaria en aras del adecuado resguardo del interés superior del niño, incurriendo en la causal contemplada en el Art. 18 de la Ley Casatoria.

Y finaliza expresando que lo dicho no implica judicializar cada caso, sino dar una respuesta judicial concreta frente a una pretensión pertinente solicitada por el órgano legitimado para ello, cuando se invoque conculcación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

5) A fs. 61 se suspende el llamado de autos para convocar a audiencia a la progenitora, las Defensoras, el Director de Nivel Primario del Consejo Provincial de Educación y a los Sres. Defensor y Fiscal General, la que tiene lugar el 14 de diciembre conforme se deja constancia a fs. 89 y vta.

II. Sentado lo expuesto, corresponde señalar que la instancia se abrió en razón de que se encuentran involucrados derechos de la niña E.B. a quien el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujeto activo de derechos y le asigna especial protección, privilegiando su interés superior y la prioritaria efectivización de sus derechos. Liminarmente corresponde precisar que en el presente texto el vocablo niño, comprende a las persona menor de 18 años, sin distinción alguna de género, conforme la Observación General N° 14 del C.D.N. (Art. IV-C.I.C.) 21 Y Convención de Derechos del Niño (Arts. 1 y 2.1).

Cabe considerar que el interés superior del niño, está consagrado en la Convención de Derechos del Niño (Art. 3 CIDN - Art.75, Inc. 22 Constitución Nacional) y sus alcances se precisan en la Observación N°14 del Comité de Derechos del Niño.

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

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

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

Recordemos que la C.I.D.N. establece en su Art. 3.1:

"en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

Y además, crea en sus Arts. 43 y 44 un órgano especializado para examinar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados partes, al que denomina: Comité de los Derechos del Niño (en adelante C.D.N.). Precisamente, para vigilar y analizar el cumplimiento de la Convención, el Comité se ha dado a la tarea de mantener una comunicación permanente con los Estados a fin de promover los derechos de la infancia y adolescencia internacional y para ello ha emitido hasta el presente 18 Observaciones Generales.

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

En el punto 1.A.6 "El Comité subraya que el interés superior del niño es un concepto triple: a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa



(aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

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

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

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

Ahora bien, de la lectura de las sentencias dictadas por la Jueza de Primera Instancia -que rechaza in limine el amparo deducido por la Defensora de los Derechos del Niño y cuyo objeto es escolarizar a la niña E.B.- y por la Cámara de Apelaciones -que confirma la decisión-, surge evidente que no se hace mención ni consideración alguna, al derecho constitucional del interés superior del niño.

Ello importa el incumplimiento con la obligación del Estado de garantizar en todas las resoluciones judiciales el derecho del interés superior del niño en los términos prescriptos en el Art. 3 de la C.I.D.N. y analizado detalladamente, como ya se ha mencionado, en la Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño.

Corresponde señalar que la omisión en que incurren los decisorios dictados por la Alzada y la Jueza de Primera Instancia, reviste gravedad por el carácter constitucional del derecho cuya ponderación se omite (Art. 75, Inc. 22, C.N), la calidad de persona en situación de vulnerabilidad de la niña titular (conf. Reglas de Brasilia, Ac. 4612/10 T.S.J. y Acordada N° 5/09 C.S.J.N.), y por encontrarse comprometida la responsabilidad del Estado Argentino en el cumplimiento de las obligaciones contraídas con la comunidad jurídica internacional.

Y es que, más allá del planteo concreto de la partes -fs. 17-, la ponderación del interés superior es una consideración primordial que compete y obliga a todos los organismos del Estado (incluidos los tribunales), puestos a tomar una decisión que involucre derechos de niños.

Cabe alertar acerca de que el cumplimiento de la manda constitucional-convencional, no se agota con la simple invocación de que se ha tenido en cuenta "el interés superior" (que por otro lado, ni siquiera ha sido mencionado por los sentenciantes de primera ni segunda instancia), sino que éste debe ser objeto de concreta y explícita evaluación y determinación, sopesando los diversos intereses en juego, conforme el procedimiento establecido en la Observación General N° 14 del C.D.N., p. V) Aplicación: la evaluación y determinación del interés superior del niño.

Es así, por cuanto el interés superior del niño es un concepto dinámico, que abarca diversos temas en constante evolución.

Ha sido definido como "la máxima satisfacción integral y simultánea de derechos" (Art. 3 de la Ley 26.061 y 4 de la Ley 2.302).

El objetivo del interés superior del niño es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño (conf. Observación General N° 5 párrafo 12, Comité Derechos del Niño).

Y su "consideración primordial" significa que el interés superior del niño no puede estar al mismo nivel que todas las demás consideraciones (cfr. Observación General N°14 C.D.N. IV, 4.)

Luego, la interpretación de las normas aplicables para resolver el presente caso debe ser la que satisfaga de manera más efectiva aquel interés superior de la niña E.B., en concreto. (Punto I.A. 6 b) Obs. Gral. N° 14 C.D.N.).

Además, en la fundamentación del resolutorio debe explicitarse cómo la decisión adoptada es la que mejor garantiza el interés superior del niño. (Punto I.A.6 c) Obs. Gral. N° 14 C.D.N.).

En el caso, no han cumplido, los sentenciantes, con la obligación que como integrantes de un órgano del Estado les



corresponde –por mandato constitucional y convencional-, de tener en consideración primordial el interés superior de la niña E.B. a la hora de resolver sobre sus derechos.

Cabe ponderar, además, la relevancia de los derechos involucrados (derecho a la educación, tutela judicial efectiva) y la especial protección que el ordenamiento convencional y constitucional asigna a la infancia.

Más aún, cuando lo resuelto obtura la posibilidad de acceso a la jurisdicción de la Defensoría del Niño, quien ejerce la acción ante la existencia de intereses contrapuestos entre la niña y su progenitora, en tanto se denuncia que la conducta materna es el acto manifiestamente arbitrario e ilegal que vulnera el derecho constitucional de la niña, lo que conlleva incumplimiento de la responsabilidad parental en lo atinente a la educación de su hija (Art. 103 b), II) del Código Civil y Comercial, por lo cual la intervención judicial deviene imprescindible.

Es importante recordar que en ningún caso, la búsqueda de soluciones alternativas a la judicialización de los conflictos -que por otro lado, consta en autos se ha llevado a cabo, aunque con resultado negativo-, puede ser motivo para no atender a quien acude en busca de tutela judicial efectiva.

También se debe considerar que la demora en la urgente satisfacción del derecho cuya vulneración se denuncia, ocasiona un perjuicio grave actual y futuro a la niña titular (teniendo en cuenta que al presente tiene casi 8 años y no asiste a la escuela primaria).

En ese aspecto cabe recordar que la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable impone al Estado diligencia y celeridad en los procedimientos que involucran la especial protección de los Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes a fin de no incurrir en responsabilidad internacional.

Por todo lo expuesto, concluyo que hay infracción constitucional en tanto la judicatura en las instancias anteriores omite total y absolutamente su obligación de brindar atención primordial al interés superior del niño contemplada en el artículo 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional) y en la Observación N° 14 del Comité de Derechos del Niño.

En consecuencia, en virtud de la función de control de constitucionalidad que a este Cuerpo atañe y conforme las proyecciones de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes Strada y Di Mascio, corresponde nulificar los decisorios dictados a fs. 25/26 y 14/15vta.

III. Luego, en virtud de las muy particulares características del caso, habré de propiciar una solución que considero es la que brinda mejor y más pronta satisfacción al interés superior de la niña E.B. teniendo en cuenta la conceptualización y desarrollo que sobre ese tópico formulé en el capítulo precedente y la evaluación y determinación concreta que realizo en el presente.

En ese sentido, coincido con el criterio sustentado por el Máximo Tribunal Federal que ha resuelto reiteradamente que cuando se trata de resguardar el "interés superior del niño", atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional. La consideración primordial del interés de los menores, que la Convención sobre los Derechos del Niño impone a toda autoridad en los asuntos concernientes a estos, orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos (cfr. C.S.J.N., sentencia del 15/6/2004 en "Lifschitz, Graciela B. vs. Estado Nacional", Fallos 327:2413; ídem "Guckenheimer Carolina Inés y otros c. Kleiman Enrique y otro", del 06/02/2001, Fallos 324:122).

Ampliando ese razonamiento, la Corte Nacional ha juzgado que:

"Conviene tener presente asimismo que siendo que la consideración primordial del interés del niño, viene tanto a orientar como a condicionar la decisión de los magistrados llamados al juzgamiento de estos casos" (v. doctrina de Fallos: 318:1269, cons.10; 322:2701; 324:122; citada en el dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en C.S.J.N., 'Guarino Humberto y otra', del 19/02/2008, en Fallos 331:147).

Es por ello, y en virtud de las razones que seguidamente expondré, que se impone brindar pronta y plena respuesta a la cuestión planteada a fin de garantizar los derechos de la niña E.B.

Ante todo, resulta oportuno recordar que la acción de amparo tiene consagración constitucional a nivel nacional y provincial.



"Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, 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 y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. [...]" (Art. 43 Constitución Nacional).

"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 [...]" (Artículo 59 de la Constitución Provincial).

En ese marco y para un mejor abordaje del caso, estimo oportuno puntualizar algunas particularidades del trámite:

1. La cuestión que nos convoca es una acción de amparo promovida por la Defensoría de los Derechos de los Niños y Adolescentes, contra la Sra. J.B. en virtud de considerar manifiestamente arbitraria la decisión de aquella de no enviar a su hija E.B. a la escuela primaria, lo que viola el derecho constitucional de la niña a educarse. Solicita se le ordene que garantice que su hija E.B. asista a la escuela.

2. Se acredita que previo a la judicialización, han existido distintas instancias de diálogo y abordaje tendientes a que la madre de la niña desista de su negativa a escolarizarla, no obstante lo cual no modificó su actitud. (fs. 1/11 actuaciones labradas ante la escuela N° 121, C.P.E., Defensoría de los Derechos del Niño -equipo técnico y Defensora).

3. Consta en autos que la Sra. J.B. ha manifestado ante las autoridades escolares y la Defensoría de los Derechos del Niño, su decisión de no enviar a su hija a la escuela (fs. 1 y 3).

4. A fs. 5/vta expresa que dejar la escuela "[...] fue una decisión de la menor y en respuesta a ello que me comprometo y hago responsable como su madre y tutora de continuar su educación formal en el domicilio particular [...]"

5. La decisión de no escolarizar a su hija fue ratificada expresamente en la audiencia que tuvo lugar en la sede de este Tribunal y a la que la demandada asistió con patrocinio letrado de la Dra. Fabiana Alí, en presencia del Defensor General, Fiscal General, Defensora de los Derechos de los niños y Adolescentes, la Dra. Karina Suárez por el Consejo Provincial de Educación (fs. 89/vta.).

Pues bien, en el marco del proceso constitucional de amparo y con las particularidades del caso y del trámite, corresponde examinar si se acreditan los extremos que invoca la Defensora de los Derechos del Niño.

1. El derecho constitucional lesionado. Derecho a la educación. Nuestra carta magna provincial establece y organiza bajo el Título III Cultura y Educación, Capítulo II un "Sistema de Educación" en todos los niveles y ramas del conocimiento.

Seguidamente dispone que el estado garantiza la educación pública, laica, gratuita y obligatoria desde el nivel inicial hasta completar el nivel medio en sus diferentes modalidades, en las condiciones que la ley establezca procurando que en todas las escuelas se imparta cada ciclo de educación y enseñanza completo (Art. 110, Inc. a).

Además consagra entre los fines de la educación: "formar el carácter de los niños en el culto de las instituciones democráticas, la solidaridad humana, la familia y los principios de moral que respeten la libertad de conciencia (Art. 110, Inc. b).

También estipula que: "es obligatoria la enseñanza del idioma, la geografía, la historia, realidades económica, social y política del país y del Neuquén en especial; de la Constitución nacional y provincial e instituciones republicanas, federativas y comunales en todos los establecimientos de educación, sea de carácter fiscal o particular..." (Art. 110, Inc. e).

Luego, el artículo 111, se titula "Mínimo de enseñanza obligatoria" y expresa:

El mínimo de enseñanza que el Estado se obliga a dar y los habitantes están obligados a recibir que deberá impartirse en las escuelas oficiales, particulares y en el hogar. Las escuelas particulares se sujetaran a las leyes y reglamentos escolares en cuanto al mínimo de enseñanza y régimen de funcionamiento. El Estado fomentará el establecimiento de estas últimas siempre que funcionen en las condiciones prevista por la ley."

Además, conforme el Art. 29 de la C.I.D.N. (Art. 75, Inc. 22 Constitución Nacional y 47 Constitución de la Provincia de



Neuquén), el Estado Argentino debe garantizar la obligatoriedad de una escolarización que se ajuste a los siguientes objetivos: a) Desarrollar la personalidad, aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades. b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de Naciones Unidas. c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país del que sea originario y de las civilizaciones distintas a la suya. D) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena.

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural".

Coincidentemente nuestra Constitución provincial establece el sentido social de la educación (Art. 113) y señala que: "La educación tendrá entre sus fines el de formar el carácter de los niños en el culto de las instituciones democráticas, la solidaridad humana, la familia y los principios de moral que respeten la libertad de conciencia" (Art. 110, Inc. b).

Pues bien, del análisis constitucional precedente surge con claridad que en la Provincia de Neuquén: a. la educación es obligatoria para quienes la habitan; b. desde el nivel inicial hasta el nivel medio. c. se imparte en los establecimientos de educación de carácter fiscal o particular, siempre que estén sujetos a las leyes y condiciones previstas por ley. d. debe ajustarse a los objetivos establecidos en el Art. 29 de la C.I.D.N. y Art. 110, Inc. b), de la Constitución Provincial.

2. La omisión que en forma actual lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho constitucional.

En esta instancia aparece reconocida expresamente por la demandada, la omisión actual en su obligación de garantizar la asistencia de su hija a la escuela primaria. (fs. 1, acta de fs. 3, nota suscripta por la Sra. J.B. a fs. 5/vta, acta audiencia fs. 89/vta.)

La conducta de la titular de la responsabilidad parental lesiona en forma actual con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta el derecho y obligación de su hija E.B. a la escolarización.

Tal gravísima omisión se sostiene desde el 17 de septiembre de 2014 y continúa hasta el presente, encontrándonos ya en el inicio del ciclo escolar 2016.

Cabe además tener presente que la demanda de amparo fue promovida el 7 de abril de 2015.

Este particular escenario me lleva a la conclusión que la cuestión está en condiciones y debe resolverse en la forma más rápida y efectiva para el restablecimiento del derecho vulnerado, en función del interés superior de la niña E.B. por lo que habré de expedirme sobre el fondo de la cuestión.

Para ello, cumplo previamente con la evaluación y determinación del mentado interés superior en el caso concreto (siguiendo las pautas dadas por el Comité de Derechos del Niño en el punto V. de la Observación General N° 14).

Así evalúo que el interés superior de la niña E.B. se encuentra integrado por:

- a) el derecho y la obligación de la niña E.B. a asistir a la escuela primaria,
- b) la obligación de la progenitora de cumplir con la responsabilidad parental, y garantizar la escolarización, que conforme nuestro ordenamiento es obligatoria. La circunstancia de que la niña no asiste a la escuela desde septiembre 2014, y que la madre manifiesta que la educará en su casa ya que no coincide con la educación oficial, es partidaria de una enseñanza centrada en la libre expresión y en la existencia de otros maestros superiores y que respeta la decisión de su hija de no asistir a la escuela,
- c) el derecho de la niña a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo a su edad y grado de madurez, considerando que conforme expresa la Lic. Graciela Parada le "manifestó que le había solicitado no concurrir más a la escuela, ya que deseaba 'estar con su mamá'".
- d) derecho a la tutela judicial efectiva, que debe ser garantizado además por la calidad de persona en situación de vulnerabilidad de la niña y por los intereses contrapuestos con su progenitora, dado el incumplimiento de su responsabilidad parental en el aspecto referido.

Ahora bien, una vez cumplida la evaluación de los derechos, procedo a sopesarlos y determinar concretamente el interés superior de la niña E.B.

Así, concluyo que en este marco, el interés superior de la niña E.B. cuya efectivización resulta primordial, es su derecho –



y obligación- a la escolarización.

Éste prevalece sobre la opinión que la madre pueda tener respecto del sistema de educación formal. Ello así, pues la decisión de excluirla de la escuela conlleva consecuencias dañosas para el presente y futuro de la niña E.B., quien – redundando decirlo- es una persona diferente de la madre y no debe cargar con las consecuencias de decisiones que se fundan en opciones personales de vida.

Sin perjuicio de ello, el derecho que asiste a la progenitora de brindarle una educación de acuerdo a los valores familiares y/o religiosos, podrá ser satisfecho en el seno del hogar, en forma simultánea a la escolarización.

Respecto de la opinión de la propia niña –vertida ante la Lic. Graciela Parada en la Defensoría de los Derechos del Niño y también transmitida por la madre –que siempre ha señalado que fue la niña quien decidió no ir más a la escuela-, la he considerado, mas estimo que en función de su edad no puede ser atendida porque E.B. – que cuenta actualmente con 7 años y medio- no se encuentra en condiciones de evaluar el perjuicio actual y futuro que le ocasiona la exclusión del sistema educativo y que por la misma razón no puede escoger un estilo de vida que contraviene sus derechos.

Luego, corresponde resaltar que la niña E.B. tiene derecho a la tutela judicial efectiva con relación a su derecho a la escolarización, y ello se satisface con la presente resolución.

Conforme los argumentos expuestos, a fin de dar efectiva y pronta protección al derecho del interés superior de la niña E.B., en virtud de las características excepcionales del caso, y en cumplimiento del mandato constitucional-convencional de los Arts. 3.1, 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén); Art. 639, Inc. a), del Código Civil; Art. 3° de la Ley 26.061; y 4 de la Ley 2.302) y Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño, considero corresponde HACER LUGAR a la acción de amparo deducida por la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente y CONDENAR a la demandada B.J. a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija E.B. durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) -Art. 111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art. 239 del Código Penal).

Asimismo, ENCOMENDAR al Sr. Presidente del Consejo Provincial de Educación que en el menor plazo posible adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña E.B., se la inscriba en la escuela primaria que corresponda, brinde acompañamiento y seguimiento en el proceso educativo a la niña y su familia, a través de un equipo interdisciplinario especializado, y en el término de tres días dé cuenta de lo actuado en cumplimiento de lo dispuesto.

Asimismo, deberá presentar informes bimestrales de evolución. Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento el inicio del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso.

Atento que la titular del derecho cuya efectivización se resuelve en autos es la niña E.B. se le deberá INFORMAR de un modo adecuado a su edad y grado de madurez el contenido del presente y en especial que: a. debe asistir a la escuela porque es una obligación de todos los niños y niñas que viven en Neuquén; b. la escuela le dará conocimientos y le permitirá tener más oportunidades en el futuro; c. es bueno que aprenda junto a otros niños y niñas de su edad; y d. la educación que reciba en la escuela es un complemento de la que le dan en su casa, su mamá y otros familiares.

A esos fines, considero pertinente ENCOMENDAR al Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia, la adopción de las medidas adecuadas para cumplir lo dispuesto en el punto 4º) a través de sus profesionales, en forma urgente.

Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento el comienzo del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso.

Finalmente, a fin de dar efectividad a todo lo dispuesto, corresponde ENCOMENDAR el control del cumplimiento del presente decisorio al Juzgado de Familia de Primera Instancia y a la Defensoría de los Derechos del Niño.

V. A la tercera cuestión planteada: sin costas, atento las particularidades del trámite.



VI. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo 1º) NULIFICAR las sentencias dictadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala I- de la Primera Circunscripción Judicial, y por el Juzgado de Familia Nº 4, obrantes a fs. 25/26, y 14/15 vta. respectivamente, por infracción al derecho del interés superior del niño - Art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Arts. 75, Inc. 22 Constitución Nacional y 49 de la Constitución Provincial) y Observación General Nº 14 del Comité de Derechos del Niño-. 2º) HACER LUGAR a la acción de amparo deducida por la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente a fs. 12/13, con fundamento en los Arts. 3.1, 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art. 75, Inc. 22, de la Constitución Nacional y 47, 110 y 111 de la Constitución de la Provincia del Neuquén); Art. 639, Inc. a) del Código Civil; Art. 3º y 15 de la Ley 26.061; y 4 y 23 de la Ley 2.302) y Observación General Nº 14 del Comité de Derechos del Niño, y CONDENAR a la demandada B.J. a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija E.B. durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria) -Art. 111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art. 239 del Código Penal). 3º) ENCOMENDAR al Sr. Presidente del Consejo Provincial de Educación que en el menor plazo posible adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña E.B., se la inscriba en la escuela primaria que corresponda, brinde acompañamiento y seguimiento en el proceso educativo a la niña y su familia, a través de un equipo interdisciplinario especializado, y en el término de tres días dé cuenta de lo actuado en cumplimiento del presente. Asimismo, deberá presentar informes bimestrales de evolución. Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento el comienzo del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso.4º) INFORMAR a la niña E.B. de un modo adecuado a su edad y grado de madurez el contenido del presente y en especial que: a. debe asistir a la escuela porque es una obligación de todos los niños y niñas que viven en Neuquén; b. la escuela le dará conocimientos y le permitirá tener más oportunidades en el futuro; c. es bueno que aprenda junto a otros niños y niñas de su edad, y d. la educación que reciba en la escuela es un complemento de la que le dan en su casa, su mamá y otros familiares. 5º) ENCOMENDAR al Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia, la adopción de las medidas adecuadas para cumplir lo dispuesto en el punto 4º) a través de sus profesionales, en forma urgente. Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento lo expuesto respecto del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso.6º) ENCOMENDAR el control del cumplimiento del presente decisorio al Juzgado de Familia de Primera Instancia y a la Defensoría de los Derechos del Niño. Sin costas, atento las particularidades del trámite. MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO T. KOHON, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Oscar E. MASSEI y la solución propiciada en su bien fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oídos los Ministerios Públicos Fiscal y de la Defensa, SE RESUELVE:

1º) NULIFICAR las sentencias dictadas por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería –Sala I- de la Primera Circunscripción Judicial, y por el Juzgado de Familia Nº4, obrantes a fs.25/26, y 14/15vta respectivamente, por infracción al derecho del interés superior del niño - Art.3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño (Arts.75, Inc. 22, Constitución Nacional y 49 de la Constitución Provincial) y Observación General Nº14 del Comité de Derechos del Niño. 2º) HACER LUGAR a la acción de amparo deducida por la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente a fs. 12/13, con fundamento en los Arts.3.1, 28 y 29 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (Art.75, Inc.22, de la Constitución Nacional y 47 de la Constitución de la Provincia de Neuquén), Art.639, Inc. a), del Código Civil; Art.3º y 15º de la Ley 26.061 y 4 y 23 de la Ley 2.302) y Observación General Nº14 del Comité de Derechos del Niño, y CONDENAR a la demandada B.J. a garantizar el cumplimiento del derecho y obligación a la escolarización de su hija E.B. durante todo el lapso de su educación obligatoria (primaria y secundaria)-Art.111 de la Constitución Provincial), bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia a una orden judicial (Art.239 del Código Penal). 3º) ENCOMENDAR al Sr. Presidente del Consejo Provincial de Educación que en el menor plazo posible adopte las medidas adecuadas para la reinserción escolar de la niña E.B., se la inscriba en la escuela primaria que corresponda, brinde acompañamiento y seguimiento en el proceso educativo a la niña y su familia, a través de un equipo interdisciplinario especializado, y en el término de tres días dé cuenta de lo actuado en cumplimiento del presente.



Asimismo, deberá presentar informes bimestrales de evolución. Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento el inicio del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso. 4º) INFORMAR a la niña E.B. de un modo adecuado a su edad y grado de madurez el contenido del presente y en especial que: a. debe asistir a la escuela porque es una obligación de todos los niños y niñas que viven en Neuquén; b. la escuela le dará conocimientos y le permitirá tener más oportunidades en el futuro, c. es bueno que aprenda junto a otros niños y niñas de su edad; y d. la educación que reciba en la escuela es un complemento de la que le dan en su casa, su mamá y otros familiares. 5º) ENCOMENDAR al Equipo Interdisciplinario del Fuero de Familia, la adopción de las medidas adecuadas para cumplir lo dispuesto en el punto 4º) a través de sus profesionales, en forma urgente. Líbrese oficio en forma inmediata por Secretaría a fin de no frustrar el derecho cuya protección se dispone, atento el inicio del ciclo lectivo 2016 y el período de inscripciones en curso. 6º) ENCOMENDAR el control del cumplimiento del presente decisorio al Juzgado de Familia de Primera Instancia y a la Defensoría de los Derechos del Niño. 7º). Sin costas, atento las particularidades del trámite. 8º). Regístrese, notifíquese con habilitación de días y horas y oportunamente devuélvanse los autos. Con lo que se da por finalizado el acto, previa lectura y ratificación firman los Señores Magistrados por ante el Actuaría, 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](#)

**“ELOSEGUI EDUARDO MIGUEL – ROMERO LUIS FELIPE S/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO
‘IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA’”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Penal – (Expte.: 50/2015) –
Acuerdo: 37/15 – Fecha: 22/12/2015

DERECHO PROCESAL PENAL: Recursos.

ADMINISTRACION FRAUDULENTO. ADMINISTRACION INFIEL. CONCURSO DE DELITOS. EXTINCION DE LA ACCION PENAL. PRESCRIPCION. IMPROCEDENCIA. PLAZO RAZONABLE. INSUBSISTENCIA DE LA ACCIÓN PENAL. DERECHO DE DEFENSA. IMPUGNACION EXTRAORDINARIA.

1.- Corresponde declarar la inadmisibilidad de la impugnación deducida por la Defensa y confirmar el pronunciamiento del Tribunal de Impugnación el que a su vez hace lo propio con su similar dictado por la Jueza de Garantías, por el que se rechazó la pretendida prescripción e insubsistencia de la acción, como así también, el planteo de congruencia, pues el a quo dio respuesta a todos los agravios planteados, aportando las razones por las que concluyó que la acción penal no se encuentra prescripta ni se verifica la insubsistencia de la misma, tras analizar y descartar la pretendida afectación del plazo razonable; todo ello a partir de las circunstancias concretas del caso –aportadas por las partes en la audiencia-, siendo el criterio y la solución adoptados acordes a la normativa constitucional y convencional vigente, como así también, a la doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia. No se



verifica 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.).

2.- A los fines de la prescripción, la pena a considerar en el caso de administración fraudulenta es la de seis años de prisión, en virtud de la aplicación del artículo 54 y 62 inciso 2 del Código Penal, ya que es esa la pena máxima prevista en los artículo 173 inciso 7 -por remisión al 172- y la del 174 inciso 6 del mismo ordenamiento legal. Ello se condice con lo resuelto por la Jueza de Garantías, que toma la fecha de la declaración de quiebra de la empresa (año 2006) a los fines del inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal (cfr. registro de audio-video y acta de la audiencia del 26/08/2014), y que fue confirmado por el Tribunal de Impugnación.

Además, de la lectura del libelo impugnatorio se desprende la existencia de actos que interrumpieron la prescripción, conforme al artículo 67 cuarto párrafo del código de fondo, esto es, el primer llamado a indagatoria ya que se menciona que los dos imputados prestaron esa declaración en los años 2009 y 2010 –se infiere que los respectivos primeros llamados a tal acto fueron previos-, por su parte, la Fiscalía manifestó que el primer llamado a prestar declaración indagatoria fue el 10/12/2009; asimismo, la Defensa aludió a que el requerimiento de elevación a juicio fue en el 2013. Es decir que sólo cabe concluir que no se produjo la extinción de la acción penal por prescripción.

3.- En el presente legajo, el tiempo transcurrido resulta razonable considerando las características –temporales y modalidades de comisión- del ilícito atribuido a los imputados –administración fraudulenta-, tal como lo hicieron notar todos los integrantes del Tribunal de Impugnación. Además, ante esta instancia, la propia exposición de la Defensa respecto a la serie de actuaciones llevadas a cabo hubo una actuación del Ministerio Fiscal, desde la formulación de la denuncia (24/10/2006) hasta la actualidad, acorde a la naturaleza del hecho atribuido y dentro de los parámetros legales y constitucionales previstos, como así también, resulta importante destacar que los imputados nunca se encontraron privados de su libertad durante el trámite de la causa –reconocido también por la Defensa- y que la resolución del caso resulta inminente. Consecuentemente, se comparte la respuesta dada por el a quo al rechazar el planteo de insubsistencia de la acción penal.

4.- No se verifica la omisión del control de convencionalidad, si el Tribunal de Impugnación dio debido tratamiento y respuesta a la supuesta afectación de la garantía del plazo razonable.

5.- De las exposiciones de las partes en las audiencias ante el a quo y ante esta Sala, como así de las demás constancias del caso, surge que los imputados pudieron ejercer en todo momento su derecho de defensa, con el anterior sistema procesal y



con el actual, tomaron conocimiento de los hechos imputados y de las distintas actuaciones llevadas a cabo, con la indicación de las fechas precisas, pudieron intervenir y ser oídos en los distintos actos, en los que actualmente prima la oralidad y el principio contradictorio; es más, ante lo expuesto por la querrela –en la audiencia ante esta instancia- sobre la actividad presuntamente dilatoria de la defensa, el Defensor hizo notar que la actividad de esa defensa técnica –incluida la recursiva- sólo traslucía el ejercicio legítimo del derecho de los imputados. En ese orden de ideas, no se produjo ninguna mengua del derecho de defensa de los nombrados y a diferencia de lo sostenido por la parte recurrente, conforme a los datos conocidos en el marco de esta vía impugnativa, el caso se encuentra en condiciones de resolverse en un plazo inmediato.

Texto completo:

ACUERDO N° 37/2015: En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidos (22) 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 EVALDO DARÍO MOYA y MARÍA SOLEDAD GENNARI, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para resolver en los autos caratulados: "ELOSEGUI EDUARDO MIGUEL – ROMERO LUIS FELIPE S/ ADMINISTRACIÓN FRAUDULENTO 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" (Expte. Nro. 50 Año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES:

I.- El Tribunal de Impugnación, en la oportunidad integrado por los magistrados Alejandro CABRAL, Richard TRINCHERI y Fernando ZVILLING, por resolución de fecha 04/05/15 (registro Nro. 48/2015, Legajo Nro. 10456/2014) confirmó el pronunciamiento de la Jueza de Garantías, por el que se rechazó la pretendida prescripción e insubsistencia de la acción, como así también, el planteo de congruencia –respecto a que se habría resuelto de manera distinta a la planteada por las partes-.

II.- Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, la Defensa Oficial interpuso impugnación extraordinaria a favor de Luis Felipe ROMERO y Eduardo Miguel ELOSEGUI.

Adujo que la decisión cuestionada sería equiparable a sentencia definitiva y que se generaría incertidumbre por una indefinición procesal ante la presunta prolongación injustificada del proceso, lo que ocasionaría un perjuicio actual de insusceptible reparación ulterior.

Encauzó la impugnación por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N.

Se agravó por una supuesta vulneración del plazo razonable, del derecho de defensa y de una omisión del control de convencionalidad –asociados a la primera garantía mencionada- (artículos 18 y 75 inciso 22 de la C.N.; 7.5 y 8.1 de la C.A.D.H.; 87 y 119 del C.P.P.N.).

Reseñó los antecedentes del caso:

a) Los hechos atribuidos configurarían el delito de administración fraudulenta al haber sido –los imputados- directivos de la empresa ORFIVA S.A.;

b) se habrían cometido en los años 1993, 1995, 1996, 1997, 1999, 2000 y 2001 –cfr. págs. 17/18-.

c) El 16/06/06 se habría declarado la quiebra de la sociedad mencionada.

d) La denuncia se habría formulado el 24/10/06 ante la Fiscalía y remitida a delitos complejos de ese Ministerio; el 12/02/07 se habría pedido prórroga de la investigación preliminar fiscal, la que habría sido concedida por sesenta días.

e) El 10/07/08 se habría presentado requerimiento de instrucción.

f) En el año 2009, el Síndico del proceso concursal formularía una presentación, que originó una nueva causa en la que la Fiscalía habría pedido prórroga por sesenta días para la investigación preliminar y el 19/08/09, habría solicitado la



acumulación porque se trataría de los mismos hechos investigados.

g) La fecha de las indagatorias de: ELOSEGUI sería el 29/12/09, y el 16/03/10 y 06/10/10 de ROMERO (cfr. fs. 34 vta.).

h) A fines del año 2013, elevación a juicio (cfr. fs. 37 vta.).

i) Con el actual código de rito, se habría readecuado con el requerimiento fiscal de apertura a juicio, no se habría pedido declaración de causa compleja conforme los artículos 223 a 225 del C.P.P.N.; por su parte, la Defensa habría solicitado una audiencia para sostener un pedido de sobreseimiento (artículos 168 y 161 del mismo ordenamiento).

j) Que la OFIJU habría fijado las dos audiencias para el mismo día y hora, acordándose entre las partes que se trate, como cuestión previa, la petición de sobreseimiento por prescripción de la acción penal y subsidiariamente, la insubsistencia de la misma y afectación de la garantía del plazo razonable; aclarando que la Fiscalía se opuso a la pretensión defensiva.

k) El 26/08/14, la Jueza de Garantías sostuvo que los hechos se habrían consumado al producirse la quiebra de ORFIVA S.A. y que a partir de ese momento correría el plazo de prescripción; entendiéndose que el delito de administración fraudulenta sería un delito de resultado e instantáneo, que requeriría un tiempo entre las conductas infieles con el resultado producido, como así también, que las conductas atribuidas habrían tenido como efecto la quiebra de la empresa, siguiendo los lineamientos del precedente "POMPAS" de la C.S.J.N. y que en consecuencia, rechazó los planteos de la Defensa.

l) Contra esa decisión, se dedujo impugnación ordinaria a favor de los imputados, la que fue declarada inadmisibles por el Tribunal de Impugnación; por lo que se interpuso una queja, a la que este Tribunal Superior hizo lugar el 09/03/15 y se reenvió el legajo para el tratamiento de la impugnación ordinaria –con otra integración del tribunal correspondiente–.

m) El a quo rechazó por unanimidad lo planteado por la Defensa -resolución aquí cuestionada- y confirmó lo decidido por la Jueza de Garantías, sosteniendo que la conducta imputada desde el año 1993 sería considerada un acto único de administración infiel; que desde ese año hasta la quiebra se sucedería una serie de acontecimientos, inclusive actos omisivos como "la no presentación" en 2005 y 2007, que inclusive en una "fecha muy próxima" a la señalada por la Jueza de Garantías sería la fecha de la quiebra de la empresa. Que se rechazó el planteo de congruencia -aclaró que, en realidad, sería un planteo de arbitrariedad por apartamiento del contradictorio-, entendiéndose que la prescripción es de orden público y que los jueces aplicarían el derecho más allá "...de las peticiones concretas desde el punto de vista de la fundamentación que pueden efectuar las partes..." y que se habrían mejorado los argumentos de la resolución en función de la ampliación de fundamentos dados en la audiencia por el Ministerio Fiscal (fs. 35 vta.). En cuanto al planteo de insubsistencia y presunta afectación del plazo razonable, que el a quo sostuvo que la Fiscalía habría señalado la complejidad de las maniobras, que demandaría menos de tres años luego de las indagatorias y a partir de esa fecha se encontraría en condiciones de llevarse a debate; que en abril de 2014 se solicitó la audiencia de control de acusación, por lo que no advertirían ningún tipo de dilación por parte de dicho Ministerio, por lo que tampoco se encontraría vencido un plazo que afectara la garantía del plazo razonable, conforme a la doctrina de la C.S.J.N., de este Tribunal Superior ni por los tratados internacionales suscriptos por el país.

La Defensa expuso que a la fecha de la denuncia y declaración de quiebra la mayoría de los actos se encontrarían prescriptos y que los restantes se prescribirían durante el proceso.

En cuanto a la insubsistencia de la acción, expresó que la garantía del plazo razonable se encontraría reglamentada en la legislación procesal, en el artículo 87 como un plazo rector para considerar cuando se habrían excedido los plazos del proceso.

Aludió a los factores que tendrían que tenerse en cuenta para la determinación de la razonabilidad del plazo: 1) Que no se trataría de un caso complejo sino trabajoso por el volumen, lo que no podría confundirse; que la complejidad sería una cuestión técnica, cuando fuera declarada judicialmente (artículos 223 a 225 del rito) lo que no habría sucedido en este caso. Argumentó que "...las múltiples actividades como sus actos de administración, de una gran empresa como lo ha sido ORFIVA S.A se realizaban en tiempo real es decir a medida que iban sucediendo los acontecimientos. De modo tal que la actividad llevada a cabo por parte de los dos investigados no sólo era registrada en los libros sino que puede ser verificada si no lo es inmediatamente por lo menos en tiempo razonable. Si como



sostienen las acusadoras los actos eran realizados sólo por las dos personas imputadas los actos a verificar no eran de todo el grupo empresario sino donde figuren ellas por lo que dicha verificación no es una tarea enmarañada sólo es trabajosa pero no dificultosa. Por otra parte no se trataban de actos ocultos sino precisamente de actos de administración públicos y registrados..." (fs. 36 vta.) y que nada justificaría más de ocho años de trámite ni una espera de más de diez años para ponderarlos y denunciarlos. 2)

Que las conductas de los imputados no habrían constituido obstáculo alguno para el trámite de la causa, que prestaron declaración indagatoria, habrían estado a derecho y que no sería un óbice, el que no hayan sido privados de su libertad, para que se considerara un exceso del plazo razonable, que sería una garantía para todo sujeto sometido a proceso. 3) Además, en relación a la actividad de las autoridades, expresó que se habría iniciado con un procedimiento mixto en el que intervino un juez de instrucción pero que el Ministerio Fiscal efectuaba el requerimiento de instrucción. Que desde el inicio se habría aceptado la realización de una investigación por hechos que al momento de la denuncia ya se encontrarían prescriptos como así que se atribuirían conductas de administración por supuestos hechos en los que ni siquiera serían parte de la empresa como presuntamente los de administración y avatares económicos de 1993 y que no se ponderaría como elemento objetivo el funcionamiento empresario con las crisis económicas que desembocaron en la del año 2001, que se negaría una realidad económica general, pública y notoria.

Agregó que no se habrían cumplido los plazos legales para la tramitación del proceso (el juez de instrucción habría concedido sesenta días de prórroga para la investigación preliminar fiscal que no condeciría con ninguna norma legal; que el requerimiento de instrucción se efectuaría fuera de término y que desde las indagatorias no habrían prórrogas, según el anterior código procesal provincial). Que el requerimiento de elevación a juicio, repetido –en el nuevo sistema procesal hoy vigente- con la petición de apertura a juicio habría sido presentado luego de más de siete años de trámite y que se solicitaría una pena que tendría un máximo de seis años de prisión.

En referencia a la presunta afectación al derecho de defensa, criticó que el a quo habría fijado de modo dogmático la fecha de la quiebra como punto de partida de la prescripción, que no se daría una fecha cierta sino que se la sugeriría.

Opinó que la adopción de la fecha de la quiebra como inicio del plazo para rechazar la prescripción y en subsidio, la insubsistencia de la acción sería arbitraria, no se condeciría con los elementos objetivos de los tipos penales atribuidos; dijo que no sería "...un requisito de los tipos enrostrados (Defraudación especial por administración fraudulenta en concurso ideal, previstos [...] por los arts. 173 inc. 7º, 174 inc. 6º y 54 del C.P.), sino que tal punto de partida corresponde al delito del art. 176 (quiebra fraudulenta)..." (fs. 38 vta./39). Que ignoraría los plazos transcurridos en el proceso y los actos que habrían quedado fijados en la acusación. Que una administración, más allá de la unidad que pudiera o no conformar a los fines del estatuto legal, sería una suma de hechos y actos jurídicos diferenciados, determinados, independientes y susceptibles –a su parecer- de ser separados; que no existiría un fundamento basado en derecho que justificara la decisión adoptada.

Discrepó con que el fallo "POMPAS" de la C.S.J.N. fuera aplicable al presente caso, que la materia de tratamiento –en su opinión- sería totalmente diferente; que en el citado precedente la cuestión versaría sobre un doble juzgamiento por hechos que habrían sido atribuidos como concurso real en un caso de defraudación a la administración pública, mientras que, en el presente caso, se imputaría un concurso ideal, que tendría bienes jurídicos protegidos diferentes. Que si bien esa doctrina considera a los actos de administración como únicos no sería menos cierto que establecería el momento del perjuicio a la fecha de la rendición de cuentas que llegaría hasta la desvinculación del obligado, que – en este caso- ROMERO habría renunciado en el año 2001 y ELOSEGUI se habría desvinculado en el 2002.

Reiteró que la presunta indefinición de la situación procesal de los imputados y sin que hubiera –a su parecer- una fecha cierta para que se resolviera, afectaría el derecho de defensa de los nombrados.

Expresó que el a quo habría omitido efectuar un control de convencionalidad respecto a la evolución de la causa y la garantía del plazo razonable; que no se habrían seguido las pautas de interpretación referentes a la materia. Que sólo se tomaría en cuenta la fecha de la quiebra y no la de los hechos imputados que llevarían algunos diez años a la fecha



de la denuncia, como así tampoco el trámite y cómo se habría realizado, que llevaría que aún no hubiera miras de resolución del caso; que tampoco se habría considerado "...lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia en orden a la consideración de cómo debía realizarse la faena revisora en atención a las fechas de los hechos atribuidos..." (fs. 41)

Ofreció -como constancia- las audiencias celebradas en el caso y el legajo del Ministerio Fiscal.

Citó jurisprudencia.

Solicitó que se anule la resolución impugnada y que se declare la prescripción de la acción a favor de los 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 09/11/2015); en este contexto, la causa quedó en condiciones de ser resuelta.

A) En primer término, hizo uso de la palabra la Defensa, el Dr. CANCELA ratificó todos los puntos que fueron motivos de impugnación y manifestó que el recurso sería admisible, que si bien la resolución cuestionada no se trata de una sentencia, a los efectos debe ser considerada como tal, en virtud de que el tiempo transcurrido causaría un perjuicio de imposible reparación ulterior, ante una indefinición procesal que sería bastante pronunciada, ya que la denuncia habría sido radicada en octubre de 2006.

Encauzó esta vía por el artículo 248 inciso 2 del C.P.P.N., adujo que habría motivo para interponer un recurso extraordinario federal, ya que presuntamente se habrían afectado las garantías constitucionales del plazo razonable (art. 8.1 de la C.A.D.H.) y el derecho de defensa. Argumentó que la primera, fue receptada por la C.S.J.N. a través de los casos "MATTEI" y "BARRA", y que también se dijo que cuando el plazo se extiende de forma irrazonable, como en este caso, también afectaría el derecho de defensa, toda vez que los imputados tienen el derecho de que la incertidumbre se pueda dirimir y se pueda resolver su situación frente a la ley y a la sociedad. Agregó que también habría una afectación porque el Tribunal de Impugnación habría omitido hacer un control de convencionalidad; que no habría tenido en cuenta los elementos o las características que se tendrían que analizar cuando se trata de un plazo razonable en virtud de lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que el poder judicial tiene que hacer un control de convencionalidad, con las normas jurídicas internas, la Convención Americana de Derechos Humanos y tener en cuenta lo que opina esa Corte como intérprete de dicha Convención.

Respecto a los fundamentos dados por la Jueza de Garantías y que tuvo en cuenta el momento en que se decretó la quiebra para el cómputo de la prescripción; la Defensa argumentó que aquí se estaría frente a un delito denunciado de administración fraudulenta, que no tendría que ver con la quiebra, que el análisis que hizo la magistrada no sería algo que surgiría claramente del tipo penal previsto en el art. 173 inc. 7 del C.P. En una sociedad anónima no pasaría sólo por los gerentes -que eran estas personas- sino que tienen órganos de administración, de control, etc. Que además, no sería cierto que todos los actos de administración pública sean considerados en el tiempo solamente como una unidad de gestión, que no surgiría del tipo que lo que se estaría protegiendo sería la unidad de gestión. Que la Dra. MALVIDO consideró que como se decretó la quiebra, los hechos anteriores fueron motivo de la misma y teniendo en cuenta el caso "POMPAS" de la C.S.J.N, que estableció que era una sola la administración, tomó como fecha para empezar el cómputo a los fines de la prescripción el día que se dictó la quiebra. Criticó que no sería el mismo tipo penal, sería de administración fraudulenta, fraude a la administración pública, otro tipo de concurso; argumentó que se decidió a favor del imputado porque se dijo que no cometió tantos hechos sino uno solo porque lo que se debe meritar es toda la gestión, insistió que ello no existe en el tipo y hay casos muy específicos. En este caso, la fecha de la que quiebra sería muy arbitraria, los hechos estarían absolutamente prescriptos. Que si se tomara como una gestión, tendría que ser hasta que dure la administración, que ROMERO renunció en el 2001 y ELOSEGUI, en el 2002; por lo que no estarían al momento de la quiebra.

Agregó que existiría una dilación injustificada del proceso, que todavía no se habría resuelto ni estaría cerca del juicio. Que en una intervención anterior, esta Sala Penal, al resolver una queja, destacaría el tiempo de tramitación del legajo sin que se concretara el juicio, la fecha de los hechos imputados, el tiempo que restaría hasta la sentencia; que sería una señal para tener en cuenta. Que tampoco sería un caso complejo, que son sólo dos imputados, que no se podría



decir que no comparecieron a juicio; que habría pasado el tiempo máximo de la escala penal. Reiteró el planteo de insubsistencia de la acción, en subsidio.

Solicitó que se haga lugar al recurso y que se decrete la prescripción o la insubsistencia de la acción. Hizo reserva del caso federal.

B) Luego, por el Ministerio Fiscal, la Dra. María Dolores FINOCHIETTI, Fiscal Jefe, en primer lugar, expuso que el recurso de la Defensa sería inadmisibles, no se dirigiría contra un acto impugnables, ha sido solicitado en la etapa intermedia atacando una denegatoria al pedido de sobreseimiento. Más allá de que la postura de la Fiscalía no habría sido clara a lo largo de todas las instancias por las que transitó el caso; consideró que tal como lo resolvieron la Jueza de Garantías y el Tribunal de Impugnación –en la primera ocasión–, correspondía declararse inadmisibles, que no sería un acto impugnables en los términos del art. 233 del C.P.P.N. Para el supuesto de que se entendiera que fuera admisible, sostuvo que la causa no estaría prescripta ni tampoco se darían los extremos de la insubsistencia de la acción, atendiendo a las pautas de la C.S.J.N. –en casos como “MATTEI”, “MOZZATTI” y otros–, para considerar que el plazo sería irrazonable. Expresó que se trataría de un caso de administración fraudulenta, que el legislador habría hecho la opción por darle la entidad de un delito continuado, lo que se analizaría sería una gestión global no los hechos individuales que se producirían a lo largo de la administración; se trataría de múltiples actos a lo largo de una gestión y que todos esos actos encadenados son los que producirían el efecto perjudicial respecto a los intereses administrados, no se podría analizar acto por acto individual sino la gestión global. Que el perjuicio real y efectivo se produciría cuando se declara la quiebra –al que hace referencia la Jueza de Garantías– y que incluso se habrían producido perjuicios posteriores a dicha declaración; que los actos se habrían prolongado más allá de que finalizaron las gestiones, porque habrían empresas supuestamente creadas por los imputados, ficticias, que intentarían desviar fondos y producir perjuicios, no existiría autorización para concluir contratos de valores irrisorios, sin seguros ni fiadores, sin limitación para las ocupaciones. Con respecto a los antecedentes por los cuales la causa no se encontraría prescripta, dijo que: la quiebra se declaró el 16/06/2006, la primera denuncia penal se efectuó el 04/10/2006 y el primer llamado a indagatoria fue el 10/12/2009; destacó que fue tres años después porque –tal como lo señalaría el Tribunal de Impugnación– no sería un caso sencillo, serían múltiples hechos de administración que se encadenarían para finalmente producir el perjuicio, se necesitaría de pericias para poder determinar cuáles habrían sido tales actos. Que en el año 2010 prestan declaración indagatoria los imputados, el requerimiento de elevación a juicio fue en setiembre de 2013 y que cuando se produjo la reforma procesal, se habrían realizado todos los actos pertinentes al nuevo procedimiento. Aclaró que esta causa también habría sufrido los avatares de la reforma procesal, que obligaron a readecuar el procedimiento y a reencauzarlo dentro del nuevo proceso; que además de las circunstancias de la complejidad de la causa, de sus características, de los planteos de los defensores de los imputados, también tendría que considerarse esa readecuación a la reforma procesal. Es decir que la causa no se encontraría prescripta ni tampoco se podría aplicar la doctrina de la insubsistencia, elaborada para cuando el proceso se prolongó más allá de lo razonable y que debe ser analizado a la luz de las características de la causa, de su complejidad; que en este caso no pudieron darse tiempo menores a los transcurridos. Solicitó que se rechacen los planteos de la Defensa y que se confirme lo dispuesto por la Jueza de Garantías y por el Tribunal de Impugnación.

C) Posteriormente, el Dr. TROPEANO –por la parte querellante– reseñó particularidades de los antecedentes del caso, entre otras, que la Sindicatura –desde su intervención– ofreció prueba, coincidió con la Fiscalía que no se podría tener en cuenta la fecha de los hechos individuales, que ello no reflejaría las constancias de la causa, que hablarían de una administración perjudicial y que iría más allá incluso de la declaración de la quiebra, lo que constaría en las actuaciones de ese proceso. Agregó que los imputados ejercieron el derecho de defensa, aunque criticó el modo en que habría sido ejercido, que habría sido presuntamente dilatorio. Que la resolución del Tribunal de Impugnación es la posición que sostiene la parte acusadora. Aludió a que se trataría de una causa muy importante, que hicieron esfuerzos durante estos años para probar los hechos imputados. Solicitó que se acoja su pretensión.

D) Por último, conforme al artículo 85 segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N., se le confirió la palabra a la Defensa: primero, aclaró que en la audiencia celebrada con motivo de la queja deducida por esa parte, la Sindicatura refutó



los argumentos de la Defensa pero que el Ministerio Fiscal argumentó que se trataba de un acto procesal importante, por lo que sería contradictorio lo expuesto en esta oportunidad por la Fiscalía. Segundo, que si se trata realmente de una gestión, en el 2001 ya no estaría ROMERO, en el 2002 no estaría más ELOSEGUI, no podrían haber realizado operaciones posteriores con otras empresas y que eso causara la quiebra. Tercero, la querrela -y también la Fiscalía- hizo referencia a los planteos de la Defensa; aclaró que si la denuncia fue en el 2006, la Fiscalía requirió en el 2008, dos años de investigación, se tardó tres años en llamarse a indagatoria, cuatro años para elevar la causa a juicio, por lo que no se podría atribuir a planteos de la Defensa. Que no sería tarea de la Defensa efectuar planteos dilatorios, sino que sólo utilizaría las herramientas procesales que tiene para defender a los representados y que la Fiscalía tiene que probar la responsabilidad de los imputados y no de la Defensa.

IV.- 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 Dr. Evaldo Darío MOYA.

Cumplido el procedimiento previsto en el artículo 249 del Código de rito, la Sala se plantea las siguientes:

CUESTIONES: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, la Dra. María Soledad GENNARI dijo:

1) El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona (artículos 242, primer párrafo en función del 249 del C.P.P.N.).

2) 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 el presente caso, tras efectuar un control amplio, el a quo confirmó la decisión de la Jueza de Garantías que rechazó el planteo de prescripción y en subsidio, la insubsistencia de la acción penal, como así también, descartó la vulneración de la congruencia y de la garantía del plazo razonable; por lo que los imputados continúan sometidos a proceso y en principio, dicha decisión no se encuentra expresamente prevista como decisión impugnabile.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación consideró que no constituyen resoluciones equiparables a definitiva aquellas en virtud de las cuales surge la obligación de continuar sometido a proceso criminal, pues no ponen fin al mismo ni impiden su continuación.

3) 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 los términos del artículo 248 inc. 2 del C.P.P.N., del cotejo del legajo no se verifica un supuesto de arbitrariedad.

3.1) En ese marco, advierto que contra la decisión de la Jueza de Garantías, la Defensa dedujo una impugnación ordinaria que fue declarada inadmisibile; ello, dio lugar a la presentación de una queja, en la que esta Sala -con anterioridad a mi intervención- tras escuchar a las partes en la audiencia correspondiente, en la que el Ministerio fiscal propició que se haga lugar a la misma, resolvió -en el estricto marco del recurso de queja- que correspondía dejar sin efecto la inadmisibilidada declarada por el Tribunal de Impugnación y reenviar el legajo para que -con otra integración- se de tratamiento a las cuestiones planteadas por la Defensa (R.I. Nro. 14/2015, de fecha 09/03/2015, del registro de esta Sala Penal). En ese contexto, intervino el a quo y confirmó lo decidido por la Jueza de Garantías, dando lugar a la interposición de esta vía extraordinaria.3.2) Contra la resolución del Tribunal de Impugnación del 04/05/2015 (registro Nro. 48/2015, Legajo Nro. 10456/2014), la Defensa adujo una vulneración del plazo razonable, del derecho de defensa y de una omisión del control de convencionalidad -asociados a la primera garantía mencionada-.

3.3) Siguiendo a prestigiosa doctrina, para que se configure la arbitrariedad de un pronunciamiento judicial tiene que verificarse una ausencia o falta de respuesta razonada a las cuestiones planteadas, o bien, existir un apartamiento palmario de la normativa aplicable y/o de las circunstancias particulares del caso.

Al respecto, se sostiene que la "...falta de motivación significa ausencia de motivación [...] Se designa como falta de motivación, en realidad, a la ausencia de una exposición de los motivos que justifiquen la convicción del juez en



cuanto al hecho y las razones jurídicas que determinan la aplicación de una norma a ese hecho, comprendiendo todas las cuestiones sometidas a decisión [...] La falta de motivación debe ser siempre de tal entidad que el fallo resulte privado de razones suficientes, aptas para justificar el dispositivo respecto de cada una de las cuestiones de la causa. Se debe distinguir, sin embargo, la falta de motivación, de la "simple insuficiencia de motivación", que no deja a la resolución privada de fundamentos eficaces. La ley manda que la sentencia sea motivada, pero el pronunciamiento es fulminado con nulidad, únicamente cuando falta la motivación, no cuando ella es sólo imperfecta, o defectuosa. Tampoco la anula un error no esencial. En este sentido, no se debe confundir la ausencia o insuficiencia de motivación con el error en los motivos, que no entraña su nulidad cuando carece de entidad decisiva, como cuando se trata de un error intrascendente y secundario [...] o cuando se sostiene que la motivación es errónea o equivocada [] o "defectuosa y poco convincente". Como no la afecta tampoco el hecho de que sea breve y aun brevísima o escueta, siempre que sea eficaz..." (DE LA RÚA, Fernando. LA CASACIÓN PENAL. Ed. Depalma. 1994. En Abeledo Perrot On Line Nro. 5301/00085199).

3.4) A la luz de tales directrices, del propio escrito impugnatorio surgen las razones dadas por el Tribunal de Impugnación, a cada uno de los planteos defensoristas, por lo que no puede hablarse de una omisión ni de otro supuesto de arbitrariedad como lo pretende la Defensa; en realidad, la crítica efectuada –que comprende precisamente a la respuesta que adujo que no se dio– sólo trasluce la disconformidad de esa parte con la solución adoptada contraria a sus intereses.

3.5) El a quo, tras escuchar a las partes en la audiencia y solicitar las precisiones sobre los datos concretos del caso pertinentes para la determinación del alcance de las pretensiones (cfr. parte 1 del registro de audio y video del 04/05/15, Legajo Nro. 10456/2014), resolvió por unanimidad confirmar la decisión de la Jueza de Garantías.

El Dr. ZVILLING aportó los fundamentos de la decisión adoptada -a los que adhirieron en su totalidad los restantes magistrados-. En primer lugar, respecto al planteo de prescripción de la acción penal, expresó que como lo sostuvo en la audiencia el Ministerio Fiscal los hechos denunciados, de los años 1993 a 2001 –que mencionó la parte recurrente-, en realidad forman parte de un solo acontecimiento histórico; haciendo notar que la propia Defensa en esa audiencia aceptó la aclaración de la Fiscalía, en el sentido de que si bien se trata de conductas individuales no son ilícitos individuales, es decir, las conductas individuales consisten desde el punto de vista jurídico en la forma de la administración infiel, esto significa que desde el año 1993 hasta prácticamente el hecho de la quiebra se sucede una serie de acontecimientos que son configurativos de una conducta única que es la administración infiel. Que debe advertirse que en el requerimiento de elevación a juicio de la fiscalía se hace referencia inclusive que en el año 2005 se realizaron intimaciones y que en el año 2006 se llevó a cabo una audiencia ante las autoridades judiciales para sanear la situación de la empresa, en la que no se presentó ORFIVA, es decir, se trata de una omisión que es también un acto configurativo de la administración infiel; por ende, que la fecha en que corresponde tener por acreditada para que comience a correr el plazo prescriptivo de la acción penal es el último acto de administración infiel que puede remontarse al año 2006 ó al año 2007, inclusive en una fecha muy próxima a la señalada por la Jueza de Garantías, que es la fecha concretamente de la quiebra de la empresa; desde este punto de vista, entonces entienden que no se encuentra prescripta la acción penal. Respecto al planteo de congruencia que, en realidad, se refería a que la Jueza habría adoptado argumentos propios no traídos a colación por las partes; expresó que la prescripción se trata de una institución de orden público, los jueces aplican el derecho más allá inclusive de las peticiones concretas desde el punto de vista de la fundamentación que pueden efectuar las partes. Aclaró que ese Tribunal de Impugnación está fundamentando la no prescripción de la acción penal con argumentos aún más amplios que los dados en su momento por la Jueza de Garantías pero que han sido traídos a colación por el sr. Fiscal actuante. En cuanto al planteo de insubsistencia de la acción penal asociado a la vulneración del plazo razonable de la duración del proceso –según manifestación de la Defensa en la audiencia-, el Dr. ZVILLING sostuvo que la Fiscalía se encargó de aclarar la complejidad de las maniobras de los hechos descriptos, el relato histórico de la requisitoria de elevación a juicio da cuenta de que se trata de maniobras sumamente complejas y que en definitiva, con posterioridad a las indagatorias demandó menos de tres años el requerimiento de elevación a juicio por parte de la Fiscalía y a partir de esa fecha la



causa se encontraba en estado de fijar audiencia de debate; que de hecho, en el mes de abril de 2014 se solicitó la primera audiencia de control de acusación, la que no se realizó, razón por la cual no advierten la existencia de algún tipo de dilación por parte del Ministerio Fiscal de llevar a los imputados a juicio, desde ese punto de vista, tampoco se encuentra vencido un plazo que se torne en una violación a la garantía constitucional del plazo razonable, de acuerdo al criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia, este Tribunal Superior y los organismos internacionales sobre la base de los tratados suscriptos por Argentina. Además, el Dr. TRINCHERI aclaró que en el caso "PAINE", mencionado por la Defensa y en la que intervino junto al Dr. CABRAL, se trataba de una investigación totalmente distinta, era simple y había transcurrido en instrucción mucho tiempo para realizar una pericia contable, simple también; de manera tal que las aristas de esa investigación eran diametralmente opuestas a la presente, en la que ya había un requerimiento de elevación a juicio por lo que no hay ninguna simetría con este caso. El Dr. CABRAL agregó que en el precedente mencionado por el Dr. TRINCHERI era un único hecho, muy concreto, que era de muy fácil investigación que no tiene nada ver con las presentes actuaciones; en las que la fiscalía, en el requerimiento, menciona concretamente actos que van desde el 1993 y que van sucediendo en el tiempo hasta el 2006, que ese Ministerio tipifica como de administración fraudulenta (cfr. parte 2 del registro de audio y video del 04/05/15, Legajo citado).

3.6) De lo reseñado surgen las razones dadas por el a quo, las que resultan acordes a la normativa vigente, a la doctrina y jurisprudencia existentes sobre la materia.

Ello por cuanto, los hechos atribuidos a ROMERO y ELOSEGUI fueron calificados por el Ministerio Fiscal como defraudación especial por administración fraudulenta en concurso ideal conforme a lo previsto en los artículos 173 inciso 7, 174 inciso 6 y 54 del Código Penal (cfr. Requerimiento fiscal de apertura a juicio –con ofrecimiento de prueba- y solicitud de audiencia de control de acusación, del 23/04/2014, en Legajo del MPFNQ Nro. 10456/2014, agregado por cuerda).

3.7) Es decir que, a los fines de la prescripción, la pena a considerar –en este caso- es la de seis años de prisión, en virtud de la aplicación del artículo 54 y 62 inciso 2 del Código Penal, ya que es esa la pena máxima prevista en los artículo 173 inciso 7 -por remisión al 172- y la del 174 inciso 6 del mismo ordenamiento legal.

Considerando que se atribuye a los imputados la presunta comisión de una defraudación especial -con el alcance de los tipos ya mencionados y conforme al requerimiento fiscal citado-, la doctrina considera que se consuma con la producción del perjuicio patrimonial (D'ALESSIO, Andrés José, Director y Mauro A. DIVITTO, Coordinador. CÓDIGO PENAL. COMENTADO Y ANOTADO. PARTE ESPECIAL. 1º Edición, 2º Reimpresión. Editorial La Ley. Bs. As. 2007, págs. 486 y 524); entiendo que tal perjuicio puede derivarse del resultado de una gestión.

En el precedente "POMPAS" del 03/12/2002, la C.S.J.N. remitió al dictamen del Procurador General, quien analizó el delito de administración fraudulenta (con la aclaración de que la imputación de la hipótesis de fraude a la administración pública no modificaba tal análisis, punto V.6 del Dictamen de la Procuración General de la Nación del 26/12/2001) por lo que estimo que los lineamientos allí expuestos son de aplicación al presente caso, en particular, lo referente a que el fraude "...califica a toda la gestión en su compleja unidad conceptual y multiplicidad fáctica..." y que "...la infracción al art. 173, inc. 7º, del Código Penal, tiene en mira la totalidad de la gestión de los mandatarios en el manejo del patrimonio ajeno, por lo que los distintos episodios infieles no implican reiteración, no multiplican el delito que sigue siendo único e 'inescindible'..." (Dictamen citado, punto V.4 tercer párrafo, última parte y punto V.5, respectivamente).

Lo expuesto se condice con lo resuelto por la Jueza de Garantías, que toma la fecha de la declaración de quiebra de ORFIVA S.A. (año 2006) a los fines del inicio del cómputo de la prescripción de la acción penal (cfr. registro de audio-video y acta de la audiencia del 26/08/2014), y que fue confirmado por el Tribunal de Impugnación.

Además, de la lectura del libelo impugnatorio se desprende la existencia de actos que interrumpieron la prescripción, conforme al artículo 67 cuarto párrafo del código de fondo, esto es, el primer llamado a indagatoria ya que se menciona que los dos imputados prestaron esa declaración en los años 2009 y 2010 –se infiere que los respectivos primeros llamados a tal acto fueron previos-, por su parte, la Fiscalía manifestó que el primer llamado a prestar



declaración indagatoria fue el 10/12/2009; asimismo, la Defensa aludió a que el requerimiento de elevación a juicio fue en el 2013. Es decir que sólo cabe concluir que no se produjo la extinción de la acción penal por prescripción.

3.8) En cuanto a la insubsistencia de la acción penal, siguiendo los criterios sentados en numerosos precedentes de este Tribunal Superior –con integraciones diferentes- estimo que tampoco se verifica una dilación indebida o injustificada en el presente caso, por lo que –tal como lo sostuvo el a quo- no se vulneró la garantía constitucional del plazo razonable. En torno a la cuestión, se expuso que no se desconoce la doctrina de la insubsistencia de la acción penal “...creada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, y tal cual lo ha sostenido este Tribunal –con diversa integración- al fallar el precedente ‘Trabanco’ (Acuerdo Nro. 17, Año 2005), recordando el trabajo de Daniel Pastor, ‘(...) ‘La jurisprudencia argentina ha reconocido que el imputado tiene derecho a ser juzgado tan rápidamente como sea posible. Este reconocimiento data de 1968 y es incluso anterior no sólo a la vigencia entre nosotros de la C.A.D.H., cuyo artículo 8.1 consagra este derecho bajo la fórmula del plazo razonable, sino incluso a la propia existencia del Pacto de San José de Costa Rica. Sin embargo, son pocos los casos en que la Corte ha otorgado vida efectiva a este derecho y de ellos se pueden extraer muy pocas conclusiones seguras. La Corte, por el contrario, se ha reservado la constatación de la violación de un plazo razonable que ella misma construye, caso por caso, sin identificarlo. Y si bien en tiempos recientes (...) se ha acudido a los criterios abiertos e indeterminados del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional Español, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Suprema Estadounidense, ya desde ‘Mattei’ no era otra la idea que presidía las decisiones de la Corte: ponderación, caracterización concreta de un concepto jurídico indeterminado, balance de las circunstancias, en fin discrecionalidad para decidir, sin apego a ninguna regla, cuándo un proceso es intolerablemente prolongado en su duración’ (Cfr. El plazo razonable en el proceso del estado de derecho, Ed. Ad Hoc, Bs. As., 2002, p. 318). La apreciación que se efectúa, no hace más que confirmar que, aún en los criterios más innovadores del Máximo Tribunal Federal, se mantiene en manos de los órganos jurisdiccionales la determinación de cuándo un proceso penal ha traspasado los límites del plazo razonable de duración y cuándo no...” y que este Tribunal Superior “...viene sosteniendo desde antiguo que, para que se configure la doctrina de la insubsistencia, debe tratarse de dilaciones groseras; toda vez que, la aplicación de esta doctrina debe ser francamente restrictiva (Cfr., entre otros, lo resuelto in re ‘Burgos’, Año 2007)...” (Acuerdo Nro. 144/2013 del 10/10/2013, del registro de la Sala Penal del T.S.J. de Neuquén).

En ese marco, las circunstancias concretas y particulares del caso cobran especial relevancia (cfr. C.S.J.N. Fallos: 322:360 –disidencia de los jueces PETRACCHI y BOGGIANO-, seguido en 327:327 y S. 2491.XLI “SANTÁNGELO” del 08/05/2007).

En el presente legajo, el tiempo transcurrido resulta razonable considerando las características –temporales y modalidades de comisión- del ilícito atribuido a los imputados, tal como lo hicieron notar todos los integrantes del Tribunal de Impugnación.

Además, ante esta instancia, la propia exposición de la Defensa respecto a la serie de actuaciones llevadas a cabo – remito a lo reseñado en el presente como parte del recurso interpuesto-, me permite colegir que hubo una actuación del Ministerio Fiscal, desde la formulación de la denuncia (24/10/2006) hasta la actualidad, acorde a la naturaleza del hecho atribuido y dentro de los parámetros legales y constitucionales previstos, como así también, resulta importante destacar que los imputados nunca se encontraron privados de su libertad durante el trámite de la causa –reconocido también por la Defensa- y que la resolución del caso resulta inminente. Consecuentemente, -como adelanté- comparto la respuesta dada por el a quo al rechazar el planteo de insubsistencia de la acción penal.

3.9) En cuanto a la pretendida omisión del control de convencionalidad, estimo que tampoco se verifica; ya que el Tribunal de Impugnación dio debido tratamiento y respuesta a la supuesta afectación de la garantía del plazo razonable tal como surge de lo reseñado en el punto “3.5)”.

El a quo hizo hincapié en la complejidad de la causa y en los actos que ya llevó a cabo el acusador público, para concluir que no se verifica tal agravio y ello se condice con los parámetros a tener en cuenta para la determinación de la razonabilidad o no del plazo, expuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entre los que se encuentran la complejidad del asunto y la conducta de las autoridades judiciales, en este caso, comprensiva de la del



juiz de instrucción y la del Ministerio Fiscal que actualmente tiene a su exclusivo cargo la investigación -conforme a los sistemas procesales locales respectivos-.

En tal sentido, la Corte I.D.H. sostuvo que "...comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77; y Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30; Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30)..." (Corte I.D.H.: "SUÁREZ ROSERO vs. Ecuador", del 12/11/1997; punto 72).

En consecuencia, más allá de que la Defensa comparta o no de que se trata de un caso complejo lo cierto es que ello sólo demuestra la disconformidad de esa parte con las razones dadas por el a quo y en consecuencia, no priva al pronunciamiento de la debida fundamentación, lo que me lleva a concluir que se trata de un acto jurisdiccional válido.

3.10) Por último, de las exposiciones de las partes en las audiencias ante el a quo y ante esta Sala, como así de las demás constancias del caso, surge que los imputados pudieron ejercer en todo momento su derecho de defensa, con el anterior sistema procesal y con el actual, tomaron conocimiento de los hechos imputados y de las distintas actuaciones llevadas a cabo, con la indicación de las fechas precisas, pudieron intervenir y ser oídos en los distintos actos, en los que actualmente prima la oralidad y el principio contradictorio; es más, ante lo expuesto por la querrela – en la audiencia ante esta instancia- sobre la actividad presuntamente dilatoria de la defensa, el Dr. CANCELA hizo notar que la actividad de esa defensa técnica –incluida la recursiva- sólo traslucía el ejercicio legítimo del derecho de los imputados. En ese orden de ideas, entiendo que no se produjo ninguna mengua del derecho de defensa de los nombrados y a diferencia de lo sostenido por la parte recurrente, conforme a los datos conocidos en el marco de esta vía impugnativa, el caso se encuentra en condiciones de resolverse en un plazo inmediato.

Concretamente, el Ministerio Fiscal requirió la elevación a juicio de la causa en el año 2013 y con el cambio del sistema procesal local, readecuó el trámite del legajo al código de rito actualmente vigente, solicitó en término la audiencia para el control de la acusación en el mes de abril de 2014, que por razones ajenas a las facultades del acusador público se llevó a cabo con posterioridad (22 y 26/08/2014, cfr. acta de audiencias de las fechas indicadas). En la primera, la Defensa planteó una cuestión previa dando lugar a la resolución de la Jueza de Garantías –que se pronunció por la vigencia de la acción penal-, marco en el que comenzó esta serie de impugnaciones; tal es así que, el a quo refirió que se debía efectuar la audiencia de control de la acusación –solicitada por la Fiscalía en aquella primigenia oportunidad-, para que se realice el debate correspondiente y se defina la situación de los nombrados.

4) En suma, estimo que el a quo dio respuesta a todos los agravios planteados, aportando las razones por las que concluyó que la acción penal no se encuentra prescripta ni se verifica la insubsistencia de la misma, tras analizar y descartar la pretendida afectación del plazo razonable; todo ello a partir de las circunstancias concretas del caso – aportadas por las partes en la audiencia-, siendo el criterio y la solución adoptados acordes a la normativa constitucional y convencional vigente, como así también, a la doctrina y jurisprudencia imperantes en la materia.

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. Evaldo Darío MOYA 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. Evaldo Darío MOYA 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. Evaldo Darío MOYA 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 la Defensa oficial a favor de Luis Felipe ROMERO y Eduardo Miguel ELOSEGUI, contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 04/05/15 (registro Nro. 48/2015, Legajo Nro. 10456/2014).

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. MARIA SOLEDAD GENNARI - Dr. EVALDO DARIO MOYA

Dr. Jorge E. Almeida - Subsecretario

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

“BILBAO JORGE OSCAR S/ ESTAFA ‘IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA’” – Tribunal Superior de Justicia
– Sala Penal – (Expte.: 129/2015) – Acuerdo: 39/15 – Fecha: 30/12/2015

DERECHO PROCESAL PENAL: Recurso.

SENTENCIA. MOTIVACION DE LA SENTENCIA. NULIDAD DE LA SENTENCIA. PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL. COMPUTO.

1.- Cabe declarar la nulidad de la resolución del Tribunal de Impugnación y reenviar el legajo para que se dicte nuevo pronunciamiento sobre la vigencia o no de la acción penal colegir que el voto mayoritario se aparta de las circunstancias fácticas del caso y de las constancias del legajo, por lo tanto, carece de una debida motivación entendida como una derivación razonada del derecho a partir de las circunstancias particulares de la causa y por ende, resulta arbitrario y acarrea la nulidad del pronunciamiento impugnado; compartiendo lo sostenido por la Jueza de Garantías y por uno de los magistrados integrante del Tribunal de Impugnación –en su voto en disidencia- en el sentido de que a partir de las características del caso y de las actuaciones llevadas a cabo, no se vislumbra ninguna afectación al derecho constitucional del imputado a ser juzgado en un plazo razonable; por lo que estimo que la conclusión a la que arribo en el presente resulta compatible con el mismo.

2.- Para determinar si la acción penal se encuentra prescripta o no, corresponde tener en cuenta el hecho atribuido y su calificación legal, de la que resultará el plazo a computar conforme a la ley de fondo.

Al respecto, la parte acusadora en ejercicio de la acción penal es quien, en lo aquí



pertinente, individualiza al imputado, indica el presunto ilícito y su calificación jurídica – al formular los cargos, al requerir la apertura a juicio, entre otros actos-.

Texto completo:

ACUERDO N° 39/2015: 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 MARÍA SOLEDAD GENNARI y ALFREDO ALEJANDRO ELOSU LARUMBE, con la intervención del señor Subsecretario de la Secretaría Penal, Dr. JORGE E. ALMEIDA, para resolver en los autos caratulados: "BILBAO JORGE OSCAR S/ ESTAFA 'IMPUGNACIÓN EXTRAORDINARIA'" (Expte. Nro. 129 Año 2015) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES:

Que por resolución N° 161/15 del Tribunal de Impugnación, integrado -en la oportunidad- por los magistrados Alejandro CABRAL, Federico SOMMER y Daniel G. VARESSIO, de fecha 10/11/2015, por mayoría, se dictó el sobreseimiento de Jorge Oscar BILBAO en el Legajo N° 11594/2014. Con anterioridad, la Jueza de Garantías, Dra. Mara SUSTE, había rechazado el pedido de sobreseimiento por vencimiento de plazos fatales, respecto al nombrado (registro interlocutorio N° 739/2015 del 20/10/2015).

Contra la decisión del Tribunal de Impugnación, el Dr. Emanuel A. ROA MORENO, abogado, en representación de la parte querellante, sra. Adriana Cecilia BILBAO, interpuso impugnación extraordinaria.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 245 del C.P.P.N. se convocó a una audiencia oral y pública, en la que el recurrente y la Defensa produjeron sus respectivas argumentaciones, en tanto que el Ministerio Fiscal no asistió al acto -con previo aviso-; en este contexto, la causa quedó 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: Dr. Alfredo Alejandro ELOSU 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: 1º) ¿Es formalmente admisible la impugnación extraordinaria interpuesta?; 2º) En el supuesto afirmativo, ¿resulta procedente la misma?; 3º) En su caso ¿qué solución corresponde adoptar? y 4º) Costas.

VOTACIÓN: A la primera cuestión, el Dr. Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE dijo:

El escrito fue presentado en término, por quien se encuentra legitimado para ello, por ante la oficina judicial correspondiente al órgano jurisdiccional que dictó el pronunciamiento que se cuestiona, revistiendo el mismo el carácter de decisión impugnante (artículos 233, 234, 240 y 242 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.

En consecuencia, considero que corresponde declarar la admisibilidad formal de la presente impugnación. Tal es mi voto.

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. Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE dijo:

I.- En contra de la resolución N° 161/15 (Legajo N° 11594/2014), emitida por el Tribunal de Impugnación antes referido, dedujo impugnación extraordinaria el Dr. Emanuel A. ROA MORENO, abogado, en representación de la parte querellante.

Adujo que se habría afectado el debido proceso legal, el principio de imparcialidad del juzgador, la defensa en juicio y la tutela judicial efectiva.

Reseñó los antecedentes del caso -cfr. punto III del recurso-, entre otros, describió el hecho atribuido y la calificación legal dada por la parte acusadora (estafa procesal, falsificación de documento privado y uso de documento privado en concurso ideal, en calidad de autor, conforme a los artículos 172, 292, 296, 54 y 45 del Código Penal).

Expuso los siguientes agravios:



Que el voto de la mayoría –en la resolución impugnada- so pretexto de resolver una cuestión de orden público como la prescripción, afectaría el debido proceso legal, daría a los hechos de manera oficiosa un encuadre legal distinto y ajeno a la controversia planteada por las partes –sin posibilidad de argumentar en torno a la cuestión-; presuntamente vulnerándose los principios de imparcialidad, bilateralidad, contradicción y el sistema adversarial, que constituyen garantías de raigambre constitucional (arts. 18, 75 inc. 22; 10 de la D.U.D.H.; 26.2 de la D.A.D.H.; 8.1 de la C.A.D.H.; 14.1 del P.I.D.C.yP.; 5, 6, 7 y 13 del C.P.P.N.).

Aludió a que la Defensa, en la impugnación ordinaria que dio lugar a la resolución aquí cuestionada, sostuvo que las actuaciones se encontrarían prescriptas sin cuestionar la calificación legal dada a la conducta imputada e incluso, que el Dr. VITALE –en la audiencia correspondiente- habría optado por no profundizar en argumentos sobre tal punto, centrándose en los restantes agravios.

Criticó el voto del Dr. CABRAL, quien habría sostenido que sería necesaria la demostración de que un juez fue engañado y que sería ese magistrado quien tendría que efectuar la denuncia del hecho para que pudiera hablarse de estafa procesal, siendo que no se encontraría controvertida la calificación legal ni planteadas otras circunstancias de hecho.

Argumentó que se habría resuelto prescindiendo de prueba, cuya producción sería propia del debate oral y público, en el que la parte acusadora tendría que acreditar los extremos de la acusación, como así también, se habría omitido la consideración de las conductas reprochadas como parte del iter criminis que habrían sucedido en fechas posteriores al inicio del juicio ejecutivo, en el que con presunto error sobre la verosimilitud del derecho cautelar se ordenaron embargos sobre inmuebles de la querellante causando perjuicio a su patrimonio.

Aclaró que el Dr. SOMMER –en su disidencia-, más allá de entender que la impugnación ordinaria sería inadmisibles, habría sostenido que la teoría legal de cada una de las partes, la calificación legal, correspondería al ámbito de discusión amplio del debate.

Que la decisión impugnada vulneraría el deber de motivación suficiente en los votos que integraron la mayoría, que sería aparente dado que la decisión no se sostendría en las circunstancias de la causa y controvertida por las partes; que con ello, se afectaría la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la C.N. y 238 de la C. Prov. Neuquén).

Manifestó que el Dr. VARESSIO, en su voto dirimente, sólo habría adherido y reeditado los argumentos dados por el Dr. CABRAL pero no habría evacuado las observaciones efectuadas por la disidencia.

Agregó que en los votos mayoritarios se mencionaría una presunta violación al plazo razonable pero no se fundaría adecuadamente en las circunstancias de hecho que llevarían a la prolongación de los plazos y sostendrían erróneamente que no hubieron actos interruptivos; mientras que correspondería –a su entender- analizar el iter criminis en su totalidad y que se trataría de un hecho de ejecución permanente.

Alegó que esos supuestos graves defectos de fundamentación se corresponderían con la doctrina de la arbitrariedad, en la medida en que las razones que se expresarían serían argumentos aparentes, tanto en la determinación de los hechos imputados como en su calificación, como así también, que tales hechos tendrían que acreditarse en un juicio oral y público, por lo que se vulneraría la tutela judicial efectiva.

Que se habría vulnerado el debido proceso legal y habría una errónea interpretación respecto del alcance de los artículos 79 inciso 7, 158 del C.P.P.N. y 56 de la L.O.P.J. (sobre plazos y prórrogas acordadas por las partes).

Expresó que el magistrado preopinante habría hecho sólo mención a que la defensa planteó una vulneración al plazo del artículo 158 del C.P.P.N., sin ningún análisis para supuestamente focalizar en lo atinente a la prescripción y que haría una expresión genérica en el sentido de que se habrían vulnerado todos los plazos razonables.

En tanto que, el Dr. VARESSIO habría señalado que los plazos procesales del artículo 158 se encontrarían vencidos, luego de manifestar que la prórroga de los plazos judiciales efectuada entre las partes merecería tener un acto jurisdiccional que avalara la misma, caso contrario, llevaría a otorgar a la Oficina Judicial facultades jurisdiccionales.

Aclaró que en la audiencia respectiva, habría quedado acreditado que las partes –Ministerio Fiscal, querrela y Defensa- en diciembre de 2014 habrían efectuado una presentación por escrito –de conformidad al artículo 79 inciso 7 del rito- respecto a que las partes acordarían la prórroga de la etapa de investigación por cuatro meses y por ello, solicitarían la



suspensión de una audiencia fijada para la feria judicial del mes de enero en la que se pediría una medida jurisdiccional de prueba y la prórroga de la etapa preparatoria.

Alegó que en dicho artículo no se establecería que sería necesaria una resolución judicial, que también se vulneraría el principio de que los jueces son llamados a intervenir cuando existen controversias en el proceso y no cuando las partes llegan a acuerdos legalmente previstos y facultados, como así que también presuntamente se yerra al afirmar que en este supuesto tal presentación implique otorgar facultades jurisdiccionales a la Oficina Judicial.

Además, se desconocería el plazo total del artículo 56 de la Ley Orgánica de la Justicia Penal y como regiría en el caso conforme fuera invocado por los acusadores.

Citó jurisprudencia en apoyo de su postura.

Solicitó que se anule el pronunciamiento impugnado y que se disponga el reenvío.

Hizo reserva del caso federal.

II.- Que en la audiencia, fijada en los términos de los artículos 245 y 249 del C.P.P.N., las partes presentes –recurrente y Defensa- fundaron sus respectivas posiciones sobre la materia debatida (cfr. registro de audio y acta de audiencia del 15/12/2015).

II.A) En primer término, hizo uso de la palabra el Dr. ROA MORENO, por la parte querellante, quien ratificó y amplió los términos del libelo impugnativo, reiterando en el desarrollo de su exposición los datos concretos relativos al hecho imputado, la calificación legal, como así también, las demás circunstancias y actuaciones pertinentes para la resolución de la presente instancia conforme a lo que consta en el escrito recursivo y en el legajo correspondiente. Entre otras cuestiones, aclaró que el Ministerio Fiscal podría haber asistido a esta audiencia, aunque la misma puede realizarse sin su presencia. Argumentó en torno a la admisibilidad de su recurso. Manifestó que el a quo se apartaría de la imparcialidad que tenía que regir su actuación, sentando afirmaciones de hecho ajenas a las circunstancias concretas del legajo y a los planteos efectuados por las partes en la audiencia, presuntamente vulnerándose garantías y principios constitucionales asociados al debido proceso. Dijo que el hecho atribuido habría comenzado a ejecutarse en 2007 pero que el imputado en fechas posteriores –incluido el 24/10/2013- habría continuado con el accionar atribuido, con lo que impediría la libre disposición de los bienes inmuebles de la querellante y se generaría un perjuicio patrimonial que se mantendría en la actualidad, lo que habría sido incluido en la formulación de cargos. Refirió a la decisión de la Jueza de Garantías.

Criticó el voto del Dr. CABRAL, que –primero- referiría a la admisibilidad o no de la impugnación ordinaria; se agravó porque –luego- dicho magistrado habría sostenido que el hecho encuadraría en abuso de firma en blanco y que como dataría de diciembre de 2007 consideró que estaría prescripta la acción, como así también, sostendría que no se habría demostrado que el juez –del juicio ejecutivo- fuera engañado ni habría constancia de que un juez hubiera denunciado esto y como otro punto, que no se habría cometido aún, que no habría perjuicio y que se habrían violado los plazos. Aludió al voto en disidencia del Dr. SOMMER, que sólo admitiría el recurso ordinario en lo atinente al plazo razonable y que concluyó que no era irrazonable, atendiendo al devenir de las actuaciones, que no hubo demora sino complejidades y avatares en la implementación que habrían perjudicado el ejercicio de los derechos de la querella; y luego, sobre la prescripción, disintió con la mayoría y señalaría que las cuestiones del hecho, la modalidad, el concurso, si se trata de delito continuado, los efectos permanentes o no del delito, que todas esas serían cuestiones propias del juicio que necesitarían ser acreditadas o esclarecidas en el debate, como así también, que no se podría dictar el sobreseimiento cuando dependiera de circunstancias que necesitan ser probadas en el juicio. En cuanto al voto del Dr. VARESSIO, aclararía su postura respecto a la admisibilidad y adheriría a lo expuesto por el Dr. CABRAL, también habría sostenido que la prescripción es de orden público. En este punto, el impugnante hizo notar que en la audiencia ante el a quo, si bien eran tres los agravios de la Defensa, la controversia se enfocaría en si se habrían vencido o no los plazos procesales y en el derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pero que respecto a la prescripción, ante una consulta que efectuaría la querella, la Defensa sólo habría expresado que mantenía ese agravio, sin mayores fundamentos ni discusión, y que la querella expuso su postura respecto a desde cuándo tendría que computarse el plazo correspondiente. Que el Dr. VARESSIO lo mencionaría, sosteniendo que si bien fue escueto lo



desarrollado por el defensor, entendería que el plazo iría desde diciembre de 2007, coincidiría con la calificación de abuso de firma en blanco, para concluir que habrían transcurrido más de seis años sin formulación de cargos, y señalaría otras cuestiones repitiendo lo que dijo el Dr. CABRAL con palabras distintas, pero no fundaría en contra de los argumentos del Dr. SOMMER respecto a que serían cuestiones de hecho que necesitarían ser acreditadas en un juicio, que nada diría al respecto y luego, el Dr. VARESSIO mencionaría una prórroga de plazos judiciales –acordada entre las partes-, dijo que requeriría de un acto jurisdiccional por lo que entendería que no sería válida y consecuentemente se encontrarían vencidos los plazos procesales. Reiteró los tres motivos de esta impugnación, dijo que se complementarían, citó la normativa constitucional que consideraría vulnerada. Argumentó en torno a la calificación legal propuesta por esa parte –estafa procesal- y que limitarse a sostener que es el abuso de firma en blanco –como lo hizo el Dr. CABRAL- sin mencionar los demás actos imputados –por ejemplo, anotación de embargos- fue apartarse de las circunstancias fácticas imputadas y que serían cuestiones de prueba que serían materia de juicio, además, que no sería necesario la denuncia del juez engañado, explicó lo atinente a los elementos que caracterizan a la estafa procesal –esquema de estafa triangular, desdoblamiento del sujeto engañado y del perjudicado-; hizo referencia a las conclusiones de los peritajes efectuados que permitirían formular los cargos y a las demás circunstancias que obrarían en la causa, también, exhibió copia del documento cartular en cuestión. Aseveró que todo ello vulneraría la imparcialidad y haría a la falta de motivación, al expedirse más allá de la discusión que habría existido en la audiencia. Agregó que se habría ofrecido como prueba la declaración del juez –presuntamente- engañado y reiteró que eso sería materia de juicio. Que la posibilidad de reclamar la repetición de lo ilegítimamente demandado en sede ejecutiva no eximiría del derecho de la víctima de instar a las autoridades de perseguir penalmente a los presuntos autores de la comisión de un supuesto ilícito; que sería necesaria la intervención del juez penal para que no se avance o se impida el dictado de una sentencia ejecutiva que agravaría o concretaría mayores perjuicios, aclaró que ya existiría un perjuicio pero podría ser mayor. Refirió a todos los elementos del tipo penal propuesto, entre ellos, al perjuicio y –con cita de jurisprudencia- argumentó en el sentido de que se reconocería que los embargos preventivos constituirían el perjuicio patrimonial requerido por el tipo penal. Aludió a que el mismo tiempo que la Defensa referiría sobre que el imputado estaría sometido a proceso sería el mismo tiempo que la presunta víctima se encontraría privada de disponer plenamente de sus bienes, a lo que se sumaría lo que no sabría qué va a pasar.

Aclaró que habría que tener en cuenta que se siguieron trabando embargos, lo que influiría para el cómputo del plazo a los fines de la prescripción, también con jurisprudencia acorde a su postura, señaló que tendría que comenzar a computarse desde el último acto positivo realizado por el imputado en el juicio de que se trate y que el 24/10/2013 sería el último acto positivo, la anotación definitiva del embargo. Dijo que todo esto no se habría podido discutir en la audiencia porque no era materia de controversia, la Defensa habría consentido la calificación; que la querrela habría dicho que esto sería estafa procesal y que sería hasta el último acto, pero no se habría profundizado porque no estaría controvertido. Citó doctrina y jurisprudencia en apoyo de su postura; postuló que en este caso se trataría de un delito continuado, argumentando sobre esa cuestión, y que –en este caso- las características del iter criminis llevarían a que el último acto positivo dentro del proceso se contemple como parte de las conductas desplegadas por el imputado. Alegó que la calificación legal que se tendría que haber tenido en cuenta de acuerdo al momento procesal sería la propuesta por los acusadores; los magistrados no podrían modificar la misma por una más beneficiosa –para el imputado- en este estadio procesal, en el que todavía restarían pruebas y sin darle la posibilidad a las partes para que argumenten, prueben y discutan al respecto, que ello vulneraría los principios de bilateralidad y de contradicción y claramente se apartaría de la imparcialidad. Que no se discutiría que la prescripción es de orden público pero cuando se necesitara de prueba, de discusión sobre circunstancias fácticas, lo mínimo que requeriría sería que se haya controvertido en la audiencia y eso no habría sucedido; esto llevaría a que, con mayor razón, fuera exigible la motivación y que todos los errores antes señalados la tornarían en una motivación aparente, remitió a su escrito. Destacó el voto del Dr. SOMMER.

Agregó lo atinente a cómo tendrían que fundarse los votos, ponente y dirimente –con cita de jurisprudencia-; entendió que el Dr. VARESSIO sólo reiteraría si bien con diferentes palabras, el voto ponente, cuando tendría que haberse



expedido sobre la controversia entre el voto principal y la disidencia, que tendría que haberse centrado en si correspondía o no tratar la prescripción y si eran cuestiones de prueba que merecían o no ser tratadas posteriormente en juicio y sobre eso nada dice, por lo que carecería de motivación y se tornaría arbitrario. Respecto al último agravio respecto a los plazos, dijo que el voto principal referiría al planteo de la Defensa sobre el artículo 158 del C.P.P.N. pero luego no se realizaría ningún análisis puesto que se focalizaría en la prescripción, aunque se haría una expresión genérica al final, se sostendría que la denuncia aun siendo cierta se habrían violado todos los plazos procesales pero amén de eso que la acción se encontraría prescripta. El Dr. VARESSIO señalaría que los plazos del art. 158 se encontrarían vencidos y entendería que la prórroga de los plazos por acuerdo entre las partes requeriría de un acto jurisdiccional que avale la misma. Que en la audiencia habría quedado acreditado que las partes en diciembre de 2014 habrían efectuado una presentación ante la OFIJU, en la que constaría que acordaron la prórroga de la etapa de la investigación por cuatro meses de conformidad con el art. 17 inc. 7º del C.P.P.N.; que se habrían formulado los cargos –el 10/09/2014- y antes que se agotaran los cuatro meses se habría pedido en forma conjunta la prórroga –las partes estando todas de acuerdo pueden prorrogar los términos-, y dentro de ese plazo que vencería el 10/05/2015, es que el 10/04/2015 la Fiscalía enviaría el requerimiento y el 13/04/2015 la querella requeriría la apertura a juicio, que se presentaría el 15/04/2015 en la OFIJU, luego habría una serie de plazos prorrogados por cambio de la defensa técnica, se habrían perdido escritos presentados por los defensores particulares y para que la Defensa Oficial tuviera la oportunidad de reevaluar y ofrecer nueva prueba, así se llegaría a la audiencia de control de acusación del 16/10/2015 con la Dra. SUSTE, que la suspende y el 20/10 rechaza el pedido de sobreseimiento.

Argumentó sobre el alcance de los plazos, que el magistrado supuestamente yerra al desconocer el art. 79 inc. 7 del rito, al indicar que se necesitaría una resolución judicial cuando el artículo nada diría al respecto; que rompería con el principio según el cual los jueces serían llamados a intervenir cuando existen controversias en el proceso y no cuando las partes llegan a un acuerdo legalmente previsto; también yerra al decir que se le otorgarían facultades jurisdiccionales a la OFIJU, porque no sería ese organismo quien prorrogaría el plazo sino las propias partes conforme lo prevé el código; que ello habría sido controlado en la audiencia de control de la acusación y la Dra. SUSTE habría entendido que habría sido legítimamente prorrogado por las partes. Solicitó que se haga lugar a esta impugnación, la anulación de la decisión impugnada y el reenvío, como así también, la habilitación de fería para que se cumplimente la audiencia correspondiente.

II. B) Posteriormente, hizo uso de la palabra la Defensa (artículo 85 segundo párrafo, in fine, del C.P.P.N.), el Dr. CANCELA manifestó que no reiteraría los antecedentes del caso expuestos por la parte querellante. Aclaró que ante el Tribunal de Impugnación, plantearon tres temas centrales: la prescripción, el vencimiento del plazo del art. 158 y el plazo razonable. Expuso que sería cierto que el Dr. VITALE se extendió más en los plazos que en la prescripción y no sería cierto que, en función de un fundamento más escueto, la prescripción no se haya planteado originalmente en el escrito del Dr. VITALE, que lo remarcaría en el inicio propio de ese escrito, por lo tanto sería difícil entender que los jueces se apartaron de algo no peticionado por las partes.

Respecto a los agravios de la querella, opinó que todos y sobre todo el primero sería bastante pomposo en cuanto a su título con respecto a que se habría violado el principio de imparcialidad, bilateralidad, contradicción, etcétera y las citas de normas legales y pautas internacionales; que en realidad eso no se condeciría con el contenido del agravio, no se advertiría su contenido.

Argumentó que el a quo no se apartaría de los planteos efectuados por las partes –de los tres temas-, más allá de que el Dr. VITALE le haya puesto mayor energía a los plazos procesales; porque lo primero que tendrían que plantearse es si estaba o no prescripta la acción y si lo estaba, para que se tratarían los otros planteos. Que tampoco sería sorpresivo para la querella, esa misma parte dijo que habló de la prescripción porque manifestando el Dr. VITALE que persistía en la cuestión, habría tenido la oportunidad de explayarse sobre si estaba o no prescripta. Reiteró que los jueces resolvieron conforme a las peticiones de las partes. Expresó que no habría dudas de que se encontraría prescripto porque serían actos supuestamente a consecuencia de un abuso de firma en blanco que se habría iniciado un juicio ejecutivo, originando un proceso judicial y a través de eso una denuncia. Que esto ocurriría en diciembre de 2007,



cuando en enero de 2014 cambia el sistema procesal penal, los casos que venían del otro sistema –como el presente– debían adecuarse al nuevo código, que se tendría que dar vista al fiscal y formular los cargos dentro de los 60 días y luego, pasado ese plazo que dice el art. 131, tendría cuatro meses para la etapa preparatoria, que también se habrían pasado todos los plazos. Dijo que la formulación de cargos se efectuaría en setiembre de 2014, que ya estaba totalmente prescripta la acción penal porque sea estafa o estafa procesal, la escala penal es la misma, por lo tanto, los jueces no hicieron más que tomar esa escala sin entrar profundamente a si es estafa o estafa procesal y considerando que el plazo máximo es de seis años, en el 2013 ya estaba prescripta, aun cuando posteriormente se hiciera la formulación de cargos, dado que este Tribunal Superior en el caso "NACIF" sostuvo que la formulación de cargos no es un acto interruptivo. Que –en este caso– no habría ningún acto interruptivo por lo tanto estaría prescripto y no habría forma de analizar la prescripción si no se analiza el delito; que no se tendría que esperar el juicio porque con ese criterio no se produciría nunca una extinción de la acción penal "por muerte porque hasta que no se haga el juicio no se puede establecer"; que sí se podría establecer y en este caso, era preciso.

Afirmó que no se cambiaría la calificación porque la estafa procesal sería una figura no autónoma, que se daría como un triángulo –como lo expresara la querella–, que habría un desdoblamiento en el sujeto pasivo, el juez a través de un proceso sería el engañado y la otra parte, sería el ofendido al que le causaría perjuicio la resolución que podría dictar el juez a través de ese engaño, pero la estafa procesal tendría las mismas características y los mismos requisitos que la estafa genérica, hasta la misma pena; que si tiene los mismos requisitos habría que analizar los mismos para tomar una decisión, que sería lo que hizo el Dr. CABRAL y que cuando ese magistrado habría sostenido que "hasta le parece que no es una estafa procesal", el Dr. CANCELA dijo que hasta creería que es cierto, porque el querellante diría antes que no habría manera que el juez conozca que se ha engañado porque en un proceso ejecutivo no se discute la causa de la obligación, por lo tanto "el juez aun como estamos en esta situación tampoco fue engañado", expuso las etapas del proceso ejecutivo y que si se llegaría a una disposición patrimonial, existiría la posibilidad de repetición en un juicio ordinario posterior, en el que se demostraría la causal de la obligación y que ahí, si no habría ninguna explicación se podría acreditar que se ha utilizado una firma en blanco, pero que todo eso sería expectativa, no se sabría. Además, que fue denunciado como estafa por ende cuando se toma la decisión de la prescripción se tomaría la escala que pertenece; que tendría la misma característica la estafa de la estafa procesal, refirió a los elementos del tipo penal, entre ellos, que tendría que haber un perjuicio y que no sería exactamente cierto que bastaría con un embargo para el mismo, que habrían distintas opiniones; que tampoco sería cierto que todos los actos concatenados servirían para interrumpir la prescripción, serían "criterios adoptados por cualquiera", que todos de alguna manera tendrían una manera de pensar con respecto a esta figura, que no sería común en doctrina, por lo tanto, aunque se adopte la decisión de decir que no hay perjuicio eso no significaría que sea un error, no significaría que no hay motivación, sería un criterio que podría o no gustarle a la querella pero no significaría que no tenga motivación ni fundamento aparente; por lo tanto la prescripción estaría establecida y debidamente explicada. Lo que estaría vinculado al segundo agravio –de la querella– respecto a una supuesta fundamentación aparente; el Dr. CANCELA manifestó que habría una fundamentación real y evidentemente de ambos magistrados que conformaron la mayoría; que el Dr. VARESSIO también diría que tendría que dar una respuesta a lo peticionado por la Defensa respecto a la prescripción aunque admitiría que no ha sido muy extenso o no se ha preocupado tanto por fundamentar la prescripción, que diría que "ha sido escueto", pero le daría una respuesta, que la prescripción sería de orden público, que teniendo en cuenta la fecha y que no habría acto interruptivo considerarían que estaría prescripto y agregaría que estarían todos los plazos procesales también finalizados. Que esto traería aparejado el tercer agravio, por supuesto que no hablarían de los plazos porque además de decir que estarían totalmente superados los plazos procesales, no le habrían dado más explicación porque resolvieron conforme a la prescripción entonces lo demás sería innecesario.

Concluyó que la causa estaría prescripta, no habrían actos interruptivos y con respecto al voto dirimente, dijo que habría sido justificado por el Dr. VARESSIO; que el Dr. SOMMER no estaría en desacuerdo porque cree que no estaría prescripto, dejaría su criterio consignado respecto a la inadmisibilidad y después sostendría que "si se discute algunos temas de calificación corresponde para un juicio", que habría dicho que: "Yo no digo que no está prescripto, ni digo



que no están los plazos procesales vencidos", por lo que para el Dr. CANCELA, dicho magistrado no se habría expedido sobre el tema central y habría dejado a salvo su criterio respecto a si era el momento o no. La Defensa alegó que sería el momento porque tampoco se habría efectuado el control de acusación y después, inapelable; que lo único que se habría realizado fue la formulación de cargos en setiembre de 2014 con la causa –a su entender- prescripta. Agregó que tampoco sería beneficiosa la calificación porque sería la misma escala penal, por lo tanto los jueces habrían interpretado correctamente lo que sería ajustado a derecho. Respecto a los plazos, que la querella diría que bastaría con lo que digan las partes, que sería cierto a medias, porque si se presenta un acuerdo fuera de lo que corresponde a derecho, un juez podría no estar de acuerdo y esto no significaría que el juez no pudiera opinar sino no podría opinar de nada. Que los plazos procesales estarían también todos vencidos, que no tendría sentido continuar alegando al respecto ya la causa está prescripta.

Solicitó que se confirme la resolución y no se haga lugar a los agravios de la querella.

III.- Que luego de analizada la impugnación deducida, el pronunciamiento cuestionado así como las demás constancias del legajo que se vinculan con los planteos de la querella, soy de opinión –y así lo propongo al Acuerdo– que la impugnación extraordinaria debe ser declarada procedente.

1) De las constancias del legajo se desprende que hubo requerimiento de apertura a juicio, tanto del Ministerio Fiscal (fechado el 10/04/2015) como de la querella (cfr. cargo de fecha 14/04/2015); y que ambos se tuvieron por recibidos el 15/04/2015 por la OFIJU Neuquén, de lo que se notificó vía electrónica a la Defensa en igual fecha (cfr. Legajo N° MPFNQ 11594/2014, agregado por cuerda).

2) En cuanto al hecho atribuido a Jorge Oscar BILBAO, se le imputa que presuntamente "...comenzó a ejecutar en el año 2007, y continúa su ejecución hasta el presente, en circunstancias en las que el nombrado, con intención de perjudicar patrimonialmente a su hermana Adriana Cecilia Bilbao y lograr con ello un beneficio económico, utilizó una firma de la víctima, que se encontraba estampada en un documento el cual adulteró, para luego confeccionar un documento pagaré apócrifo por la suma de pesos ciento cincuenta mil (\$150.000).

Este documento apócrifo, fue confeccionado aprovechando la existencia de una firma de puño de la Sra. Adriana Cecilia Bilbao, y una aclaración de firma que se encontraba impresa por un medio técnico, plasmadas en el documento que fue cortado. Imprimiendo o haciendo imprimir a su pedido el texto apócrifo en el pagaré en el espacio en blanco existente e insertando, el Sr. Jorge Bilbao, de su puño y letra los datos correspondientes a fecha de vencimiento, nombre del beneficiario, monto, origen de la deuda, lugar y fecha de confección como lo señaló la fiscalía.

El texto del pagaré confeccionado, dice: 'EL 21 DE MARZO AÑO 2007 PAGARÉ SIN PROTESTO [...] al Sr. JORGE OSCAR BILBAO O A SU ORDEN LA CANTIDAD DE PESOS CIENTO CINCUENTA MIL [...] NEUQUÉN, 21 DE SEPTIEMBRE DE 2006.' (firma ilegible) 'BILBAO CECILIA DNI- 17.868.540'.

Es así que a sabiendas de la falsedad de dicho pagaré, sin previa intimación fehaciente a la víctima, el Sr. BILBAO, presentó una demanda ejecutiva en fecha 3 de diciembre de 2007 contra [...] Adriana Cecilia Bilbao, acto en el cual solicitó el embargo de propiedades inmuebles de la víctima.

Dicha presentación, dio origen al expte. n° 360420 caratulado 'Bilbao Jorge Oscar c/ Bilbao Adriana Cecilia s/ Cobro Ejecutivo' que tramita ante el Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 3 de esta ciudad, Neuquén.

A dichas maniobras, sumó haber notificado la demanda ejecutiva en un domicilio de la ciudad de Neuquén, a sabiendas de que la víctima no vivía allí, porque residía en la ciudad de Puerto Madryn, y con ello, poder continuar el proceso hacia la sentencia de trance y remate, sin oposición alguna de la víctima.

Fue así, que producto del actuar del imputado, el magistrado entendió erradamente como verosímil el documento pagaré, y bajo ese equívoco entendimiento, ordenó el embargo de bienes de Adriana Cecilia Bilbao, el imputado continuó denunciando en el proceso diferentes bienes inmuebles para su embargo, logrando en fecha 10 de junio de 2008, la inscripción del embargo provisional matrícula 12-28, [...] 52949 en el Registro de la Propiedad de Inmueble de la Provincia de Chubut; posteriormente Bilbao Jorge, continuó su accionar denunciando diferentes bienes inmuebles logrando el 11 de diciembre de 2012, la inscripción del embargo provisional de un inmueble sito en la ciudad de



Neuquén, identificado como matrícula 58323, nomenclatura catastral 09 20 72 1392, lote 5-d Manzana 7 en el Registro de la Propiedad de Inmueble de la Provincia del Neuquén.

Sobre dicho inmueble, realizó una nueva inscripción del embargo preventivo con fecha 23 de agosto de 2013 y también en fecha 24 de Octubre de 2013, una anotación definitiva de dicho embargo, todo ante el Registro de Propiedad de Inmueble de Neuquén.

Así también solicitó el embargo provisional de los derechos y acciones de Adriana Cecilia Bilbao sobre el expte. 2903-10810/98 de la Dirección Provincial de Tierras de Neuquén, correspondientes a un inmueble sito en la localidad de Villa Pehuenia identificado como Lote 1 de la manzana G, etapa II, Departamento Aluminé, del cual la Subsecretaría de Tierras de la provincia del Neuquén tomó razón del embargo en fecha 13 de noviembre de 2012.

Dichos embargos, impidieron e impiden a Adriana Cecilia Bilbao la libre disposición de sus inmuebles, causándoles con ello un perjuicio económico y patrimonial, el cual se mantiene hasta la actualidad..." (cfr. Requerimiento de apertura a juicio de la parte querellante, punto 2, en Legajo cit., agregado por cuerda).

3) La calificación legal dada por los acusadores al hecho atribuido, es la de los delitos de estafa procesal, falsificación de documento privado y uso de documento privado, en concurso ideal, en calidad de autor, conforme a los artículos 172, 292, 296, 54 y 45 del Código Penal (cfr. cit. Requerimiento de la querella, punto 3 y requerimiento fiscal, punto III. Ídem Legajo agregado por cuerda).

4) En la audiencia de control de acusación, el 19/10/2015, la Defensa plantea como cuestión previa la extinción de la acción por prescripción, subsidiariamente, el vencimiento del plazo del artículo 158 del C.P.P.N. y por último, la insubsistencia, aduciendo una afectación al plazo razonable (cfr. registro de audio video y acta de la audiencia del 19/10/2015, legajo cit.).

5) El 20/10/2015, la Jueza de Garantías rechazó el pedido de sobreseimiento del imputado; entre otras consideraciones, sostuvo que la acción penal no se encontraba prescripta siendo a su entender "...el último acto con entidad suficiente para producir perjuicio la anotación definitiva de embargo de fecha 24 de octubre de 2013 (requerido provisoriamente el 23 de agosto de 2013), es este nuevo comportamiento con significancia jurídico penal que debe computarse para el curso de la prescripción..."; asimismo, efectuó un análisis de lo actuado en el caso para concluir que no se encontraban vencidos los plazos procesales ni se trataba de un plazo irrazonable (Registro interlocutorio N° 739/2015, Considerando, párrafos 13, 6 y ss., respectivamente; Legajo cit.).

Contra esta decisión dedujo impugnación ordinaria la Defensa, dando lugar al pronunciamiento aquí cuestionado.

6) El 10/11/2015, el Tribunal de Impugnación por mayoría dictó el sobreseimiento del sr. Jorge Oscar BILBAO (R.I. N° 161/2015; cfr. registro de audio video de la audiencia del 10/11/2015, LEG. 11594/2014 – BILBAO - (SALA 2) - PARTE 3/3 y acta de dicha audiencia en Expte. N° 129/15 del registro de esta Secretaría Penal).

6.A) El Dr. CABRAL –primer voto al que adhirió el Dr. VARESSIO-, en primer lugar, postuló la admisibilidad formal y luego, expuso que "...se plantean varias alternativas una referente a la prescripción de la acción penal, otra a la violación del art. 158 y otra a la violación del plazo razonable. Lo cierto es que acá estamos discutiendo sobre el abuso de firma en blanco de un pagaré que en realidad es la figura del 173 inc. 4 CP. Para poder hablar de estafa procesal habría que, en primer lugar establecer que un juez fue engañado, lo que por ahora no se advierte y no ha sido puesto en conocimiento de este tribunal que el juez que interviene en causa civil haya hecho alguna denuncia al respecto. La parte ha denunciado en su momento en dic. 2007 a raíz de la acción penal una estafa, ni siquiera podríamos hablar ahí de una estafa procesal. Mientras que no se demuestre que un juez ha sido engañado no podemos hablar de estafa procesal. En este contexto no podemos tomar tampoco como actos interruptivos los hechos posteriores para llevar adelante el pagaré, por lo tanto, desde que supuestamente se viene denunciando que se cometió el acto, que fue en dic.07, hasta a la formulación de cargos en sep.14, pasó en exceso el plazo de prescripción de la acción penal. Por otra parte, entiendo que el ordenamiento procesal en su conjunto ha dispuesto un orden para, justamente, que no se susciten conflictos. El pagaré es un título ejecutivo que justamente no se puede discutir causa, si uno quiere discutir la causa del pagaré, el origen y supuestamente un delito, lo podrá discutir en el juicio ordinario posterior y, de resultar de ese juicio la comisión de algún delito, se abrirá causa penal y entrará en el art. 173 inc. 4 CP porque todo el resto sería



un delito en expectativa, la supuesta comisión de un delito que hoy todavía no se pudo cometer, porque de hecho, la ejecución del pagaré no se pudo llevar a cabo, el perjuicio económico todavía no está, sólo hay un embargo de bienes, cualquier embargo de bienes que entonces se dispusiera en cualquier causa penal podríamos llegar, ante cualquier denuncia, considerar que eso es una estafa. En este contexto, entiendo que, ya lleva casi 8 años de proceso en la ejecución supuestamente de un pagaré y la denuncia, aun siendo cierta, se han violado todos los plazos razonables pero amén de ello la acción se encuentra prescripta por tal razón por mayoría hemos considerado que la acción penal se encuentra prescripta y corresponde disponer el sobreseimiento del Sr. Bilbao en orden al hecho por el que fuera sometido a juicio..." (cfr. registro cit.).

6.B) Luego, en el voto en disidencia, el Dr. SOMMER argumentó en torno a la inadmisibilidad de la impugnación ordinaria, considerando que sólo superó el tamiz de la admisibilidad el agravio de la presunta afectación del plazo razonable, respecto al cual, concluyó –previo análisis– que no se verificaba la pretendida vulneración; además, consideró que lo expuesto en torno a la prescripción son cuestiones que necesitan ser discutidas en el debate.

El mencionado magistrado sostuvo que "...la información suministrada por las partes, en particular por la Querella que ha hecho una prolija descripción del trámite de este legajo, en el cual ha habido por una parte vías recursivas ante la entonces Cámara Provincial de Apelaciones, pericia de parte, anulación parcial de pericia, formulación de cargos, pedidos de formulación de cargos con audiencias diferidas por la OFIJU, prórrogas convenidas entre las partes, en los términos del art. 79 para suspender y prorrogar plazos fatales, que no existe una demora injustificada sino complejidad de la causa, y avatares de la implementación de la reforma que en este caso perjudicaba a la Querella en su representación de la víctima. Por último en lo que a prescripción se refiere, entiendo que tal como el sobreseimiento por prescripción de la acción, me permito respetuosamente disentir con mis colegas, y entiendo que conforme la suerte de debate oral que tuvieron las partes sobre la descripción del hecho, la modalidad de concurso ideal concurso real, delito continuado, delitos permanentes o no, entiendo que la solución a esta discrepancia compleja que formularon las partes y anticiparon en esta audiencia el art. 168 da respuesta, dice que cuando deben discutirse cuestiones que son propias del juicio o se plantee el sobreseimiento en este caso, es irrecurrible, deben plantearse en el juicio oral y esa es mi posición. Creo que no estoy diciendo que la acción no esté prescripta, digo que, conforme los planteos de los litigantes y la teoría legal a la que adhiere cada uno, la calificación legal a la que adhiere cada uno, se da el ámbito de discusión amplio del debate donde la prueba de estas cuestiones interruptivas o no del Registro Propiedad inmueble, la Dción. Prov. de Tierras, deberán ser objeto de controversia y discusión en el marco de esa audiencia..." (cfr. registro cit.).

6.C) El Dr. VARESSIO adhirió al voto del Dr. CABRAL conformando la mayoría; aportó sus consideraciones por las que entendió, en primer lugar, que el recurso de la Defensa era formalmente admisible.

Respecto a los agravios defensoristas, dijo que la prescripción de la acción penal es una cuestión de orden público "...por lo tanto, si bien ha sido escuetamente desarrollado por el Sr. Defensor, es obligación de los jueces en este caso darle respuesta al planteo formulado. No debe pasar por alto que este caso se inicia con la interposición de la demanda el día 03.dic.07, al 03.dic.14 ya habrían transcurrido los 6 años con creces, en esa fecha ni siquiera se encontraban formulados los cargos, por lo tanto no había ningún acto interruptivo que hiciera que este delito pudiera continuar siendo investigado. Coincido también en que a la lectura del hecho efectuada por el Sr. Querellante surge que nos encontramos ante un hecho que debería ser calificado dentro del art. 173 inc.4, que es, en cierto modo, el abuso de firma en blanco. Si bien ellos hacen una manifestación del art. 292 en donde hacen alusión a los delitos contra la fe pública en este caso el que insertare o hiciera insertar en un documento privado declaraciones falsas, eso no ha sido probado, y tampoco surge de la descripción fáctica del hecho que se haya cometido ese perjuicio que la fiscalía manifiesta haberse provocado.

Coincidiendo también con el Dr. Cabral, no hay una estafa procesal habida cuenta de que ningún juez ha dado noticia ni a la fiscalía ni, en su momento, al Juez de Instrucción de que haya sido víctima de algún perjuicio o haya sido inducido a ninguna..." por lo que entendió que correspondía sobreseimiento por prescripción de la acción penal respecto a Jorge Oscar Bilbao. Agregó que, a modo de obiter dictum dada la respuesta anterior, "...la prórroga de los



plazos judiciales efectuados entre las partes merece tener un acto jurisdiccional que avale la misma, habida cuenta de que, si bien este es un proceso adversarial, esto llevaría a irrogarle y otorgarle a la OFIJU facultades que son absolutamente jurisdiccionales. En función de eso entendió que ya no correspondía avocarse ni al tratamiento del vencimiento del plazo legal y judicial del art. 158...", que a su entender, también se encontraría vencido (cfr. registro cit.).

7) La parte querellante, ante esta instancia, entre sus agravios, adujo una supuesta vulneración de garantías constitucionales asociada a una presunta arbitrariedad de sentencia.

En tal sentido, afirmó que el voto mayoritario daría a los hechos de manera oficiosa un encuadre legal distinto y ajeno a la controversia planteada por las partes, sin posibilidad de argumentar en torno a la cuestión; que se habría resuelto prescindiendo de prueba, cuya producción sería propia del debate oral y público, en el que la parte acusadora tendría que acreditar los extremos de la acusación, como así también, se habría omitido la consideración de las conductas reprochadas como parte del iter criminis que habrían sucedido en fechas posteriores a la considerada por el a quo. Además, que el resolutorio carecería de motivación suficiente, sería aparente dado que no se sostendría en las circunstancias de la causa –agravios identificados como "a)" y "b)"-.

8) En torno a la cuestión, se sostiene que entre las causales de arbitrariedad se encuentran las concernientes a los fundamentos de la decisión judicial, tanto lo relativo a lo normativo como a lo fáctico e incluso, concurrente. Así, se sostuvo que "...la doctrina de la sentencia arbitraria cubre también aquellos supuestos –no siempre escindibles de la arbitrariedad ‘normativa’- en los cuales el juzgador maneja con arbitrariedad el material existencial de la causa. La ‘arbitrariedad fáctica’ es una significativa excepción –cada vez más pronunciada- a la tesis tradicional que excluía del recurso extraordinario el análisis de problemas de hecho y de prueba. Alude principalmente a la falta de debida motivación del fallo objetado...". Asimismo, que "...se ha hecho lugar a un recurso extraordinario si la sentencia apelada no identifica adecuadamente al ‘hecho investigado’ que a juicio del a quo no constituiría delito y por el cual se sobresee definitivamente. La afirmación en tal sentido resulta dogmática, enseña la Corte, amén de imprecisa, puesto que la causa se instruyó no por un hecho sino por la denuncia de una serie de ellos que podrían, en su caso, ser calificados como ilícitos [Fallos, 303:1295]..." (SAGÜÉS, Néstor Pedro: "DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL. RECURSO EXTRAORDINARIO" Tomo 2. Ed. Astrea, 4ª Edición 1º reimpression. Bs. As. 2002, pp. 255 y 269, respectivamente).

9) A la luz de tales lineamientos, cabe aclarar que existe consenso en que para determinar si la acción penal se encuentra prescripta o no, corresponde tener en cuenta el hecho atribuido y su calificación legal, de la que resultará el plazo a computar conforme a la ley de fondo.

Al respecto, la parte acusadora en ejercicio de la acción penal es quien, en lo aquí pertinente, individualiza al imputado, indica el presunto ilícito y su calificación jurídica –al formular los cargos, al requerir la apertura a juicio, entre otros actos-.

Ahora bien, como la prescripción puede ser declarada en distintas etapas del proceso, lo relativo a la facultad del órgano judicial de apartarse de la calificación legal propuesta por la parte acusadora, también dependerá de la etapa en que transita el legajo; sin embargo, en ningún caso, puede elegir arbitrariamente la que servirá de base para determinar la vigencia o no de la acción penal, así como tampoco puede desconocer las circunstancias de tiempo, lugar y modo del hecho imputado.

Entonces, es tarea de los jueces efectuar una valoración racional que refleje una correspondencia fáctica y jurídica, que permita verificar una derivación lógica del derecho vigente ajustado a las circunstancias concretas y particulares del caso; de lo contrario, se configuraría un supuesto de arbitrariedad del pronunciamiento judicial.

10) En el presente legajo, atendiendo a la descripción del hecho imputado y a la calificación legal dada por los acusadores –conforme a los puntos III.2) y 3) del presente-, a los fines de la determinación o no de la prescripción, corresponde considerar una pena privativa de libertad temporal resultando de aplicación el artículo 62 inciso 2 en función de los artículos 172, 292, 296, 54 y 45 del Código Penal.

En ese marco, el plazo a tener en cuenta a tal efecto, es de seis años –delito consumado- o cuatro años –en grado de tentativa-.



11) Ahora bien, la cuestión radica desde cuándo computar dicho plazo.

Al respecto, el artículo 63 del código de fondo establece que: "La prescripción de la acción empezará a correr desde la medianoche del día en que se cometió el delito o, si éste fuere continuo, en que cesó de cometerse" (cfr. redacción actual, idéntica -en lo que aquí interesa- al primer párrafo de la vigente al momento del dictado de la decisión cuestionada, ya que la Ley N° 27.206, publicada en el B.O. el 10/11/2015, derogó el segundo y tercer párrafo del artículo en análisis).

Respecto a la estafa procesal en concurso con el delito de falsificación o uso de documentos falsos, reconocida doctrina sostiene que "...de haberse corroborado la existencia de conductas múltiples, la prescripción corre desde el último acto efectuado en sede judicial tendiente a la consumación delictiva o, dicho en otras palabras, el delito cesa con el último acto positivo del imputado, quedando en grado de conato si no logró su cometido, o consumado, si con su actuar engañoso obtuvo el desplazamiento patrimonial buscado..." (CALVETE, Adolfo: "TRATADO DE LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL. PAUTAS TEÓRICO PRÁCTICAS PARA LA EXTINCIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL". Volumen 1. Ediciones de la República. 1° Edición. Bs. As. 2008, pp. 410/411. Lo resaltado con negrita me pertenece).

12) De la lectura del voto mayoritario (cfr. puntos III.6.A y C) se desprende, en primer término, que el Dr. CABRAL no hace referencia a cuál es el plazo que considera para determinar la prescripción, alude al artículo 173 inciso 4, que remite a la escala penal prevista en el artículo 172, ambos del Código Penal, por lo que podría inferirse que consideró un plazo de seis años. Sin embargo, en el desarrollo que efectúa no queda claro si opta por la escala del delito consumado o en grado de tentativa, dada su crítica a la calificación escogida por la parte acusadora. En tanto, que el Dr. VARESSIO expresamente alude a los seis años como plazo a considerar, siguiendo básicamente en lo restante lo expuesto por el magistrado preopinante.

En segundo lugar, la fecha que se tuvo en cuenta para el inicio del cómputo fue "diciembre de 2007", así se dijo que hasta la formulación de cargos en setiembre de 2014 pasó en exceso el plazo de prescripción de la acción penal.

Esto es, se descartó a los distintos actos detallados en la imputación como parte del iter criminis del ilícito atribuido, entre ellos, que el imputado continuaría su accionar denunciando diferentes bienes inmuebles logrando el 11 de diciembre de 2012, la inscripción del embargo provisional de un inmueble de la ciudad de Neuquén, sobre el que, posteriormente, efectuaría la inscripción de un embargo preventivo, el 23 de agosto de 2013, y la anotación definitiva del mismo en fecha 24 de Octubre de 2013 ante el Registro de la Propiedad Inmueble (cfr. punto III.2).

Cabe aclarar que no se tratan de "actos interruptivos" como los califica el Dr. CABRAL sino de conductas atribuidas como parte del iter criminis; además, que si llegara a considerarse que no se habría consumado el hecho atribuido, ello no le restaría implicancia jurídico penal sino que resultaría de aplicación el instituto de la tentativa, en definitiva, estimo que no puede prescindirse de parte de los actos denunciados por la querrela.

Otra cuestión distinta es la acreditación o no de todos los extremos de la imputación a cargo de la parte acusadora, pero como lo dijo el Dr. SOMMER, la producción de la prueba pertinente corresponderá, en su caso, al debate.

En consecuencia, en este estado de la causa y sin elementos de convicción que lo sustente, entiendo que no se pueden descartar conductas atribuidas, basándose sólo en la voluntad de los jueces.

13) Consecuentemente, el cotejo efectuado me permite colegir que el voto mayoritario se aparta de las circunstancias fácticas del caso y de las constancias del legajo, por lo tanto, carece de una debida motivación entendida como una derivación razonada del derecho a partir de las circunstancias particulares de la causa y por ende, resulta arbitrario y acarrea la nulidad del pronunciamiento impugnado, por lo que el tratamiento del último agravio deviene innecesario.

14) Asimismo, comparto lo sostenido por la Dra. Mara SUSTE, Jueza de Garantías (cfr. registro interlocutorio N° 739/2015, Legajo MPFNQ N° 11594/2014) y el Dr. SOMMER, magistrado integrante del Tribunal de Impugnación -en su voto en disidencia- (cfr. punto III.6.B) en el sentido de que a partir de las características del caso y de las actuaciones llevadas a cabo, no se vislumbra ninguna afectación al derecho constitucional del imputado a ser juzgado en un plazo razonable; por lo que estimo que la conclusión a la que arribo en el presente resulta compatible con el mismo.

Por todo lo expuesto, entiendo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento aquí impugnado, dado que por los vicios ut supra señalados lo decidido resulta arbitrario, restándole validez al acto jurisdiccional.



Creo así haber fundado las razones por las cuales la impugnación extraordinaria debe ser declarada procedente. Tal es mi voto.

La Dra. María 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 Alejandro ELOSU LARUMBE dijo: Atento al modo en que resolviera la cuestión precedente, propongo al Acuerdo que se declare la nulidad de la resolución N° 161/2015 del Tribunal de Impugnación de fecha 10/11/2015 (Legajo N° 11594/2014) y se reenvíe el legajo para que se dicte nuevo pronunciamiento sobre la vigencia o no de la acción penal conforme a las consideraciones vertidas precedentemente. Asimismo, considerando que resulta factible que la decisión aquí adoptada sea cuestionada por la Defensa, a través de la interposición de un recurso extraordinario federal y que, en tal caso, la regulación de los plazos correspondientes excede la órbita de la competencia de este Tribunal Superior, corresponde rechazar la habilitación de feria solicitada por la parte querellante. Tal es mi voto.

La Dra. María Soledad GENNARI dijo: adhiero a la solución que propone el Dr. Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE a esta tercera cuestión. Mi voto.

A la cuarta cuestión, el Dr. Alfredo Alejandro ELOSU LARUMBE dijo: Corresponde eximir del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). Tal es mi voto.

La Dra. María 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. Emanuel A. ROA MORENO, abogado, en representación de la parte querellante, Sra. Adriana Cecilia BILBAO, contra la resolución del Tribunal de Impugnación de fecha 10/11/2015. II.- HACER LUGAR a la impugnación antedicha y DECLARAR LA NULIDAD de la resolución N° 161/2015 del Tribunal de Impugnación del 10/11/2015, en el Legajo N° 11594/2014 (artículos 95 segundo párrafo, 98 y 246 en función del art. 249 del C.P.P.N.), consecuentemente, REENVIAR el legajo para que se dicte nuevo pronunciamiento sobre la vigencia o no de la acción penal conforme a las consideraciones vertidas en el presente. III.- RECHAZAR el pedido de habilitación de feria judicial efectuado por la parte querellante. IV.- EXIMIR del pago de las costas a la parte recurrente (artículo 268, segundo párrafo, a contrario sensu, del C.P.P.N.). V.- Regístrese, notifíquese y oportunamente remítanse las actuaciones a la Oficina Judicial de la I Circunscripción Judicial para la prosecución del trámite.

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](#)

"OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO 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.: 448967/2011) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2015

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

PRIORIDAD DE PASO. EXCESO DE VELOCIDAD. CULPA CONCURRENTES. INDEMNIZACION POR DAÑO.



Corresponde revocar la sentencia de grado y atribuir el 50% de responsabilidad de la demandada en el siniestro en atención al notorio exceso de velocidad desplegado (duplicó el máximo permitido) lo que contribuyó en igual proporción a la causalidad del accidente. En cuanto a la participación causal del actor, no contaba con la prioridad de paso y no respetó la regla de extremar la precaución al girar en la calle, hacia la izquierda.

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "OJEDA HECTOR HORACIO C/ YAÑEZ JAVIER MAXIMILIANO Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP N° 448967/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 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, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La Sra. Jueza rechaza la demanda, con fundamento en que el actor vulneró la prioridad de paso, atribuyéndole total responsabilidad en el evento.

Contra tal pronunciamiento se agravia la accionante.

Sostiene que no se analizó correctamente la prueba, estando a cargo del demandado acreditar la culpa de su parte. Agrega que no se tuvo en cuenta que el demandado transitaba con exceso de velocidad, la que considera causa eficiente de la colisión.

En segundo lugar, cuestiona que no se hayan impuesto las costas a la contraria por la excepción de transacción que no prosperara.

Los agravios son contestados en hojas 334 y subsiguientes. Se indica que en el caso no ha mediado una crítica concreta al pronunciamiento y se requiere que se rechace el recurso, con costas a cargo del actor.

2. Ahora bien, al expresar su queja, el actor fundamentalmente se agravia porque la magistrada aplica la regla de prioridad de paso y prescinde de la circunstancia de encontrarse acreditado que el demandado circulaba con excesiva velocidad, descartando que haya tenido influencia alguna en la producción del siniestro y omitiendo todo reproche al accionado.

Efectuado el confronto de los agravios con el pronunciamiento dictado en autos y las constancias del mismo, debo decir que me inclino por darle la razón al recurrente en su planteo, aunque con las limitaciones que seguidamente expondré. Explicaré los motivos que justifican esta decisión.

3. Tal como lo he señalado en casos anteriores, 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 quien 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".

La justificación de esta premisa se encuentra en que "el principio sentado por las normas que reglan las preferencias en el cruce o convergencias de arterias, no se puede sortear con facilismo acudiendo a la ruptura de la simultaneidad en el arribo, de manera tal que quien primero se introduce en el sector de cruces o más avanza en el mismo ganó el derecho de prevalencia" y, así "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 absoluta 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").

En esta línea sostuve 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 materia de responsabilidad, 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".

Pero, también señalé, en línea coincidente con Galdós, que esta postura "no propicia legitimar comportamientos abusivos del conductor que goza de paso preferente, confiriéndole el rotulado "bill de impunidad" que convalide conductas antijurídicas y teñidas de reproche social y legal. Procura sentar un parámetro interpretativo que rige "ex ante" del hecho y en base al cual el juez acometa el análisis del cuadro fáctico. Creemos que se infiere de la interpretación gramatical del dispositivo legal ("La prioridad del que viene por la derecha es absoluta...") y es la que más se ajusta a la finalidad de las normas viales: establecer pautas de comportamiento claras, objetivas y certeras que tornen predecible la actuación de los restantes conductores y peatones garantizando la fluidez y la seguridad vial. Aquí radica el núcleo que la sustenta, y que persigue que el ciudadano- peatón o conductor- conozca anticipadamente cómo debe proceder; es sencillo: frenar y ceder el paso al vehículo que aparece por su derecha. Y ese deber legal debe ser, además, difundido adecuadamente para que se genere la convicción de que la seguridad vial también requiere de uniformidad en la interpretación de las bases normativas vigentes..." (cfr. Galdós Jorge Mario "La prioridad de paso de quien circula por la derecha", publicado en: LLC2012 (marzo),147).

4. En este contexto, cabe analizar el planteo efectuado por el actor, el que creo merece acogida.

Sostuve en autos "Lobato": "...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. 1º)...". (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)...". (cfr. "LOBATO JULIO GABRIEL CONTRA QUINTANA PINO OMAR SEGUNDO Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS" (EXP N° 267163/1), sentencia de fecha 12 de marzo de 2013).



Traídos estos conceptos al caso analizado, tenemos que se encuentra acreditado a partir de la pericial mecánica producida en autos, que el demandado se desplazaba muy por encima de la velocidad reglamentaria.

Y este extremo debe ser atendido, más allá de que quede claro que el actor también cometió una infracción –tal como lo desarrolla la magistrada- quebrantando la regla de la prioridad de paso a favor del demandado, que regía en el supuesto.

4. Justamente, el desarrollo de una velocidad excesiva que impacta en las condiciones de previsibilidad y normalidad, a punto tal de mutar el escenario tenido como hipótesis de regulación, impide aplicar lisa y llanamente las reglas de la prioridad, por cuanto el presupuesto fáctico es 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 toques 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 toques 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 toques 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. 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.(Ver esta sala en “LOBATO C/ QUINTANA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (EXP N° 267163/1 y mi voto en “CHAVES C/ VIDAL S/ DY P”, Expte.N° 421942/10), entre otros).

Ahora: ¿podríamos afirmar que, en el caso analizado, el demandado desplegó una velocidad excesiva que impide aplicar las reglas de preferencia, en tanto mutó el escenario previsto por las normas de tránsito aplicables al caso? Siguiendo la línea argumental del TSJ en autos “Marcilla”, la respuesta es afirmativa.

Ha quedado acreditado que el demandado conducía a un exceso de velocidad reglamentaria. En este punto el argumento de decisión de la magistrada logra ser contrarrestado en los agravios, en tanto se condice, además, con las constancias de autos.

En efecto: tanto de la pericia practicada en esta sede, como del relato del testigo Landaburu, surge que el demandado se desplaza por encima de la velocidad reglamentaria, superando los 70 kilómetros por hora (velocidad reglamentaria 30 km/h).

Específicamente el perito es claro al indicar, de acuerdo a los datos existentes y cálculos efectuados, que es posible afirmar que en los instantes previos a iniciar la maniobra de frenada, el Ford Focus circulaba a una velocidad mínima probable de 70 km/hora +/- el 15% que es el valor de error de todo cálculo.

En cuanto a la evitabilidad física del accidente, indica que “De los cálculos efectuados precedentemente, estoy en condiciones de asegurar que el automóvil de referencias circulando a una velocidad reglamentaria (30 km/hora) se hubiere detenido 14,78 metros antes del punto de impacto, lo que hace suponer que el accidente hubiese sido físicamente evitable de haber circulado a una velocidad reglamentaria”. (161).

Y concluye en punto a la etiología del accidente: “Por un lado, la velocidad de circulación del FORD FOCUS dominio GJK-951, la cual se determinó en el punto 4.7), era superior a los límites reglamentarios establecidos en la Ley 24.449 en su artículo 51 inc. e.1.) y que de haberse respetado hubiera evitado la producción del hecho, tal como se comprobó



físicamente en el apartado 4.8).

También se debe resaltar la violación al derecho preferencial de paso por parte del PEUGEOT 405 DOMINIO BEP-113, toda vez al ingresar a la encrucijada ensaya una maniobra de giro hacia la izquierda, perdiendo la prioridad de paso conforme lo expresa el artículo 41 inc. g.3) de la ya citada ley de tránsito". (ver también contestación del perito al pedido de explicaciones en hojas 210/211).

Nótese entonces que, a partir de ello, el demandado debe asumir parte de la responsabilidad, porque como lo señala el TSJ "el carácter absoluto que la norma asigna a la prioridad pretende poner fin a la polémica que se planteara respecto de los pretendidos derechos de quien llegó primero a la encrucijada.

En modo alguno podría interpretarse como otorgando al que viene por la derecha la facultad de arrasar con todo a su paso, porque ello no sólo sería injusto sino que pondría en peligro absoluto la circulación por la vía pública, al llevar a la regla de la prioridad a una desbordada aplicación..."

Recuérdese que en dicho precedente se ponderó que "...la pericia accidentalológica informa que el actor conducía su motocicleta a 51,91km/h (cfr. fs. 238/256), esto es en exceso de la velocidad precaucional reglamentaria. De allí que en su recorrido alcanzó 14,41 metros por segundo. Esto es, en menos de 7 segundos recorrió toda la cuadra llegando intempestivamente a la encrucijada que pretendía trasponer el accionado. Es evidente, entonces, la dificultad que sufrió el demandado para divisar al actor en tiempo útil para cederle el paso..."

Concluyendo, entonces, "que la velocidad impresa por el actor a la moto que conducía contribuyó concausalmente en la producción del siniestro.

En consecuencia, este evento dañoso estuvo determinado por la imprudencia de ambos partícipes: uno por no respetar la prioridad de paso (Ávila) ni tomar las precauciones que el caso le exigía al conducir un camión pesado con el cual debía trasponer un badén ubicado antes del cruce que pretendía traspasar, en una calle de ripio, sin calcular acertadamente el tiempo que ello le llevaría.

De tal forma no extremó debidamente la precaución lo que constituye una desatención inaceptable; y el otro (Marcilla), por transitar a velocidad antirreglamentaria en una calle de ripio que lo llevó a perder el completo control sobre su moto..." (ACUERDO NRO. 48/13 en autos "MARCILLA MARCELO OSCAR CONTRA ÁVILA MANUEL GERARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nro. 113 - año 2009) del Registro de la Sala Civil).

Entiendo entonces que aplicando las reglas de tránsito a este supuesto y dadas las características del caso, la atribución de responsabilidad efectuada por la magistrada es incorrecta y debe ser modificada.

El conductor demandado, en atención al notorio exceso de velocidad desplegado (duplicó el máximo permitido) contribuyó en igual proporción a la causalidad del accidente y, en tal medida, debe ser responsabilizado. En cuanto a la participación causal del actor, me remito a las consideraciones efectuadas por la magistrada de grado, en tanto no contaba con la prioridad de paso y no respetó la regla de extremar la precaución al girar en la calle, hacia la izquierda.

Deberá entonces establecerse que ambas partes son concurrentemente responsables de los daños en una proporción del 50%.

5. Sentado lo anterior, corresponde abordar los agravios relativos al reconocimiento y cuantificación de los rubros reclamados.

5.1. En cuanto al análisis de la incapacidad física sobreviniente, debe recordarse que el principio general que rige en esta materia es que los informes no constituyen prueba tasada.

Este principio es trascendente, en tanto implica que el juez no está sometido a sus conclusiones sino que tiene libertad para apreciarlas; es más, puede dictar sentencia en contra de lo que se dispone en las pericias.

Esto es de fácil comprensión, en tanto resultaría absurdo que el Juez se viera obligado a declarar que un dictamen es plena prueba de un hecho cualquiera -así proviniera de dos o más peritos en perfecto acuerdo- si, pese a ello, le pareciera absurdo o siquiera dudoso, carente de razones técnicas o científicas, contrario a la lógica o a las reglas generales de la experiencia o a hechos notorios. "Esa sujeción servil haría del juez un autómatas, lo privaría de su función de fallador y convertiría a los peritos en jueces de la causa, lo cual es inaceptable" (cfr. Koch, Eduardo Alfredo;



Rodríguez Saumell, Mariana, "Informe Pericial (su impugnación. Distintos supuestos. Poderes y Deberes del Juez)", La Ley 1990-A-881, con cita de Devis Echandía, Hernando, "Teoría de la Prueba judicial", T.II, pág. 334).

En igual línea, cabe aquí señalar que si bien es cierto que el Juez, por más que cuente con conocimientos no jurídicos, no puede suplantar o sustituir al perito, ello no determina que los conocimientos no jurídicos del juez no puedan ser utilizados para valorar más adecuadamente la prueba pericial en la oportunidad procesal pertinente, esto es, al dictar sentencia (cfr. Rodríguez, Juan Pablo, "La prueba pericial y las universidades" LL Supl. Act. 29/04/2008, pág. 1).

Ahora bien, la prueba pericial procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere conocimientos especiales en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (art. 459 CPCC).

Es decir: se ordena este medio de prueba cuando, para el análisis de los hechos controvertidos, se requieren conocimientos especiales que exceden las posibilidades del juez.

Por lo tanto, la prueba pericial, como actividad destinada a aportar conocimientos científicos al sentenciante, contribuye a formar en éste una opinión fundada, respecto de los puntos que fueron sometidos a su dictamen.

Es por tal motivo que la peritación sólo puede ser producto de operaciones idóneas que permitan percibir y verificar correctamente las relaciones causa-efecto, interpretarlas y apreciarlas en su particularidad; debe proporcionar argumentos y razones para la formación del convencimiento respecto de cuestiones cuya perfección o entendimiento escapa a las aptitudes del común de las personas (cfr. José V. Acosta, La prueba civil, To. II, pág. 253 y RI 6408/08 TSJ).

Contrariamente a estos postulados, entiendo que la pericia médica practicada en autos no contiene una explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funda.

En este punto, debe recalcar que no basta que el perito adquiera convicción sobre lo que es materia de su dictamen debiendo, por el contrario, suministrar los antecedentes y explicaciones que lo justifiquen, pues su función es asesorar a los jueces.

El perito afirma que el Sr. Ojeda tiene una incapacidad del 17%. Asigna un 15% por alveolitis crónica y 2% por pérdida de pieza dentaria. Aclara que la determinación la hace en base al Baremo Althube Rinaldi.

Al contestar los puntos de pericia de la actora, indica que es posible que se someta a un tratamiento de rehabilitación, mediante la consulta con un odontólogo y un implante dentario, con un costo entre 5000 y 7000 pesos y que es posible que requiera también el reemplazo de la pieza móvil. (hoa 219/220).

Nótese que no se expone ningún fundamento científico acerca del diagnóstico de alveolitis, limitándose a afirmar que se constata "un cuadro de alveolitis crónica con punto de partida del traumatismo generado en el accidente automovilístico, en el cual presentó pérdida de pieza dentaria y otra móvil en el accidente.

No desconozco que a un perito no puede pedírsele que escriba una monografía, pero sí que explicita las operaciones técnicas realizadas y los principios científicos que fundan su opinión, expresados de modo que puedan ser entendidos por legos en esa disciplina como son las partes, sus letrados y los jueces.

Nada de esto se cumple en el caso.

Al contestar las observaciones (241), indica que la causa de la alveolitis localizada del peritado fue el traumatismo y luego aclara que pueden ser también causas las enfermedades sistémicas como la diabetes, hipertensión, enfermedades inmunosupresoras.

Si bien afirma que el actor no posee estas enfermedades sistémicas, esto se contrapone a lo expresado por aquél en la entrevista psicológica (transcribe la perito, indicando que lo hace en forma textual y con autorización): "Medicamentos: Es hipertenso y para el colesterol".

También es contrario al informe obrante en hoja 4 que adjunta el actor, en tanto se indica que "el alveolo de dicha pieza se encuentra limpio y sin resto elemento radiográficamente...".

Por otra parte y siguiendo el baremo que dice haber utilizado, para la alveolitis crónica se asigna un porcentaje del 5% al 10% (debiendo a ello sumarse la pérdida de la pieza dentaria), lo que tampoco se compadece con lo indicado por el perito.

Como se advierte, las deficiencias que presenta la pericia imponen el apartamiento de sus conclusiones, correspondiendo sólo estar a la pérdida de la pieza dentaria, extremo este que sí se encuentra acreditado en autos.



Agrego, además, que con excepción a la pérdida de esa pieza, el actor no efectúa ninguna mención en su demanda ni en la entrevista médica, a la existencia de dolor bucal que dé cuenta de la infección o inflamación en la zona dentaria.

Corresponderá estar, entonces, sólo a la pérdida aludida, análisis que no puede desentenderse de la posibilidad de tratamientos odontológicos futuros que influyan en su minoración.

5.2. Ahora bien, para la justipreciación de la indemnización acordada por incapacidad sobreviniente, como reiteradamente señaláramos, en el caso de las lesiones físicas, en principio, aquélla cubre el quebranto patrimonial derivado de las limitaciones que se verifican, una vez reanudadas las tareas o constatada la definitiva imposibilidad de hacerlo (citado en Zavala de González, Matilde, "Daños a las personas-Integridad psicofísica", Buenos Aires, Hammurabi-José Luis Depalma Editor, 1990, t. 2a, pp. 243).

Pero tal resarcimiento no debe limitarse únicamente al aspecto laborativo; la lesión a la integridad física "comprende a más de aquella actividad económica, diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, cultural o social con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida" (cfr. CSJN, caso Pose Fallos 308:1110 y Fallos 312:2412).

Hemos dicho también que, en este contexto, la utilización de la fórmula matemática financiera de uso común en la jurisdicción, es cierto, conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial ("Villalba Miguel Ramon C/Cadesa S.a. S/ Accidente Accion Civil" P.S 1998 -V- 995/1001, Sala I 29/12/1998), pero ello no obsta a que las circunstancias acreditadas en autos ameriten una determinada corrección en los parámetros de esa fórmula.

Como se advierte, la solución dependerá de cada proceso en particular.

En este caso, pese a encontrarse acreditada la pérdida de la pieza dentaria, existe un marcado déficit probatorio: no hay prueba alguna de que esto tuviera influencia en el aspecto laboral (siquiera existen elementos que permitan acreditar actividad desarrollada o ingresos); no se han acercado elementos que den cuenta siquiera de que ha debido permanecer en reposo luego del accidente; no se ha producido prueba con relación al impacto en el estilo de vida del actor; no hay siquiera testimonios que den cuenta de estos extremos y de la comparación entre la vida y actividades llevadas adelante antes del evento dañoso y su impacto a posteriori.

También debe indicarse que el actor al momento del evento tenía 66 años (y no 56 como se indica en la demanda) y la posibilidad de llevar adelante tratamientos odontológicos futuros, cuyo costo estará comprendido en este rubro.

Sobre la base de estos parámetros, y fijando la indemnización prudencialmente en base a la facultad conferida por el artículo 165 del C.P.C.C., estimo equitativo fijar la suma de \$7.000,00, debiendo soportar la demandada el pago de la suma de \$3.500,00 de acuerdo a la atribución de responsabilidad efectuada.

6. En cuanto a los gastos de farmacia, radiografía y asistencia médica, ningún elemento de prueba se ha adjuntado. Así tampoco con relación a los traslados.

Aclaro que, con relación a este rubro, existe cierta superposición con la privación de uso del vehículo también alegada, en tanto tampoco existe prueba de la afectación del vehículo a otro fin que no fuera el traslado del accionante; ni se ha acreditado (ni surge de la prueba) que se encontrara incapacitado para movilizarse por sus propios medios.

En este cuadro de situación y si, como reiteradamente lo hemos señalado, estos rubros no exigen la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones, sino que pueden presumirse, deberán evaluarse los elementos que permiten construir esta presunción y el consiguiente alcance de la estimación:

"En cuanto a los gastos médicos, de farmacia, vestimenta y traslado, hemos sostenido que este rubro no exige la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; es cierto que éstas pueden presumirse.

Pero como toda presunción debe derivarse de circunstancias probadas. Por ejemplo, cuando de la naturaleza y gravedad de las lesiones sufridas o de los tratamientos a los que ha debido someterse, cabe inferirlos" ("ALVAREZ C/ BIDEVICH S/ D. y P.", EXP N° 353673/2007).

Por ello, en base a las consideraciones iniciales de este punto, de conformidad con las facultades que me confiere el



art. 165 del Código de Rito, juzgo que corresponde reconocer por la totalidad de estos ítems, la suma de \$1.200, debiendo asumir la contraria el pago de la suma de \$600,00.

7. En cuanto al daño psíquico reclamado, cabe destacar aquí la posición reiterada de esta Cámara en cuanto a su improcedencia como rubro autónomo.

Es que como explica Matilde Zavala de González, el daño requiere "algo" susceptible de menoscabo: así, el daño patrimonial repercute sobre lo que el sujeto tiene (empobrecimiento o pérdida de enriquecimiento pecuniario, comprendiendo menoscabo de aptitudes útiles para la vida práctica, aun en tareas no remuneradas) y el tradicionalmente denominado como moral incide sobre lo que la persona es, como defecto existencial en comparación con el estado precedente al hecho.

Las nociones sobre daño -lesión y daño- consecuencia se complementan, con tal que se acepte (según doctrina absolutamente mayoritaria) que la cuantificación se decide por los efectos nocivos, no por la pura lesión a un interés.

Siempre que se enfoque la responsabilidad en su función de reparación y, por eso, necesariamente traducida en una obligación resarcitoria, tendremos que: la indemnización es la consecuencia jurídica —en el sentido de efecto de derecho— de una consecuencia fáctica, la cual precisamente versa sobre un daño resarcible (cfr. Zavala de González Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros, cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)..." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)". (cfr. "MONSALVEZ", EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en "PARRA" 411950/10, "BARAVALLE", EXP N° 351035/7, "JARA", EXP N° 321577/5).

Por estas razones, el rubro deberá ser desestimado.

8. En cuanto al daño moral, he de comenzar por señalar que es cierto que la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos.

Siendo ello así, y pese a compartir este principio del derecho de daños, no puede dejar de observarse que si se otorga una indemnización por un daño que no sufrió, estaríamos excediendo este mandato y aquél que percibiera la indemnización estaría enriqueciéndose sin causa.

En este sentido, el artículo 1067 del Código Civil establece que "No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado...".

Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños sufridos es el del perjuicio realmente causado; no menos, pero tampoco más.

8.1. Ahora bien, el análisis de este rubro nuevamente refiere a una cuestión de prueba y reglas presuncionales.

Esto es así por cuanto, cuando se dice que el daño moral no requiere de acreditación, sólo se alude a la imposibilidad de la prueba directa y, como consecuencia de ello, se dota de eficacia probatoria a las presunciones (medio de prueba indirecto) que emergen de determinadas situaciones, acordes con las reglas de la experiencia.

Pero ello no obsta a que el daño moral tenga que estar íntimamente relacionado con los daños, padecimientos o sufrimientos ocasionados, directa o indirectamente, por el hecho motivo de la causa.

Justamente, por esta razón, la índole y la entidad de la lesión y las circunstancias atinentes a la víctima pueden servir para inducir la existencia y magnitud del daño moral y se sostiene que los indicios extrínsecos constituyen una segura



senda de aproximación al dolor sufrido (cfr. Zavala de González, Matilde, Daños a la personas, Integridad Psicofísica, Hammurabi, 1990, pág. 486/487).

Pueden puntualizarse así tres factores que fundamentan la procedencia de este rubro: 1) los relativos al hecho mismo, es decir, lo que le aconteció a la víctima en el momento mismo del hecho; 2) los sufrimientos y molestias del período posterior (curación y tratamiento) y 3) las secuelas últimas que tengan relación con el daño (incapacidad). (cfr. Zavala de González, ob. cit. pág. 466).

8.2. Como ha quedado señalado, en el caso de autos se ha acreditado como daño directo la pérdida de una pieza dentaria; pero no que el actor tuviera que someterse a otros tratamientos. Fue trasladado a la guardia del Hospital, pero dado de alta ese mismo día al constatarse sólo esa lesión.

Como se advierte, escasamente se encuentran reunidos los factores indicados en el punto anterior.

No obstante, debe reconocerse que "...el carácter leve de las lesiones sufridas o la ausencia a su respecto, de secuelas, de alteraciones orgánicas o funcionales y de incapacidad, no autoriza a descartar la presunción del daño moral. No es menester para su configuración gravedad o irreversibilidad de las lesiones o la presencia de secuelas incapacitantes o alteraciones orgánico-funcionales.

Dichas derivaciones conducirán a dimensionar en proporción a su gravedad la medición de la afección mas su ausencia no implica la del sufrimiento espiritual, típico del daño moral." (Cfr. Sala III, "Korol" 13/5/10, Reg. Protocolo Sentencias, Nro. 76, T II, Folio 373/385, con cita de CC0002 SM 31124 RSD-352-92 S 19-5-92, Juez OCCHIUZZI (SD), Tejerina, Antonio y Ot. c/ Zypas, Alejandro s/ Daños y Perjuicios, MAG. VOTANTES: Occhiuzzi - Mares - Cabanas-LDT).

Sin embargo, una vez más debe hacerse notar que el actor no produjo siquiera prueba testimonial que diera cuenta del estado en el que se encontró en el período inmediato a que aconteciera el hecho dañoso. Insisto, no existe ningún elemento a partir del cual pueda acreditarse que sufrió algún padecimiento, se le frustraron proyectos o se afectó su vida de relación, más allá de aquéllos que encuentran fuente exclusiva en las propias manifestaciones del accionante. En este punto, la pericia psicológica, en sí misma, no presenta un gran valor convictivo, en orden a establecer la relación de causalidad entre el estado que describe del actor y la colisión, en tanto alguno de los caracteres de personalidad preexistían en orden al relato transcrito con su autorización.

Debo asimismo notar que existen ciertas connotaciones que arrojan dudas acerca del informe en tanto se refiere a que "ella aún no resolvió el duelo de su madre", lo que no guardaría relación con el presente caso. Noto también que, en varios párrafos, la perito hace alusión al estado depresivo, con una antigüedad cercana a los dos años; sin embargo, el evento dañoso se produjo a más de tres años de ser llevada a cabo la pericia (agosto 2009/noviembre 2012).

Y si "el daño moral se determina en función de la entidad que asume la modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, y por la repercusión que tal minoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta anímicamente perjudicial... No basta con una mera invocación genérica del daño moral, es menester que se especifique en que consiste el mismo, cuáles son las circunstancias del caso, como incidió sobre la persona del damnificado. Estas circunstancias del caso tienen una gran significación para la determinación objetiva del daño moral experimentado por el damnificado y, al mismo tiempo, para facilitar la concreción de una solución equitativa..." (cfr. Pizarro, Ramón Daniel, "Daño Moral" Ed. Hammurabi, pág. 428).

En este contexto, estimado prudencialmente y teniendo en cuenta las indemnizaciones acordadas en otros casos, entiendo que corresponde fijarlo en la suma de \$5000, quedando a cargo de la demandada la suma de \$2.500.

9. Por último, con relación a los gastos de reparación del rodado, debo indicar que "El único requisito que unánimemente señalan la doctrina y jurisprudencia, como ineludible para la resarcibilidad del daño, es que sea cierto. Debe mediar certidumbre en cuanto a la existencia misma del daño (ya sea presente, o bien futuro), sin perjuicio de la posible indeterminación de su magnitud. Es menester que el daño sea real y efectivo, y no puramente eventual e hipotético" (Gabriel A. Stiglitz/Carlos A. Echevesti, Responsabilidad Civil 9, Dir. Alberto J. Bueres, Hammurabi, 1997, pág. 222)", ("RIPOLL PAULA Y OTRO CONTRA CASTILLO RAUL ALFREDO Y OTROS S/ D.Y.P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" (EXP N° 424694/10).

Ahora bien, en oportunidad de contestar la demanda, tanto el demandado como la citada en garantía



desconocieron las fotografías. Sin embargo, las mismas se encuentran certificadas por un oficial público, en tanto dan cuenta de que se corresponden al rodado partícipe de la colisión acaecida el 11/08/2009.

Desde esta premisa, infiriéndose además de las características de la colisión su existencia y habiendo el perito mecánico dictaminado sobre la correspondencia de los daños en el vehículo con el mismo (164) y la adecuación de los valores a los existentes en el mercado, corresponde receptor este rubro por la suma de \$ 32000, estando a cargo de la demandada, la suma de \$16.000.

En cuanto a la desvaloración del valor venal: "para determinar la desvalorización venal del automóvil dañado, es ineludible la prueba pericial, pues aún cuando generalizada la idea de que el vehículo chocado pierde parte de su valor en la cotización del mercado, ello se encuentra supeditado a las secuelas de los desperfectos luego de la reparación, y esa determinación solamente puede ser brindada por medios técnicos que únicamente los expertos pueden proporcionar mediante la respectiva prueba pericial..." (conforme CC0203 LP, B 69375 RSD-140-90 S 7.8.90, Sumario B350518, en JUBA7).

En este caso, la prueba pericial practicada en autos es insuficiente, en tanto el perito no se expide concretamente al respecto, indicando que correspondería efectuar para ello una comparación entre el estado del vehículo, anterior al siniestro y posterior a la reparación, lo que no ha sido efectuado en autos.

Corresponde entonces, proceder a la desestimación de este rubro.

10. En definitiva y conforme a las razones que he dado, entiendo que corresponde revocar la sentencia de grado. Se atribuye la responsabilidad de la demandada en el siniestro en el 50% en atención al exceso de velocidad desplegada. Corresponderá, en consecuencia, condenar a la demandada y a la citada en garantía, en la medida del seguro a abonar al actor la total de \$22.600, correspondiendo: \$ 16.000 en concepto de reparación del vehículo; \$2.500 en concepto de daño moral; \$3.500 en concepto de daño a la integridad física y gastos futuros odontológicos; \$600 en concepto de gastos de farmacia, radiografía, asistencia médica, vestimenta, traslado y privación de uso, desestimando los restantes rubros reclamados al no haberse acreditado su existencia o relación causal con el accidente de tránsito. En cuanto a las costas, las de ambas instancias serán soportadas en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.). La regulación de honorarios se difiere hasta tanto existan pautas para ello. TAL 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 sentencia de fs. 311/315, atribuyendo la responsabilidad de la demandada en el siniestro en el 50% en atención al exceso de velocidad desplegada, por lo que corresponde, condenar a Yañez Javier Maximiliano y a la citada en garantía, en la medida del seguro a abonar al actor la suma total de pesos VEINTIDOS MIL SEISCIENTOS (\$22.600), desestimando los restantes rubros reclamados al no haberse acreditado su existencia o relación causal con el accidente de tránsito.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.).

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](#)

"BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE



LOCACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 476493/2013) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. MARCO COGNITIVO. VALORACION DE LA PRUEBA. ACCIONADO POSEEDOR. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Cabe rechazar la acción de desalojo, toda vez que del análisis de todo el contexto (carácter de las mejoras practicadas, la importancia del tiempo de permanencia en la vivienda; manifestaciones públicas a los vecinos linderos; tramitación ante el IPVUN), dan cuenta de la seriedad del planteo posesorio –esgrimido por el accionado-. Y hago notar aquí que la actora centra la acreditación del carácter de poseedora y su animus domini en la circunstancia de que continúa pagando las cuotas; sin embargo de las constancias remitidas por el IPVU, surge que la cantidad de cuotas pagas es "0", no habiéndose procedido a cancelar capital alguno (...).

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de febrero de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BALCARCE DELIA ELSA C/ GATICA CARINA ISABEL Y OTROS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP N° 476493/2013) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. DOS 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 de primera instancia que hace lugar al desalojo, apela la demandada.

Se queja de la valoración efectuada sobre la prueba. Indica que es erróneo el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva, en tanto ha quedado acreditado que su parte detenta el inmueble como poseedora, a título de dueña.

Agrega que yerra en la calificación como simple tenencia, cuando han poseído el inmueble por más de una década. Que se desprende claramente de la prueba testimonial producida, que efectuó importantes mejoras en el inmueble, ampliando la propiedad en más de tres veces el tamaño de la original, lo cual desnaturaliza el comodato alegado.

Se refiere a los extensos testimonios producidos en autos, los que dan cuenta de que no se comportaron como simples tenedores sino como dueños, lo que determina que la pretensión deba canalizarse por otro tipo de acción y no la de desalojo, la que debe ser desestimada.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 243/244. Enfatiza el carácter de titular registral y sostiene que la documentación acompañada no le es oponible y no se encuentra corroborada por la restante prueba.

2. Ahora bien, lo dirimente para acceder al desalojo es la determinación de la calidad en que el demandado ocupaba la cosa y si en función de la causa de la detentación, éste estaba obligado a restituirla a instancia del titular de dominio.

Así, en el juicio de desalojo se descarta la posibilidad de debatir el tema relativo al mejor derecho a la posesión o a la posesión misma. Por lo tanto, la pretensión no procede contra el ocupante que alega y verosíblemente demuestra – prima facie- su calidad de poseedor, máxime si se tiene en cuenta que la sentencia que se dicte en relación a este punto no tendrá fuerza de cosa juzgada material.



La jurisprudencia se ha pronunciado diciendo: "No procede la demanda de desalojo (sin perjuicio de las acciones posesorias o petitorias que restan al propietario) si el accionado comprueba "prima facie" la efectividad de la posesión que invoca justificando así la seriedad de su pretensión. Y ello es así, aunque la posesión invocada no reúna las notas eficientes para repeler una pretensión reivindicatoria o justificar una usucapión porque, de lo contrario, se estaría desnaturalizando la índole del proceso de desalojo, convirtiéndolo en un juicio petitorio o posesorio (SCBA, Ac. 33469 del 26-6-84; Ac. 56924 del 30-8-96; esta Sala, Exp: 51737 RSD: 460 noviembre de 2001 in re "Sisan de Kalista, Ana c/Villanueva, Telmo s/Desalojo").

Es que el debate es ajeno al desalojo cuando se ventilan acciones de tipo real.

Es decir: es improcedente en esta clase de procesos en los que se ventilan derechos personales, cuestiones referentes a la posesión; si allí se centra el conflicto, el marco del desalojo se encuentra excedido y la acción elegida por el reclamante no ha sido la adecuada" (Cám. Ap. Lomas de Zamora, Sala I, Exp: 53891 RSD: 412, 21/10/2003, in re "Serafini, Adrián c/ Fernández, Alfredo y ots s/ Desalojo").

Y, justamente, lo que es puesto en crisis en el recurso es la valoración del material probatorio reunido en autos, en punto a establecer si se ha comprobado "prima facie" la efectividad de la posesión invocada, acordando seriedad a esta posición.

3. En este sentido, entiendo que el alcance de los testimonios brindados en autos, hacen que la posesión alegada revista seriedad.

En efecto la construcción es catalogada por el Código Civil como un acto posesorio y las características de lo construido en este caso, merecen esta calificación.

Encuentro que las afirmaciones efectuadas por la demandada encuentran correlato en los testimonios concordantes y precisos rendidos en la causa, asistiendo en este extremo razón a la apelante.

Así, el testigo Vera indica: "Ellos están viviendo hace varios años. En realidad la casa esa la compró, la posesión la tenía el padre de Pablo Sosa.

Estamos hablando del año 95 aproximadamente. Él se la cede después a los chicos estos... Y ellos están más o menos desde el 2000 por ahí. Antes del 2000 por ahí, más o menos... Sí, mejoras hicieron sí. Prácticamente completa la casa. Lo que es cerco, paredones, ampliaciones. Que más, a ver, ampliaciones de todo tipo. Creo que hicieron una habitación, un comedor, cocina. Que más ... lo hicieron. Un paredón y todo lo que es cerco, el perímetro del terreno" Y agrega más adelante: "En varias oportunidades estuvo en venta la casa. Bueno hasta que la tomó este hombre Pablo Sosa, la compro. El papá, él la compró en el 95. A la 10: uno al que se la vendió fue a don Sosa, uno de los ... porque después en otras oportunidades estuvo en venta. Anterior a eso por supuesto". (hoja 197)Hidalgo Luengo relata: "Lo que yo se es que el papá de Pablo le compró la casa a Delia, para cuando uno de sus hijos se casaran. Ahí después llegaron los chicos ellos... El hombre este yo lo vi en el año 95 o 96 y los chicos llegaron ahí cuando, debe haber tenido dos añitos el hijo que tienen. No se, será quince años, dieciséis, más o menos, los chicos... Y porque soy vecina y vivo pegada a ellos. Sí, porque la casa estaba toda fea adentro, el piso todo ahuecado, los caños todos afuera".

Detalla: "Se ve que los chicos hicieron la mitad de la otra casa que tienen, un dormitorio para el nene más un living comedor, cerraron todo el terreno.

Hicieron dormitorio, arreglaron baño, el living. Todo, la casa en realidad la hicieron nueva porque ellos lo que recibieron fueron las paredes. En varias oportunidades, como los chicos trabajaban fuera, quedaba el nenito solo y yo he recibido materiales también. He firmado para que le dejen los materiales... uno ve que trabajan ahí, trabajaba el papá de Pablo de albañil ahí. Sí, la vivienda estaba destruida adentro... Toda la casa. Todo, poner caños adentro de las paredes, arreglar el piso, el baño...."

Agrega: "...La señora, Delia, bien le entregaron la casa, a la semana le prestó a una familia. Siguió viviendo diferente gente ahí que no era ella. Ella no se, habrá vivido un año y medio dos, ahí en su casa. Yo con ellos, me daba cuenta que esa casa, que Pablo, Delia, tenían la llave de paso porque eso era todo compartido. Claro, Delia tenía la llave de paso del agua y en mi terreno estaba el pozo ciego. Entonces yo siempre, como había diferente gente, el problema es que los pozos se llenaban rápido y teníamos que desagotar y para eso teníamos que pagar los dos. Al ver diferente



gente no quería pagar el desagote del pozo.

Entonces cuando llegaron los chicos ahí yo le tenía un tapón a la cloaca para que no pasara nada a mi pozo. Los chicos me pagaron el desagote que me debían anteriormente entonces yo le saque el tapón y tuvieron la cloaca para su baño porque no tenían..."

Expone que el papá de Pablo le dijo que la actora le vendió la casa: "eso es lo que el hombre dijo cuando se empezó a ver ahí".

Preguntada si vio algún instrumento en relación a las ventas que manifestó en su declaración sobre la vivienda, respondió que no la vio "Pero Delia me dijo que ella tenía en venta la casa. En venta o en alquiler mucho antes. Y vecinos míos de la cuadra fueron a verle la casa para comprársela".

Modesta Navarrete, preguntada por la venta de la casa dice: "Yo tengo entendido que el papá de Karina, de Pablo perdón, había comprado esa casa. Se la había comprado a la señora... Que están ellos ahí debe ser, no te puedo decir con seguridad pero hace bastante" "...Y yo tengo entendido, lo que se, que se la vendió a Pablo Sosa".

En cuanto a las mejoras dice: "se ve a la distancia porque la casa está muy bien arreglada. Han hecho muchos adelantos los chicos... Ampliaron, pusieron piso, se ve una casa muy linda, muy bien arreglada. Cerraron todo el ... todo con paredón bien cerrado... y los chicos creo que de antes que se fueran a vivir ya empezó el padre a arreglar porque no estaba en muy buenas condiciones esa casa. Yo sé que ellos hicieron reformaciones y eso porque se ve.... Yo tengo entendido que por ejemplo ellos cerraron, pusieron piso, ampliaron más la casa porque era muy chiquita, hicieron otra habitación, un living comedor, arreglaron la cocina, las puertas. Hicieron casi una casa semi nueva..." (201).

María Noemí Rodríguez dice: "...Yo los conozco de hace años a ellos que están ahí y anteriormente había visto al padre de Sosa, estuvo un tiempo él y después estuvieron ellos hasta ahora... el matrimonio hará como catorce años. Que estuvo su papá, del hombre, unos años... sí. Hicieron ampliación. Por fuera le digo porque yo por dentro no tengo ni idea. Nunca entré... paredón, que da con mi casa, por el frente no? Hicieron una ampliación para delante, que será no se, y el piso del patio que hicieron con cemento que se ve. Yo nunca fui... con el correr de los años. Desde que ellos llegaron ahí, o sea el hombre, desde que llegó estuvo haciendo refacciones. El padre de Sosa, don Sosa". (203).

Castro indica: "Yo tengo entendido que el papá de ellos creo que la compró pero más que eso no.... No sé, hace muchos años. Sinceramente, desde el noventa y pico, dos mil, 97 o 98, no tengo idea pero hace muchos años que ocupan... han hecho muchas mejoras... creo que ahí han hecho un comedor, tapiales y todas esas cosas. Por lo que uno ve de afuera... esa casita era de una habitación. Yo viví en una de esas y era de una habitación, baño y la cocinita y lo demás lo hicieron todo ellos. Así teníamos la casa y yo vivía ahí al lado".

Preguntado por las ventas de la casa dice: "Yo me enteré que le había vendido la casa a Paulo, al viejo Sosa pero no tengo idea de eso. Hay algunos vecinos que dicen que sí, que le había vendido a otro pero ni idea de eso".

En contraposición al carácter circunstanciado y coincidente de estos relatos, los de los testigos ofrecidos por la actora se presentan débiles.

En efecto: Erice Normanda, preguntada por quien ocupa el inmueble y todo lo que sabe relativo a esa ocupación, responde: "Hasta donde yo sé, sé que esta chica, Carina Gatica pero lo que no sé porque ella está en esa vivienda".

Luego en la ampliación del interrogatorio, preguntada como ingresaron los señores Gatica y Sosa a la vivienda que actualmente ocupan, respondió: "en calidad de préstamo para que cuidara la vivienda. Como ellos estaban en la casa más grande para que le cuidaran la casa mientras ellos le hacían las ampliaciones. Para que no le robaran las cosas. Para que no se le metiera nadie de intruso a la vivienda. Quiero aclarar que estos chicos, Gatica, no tenían adonde vivir y ella necesitaba quien le cuide su casa. Así como buena obra ella los dejó vivir ahí hasta que ellos pudieran conseguir su casa".

Como se advierte, hay una clara contradicción entre las respuestas y la explicación dada en último término, tampoco se condice con la versión de la actora, en el sentido de que ésta nunca afirmó haber tenido entre sus planes, ampliar dicha vivienda.

El testimonio de Bruno es sumamente impreciso y nada aporta; en igual sentido, la testigo Aguilera no da detalles y desconoce lo interrogado en la mayoría de los casos.



Pavón Cruz y Ocampo, pese a afirmar que la casa no se vendió, sino que se la prestó a la demandada para que se la cuidara, no dan mayores precisiones.

A esto debe sumarse el acta emitida por la funcionaria del IPVUN, que no fuera desconocida expresamente por la actora, que da cuenta del ánimo posesorio (hoja 49).

Todo este contexto (carácter de las mejoras practicadas, la importancia del tiempo de permanencia en la vivienda; manifestaciones públicas a los vecinos linderos; tramitación ante el IPVUN), dan cuenta de la seriedad del planteo posesorio. Y hago notar aquí que la actora centra la acreditación del carácter de poseedora y su animus domini en la circunstancia de que continúa pagando las cuotas; sin embargo de las constancias remitidas por el IPVU, surge que la cantidad de cuotas pagas es "0", no habiéndose procedido a cancelar capital alguno (hoja 100).

Por ello, más allá de que la presente sentencia no produce efectos de cosa juzgada en cuanto a la efectiva calidad de poseedores invocada por los demandados, ni inhibe a la actora de ejercer ulteriores acciones reales, tengo para mí que la acción de desalojo no es la vía adecuada, debiendo ventilarse el derecho por una acción real.

Es que insisto: "Es improcedente el desalojo cuando el demandado alega y prueba prima facie que la ocupación lo es a título de poseedor, no interesando en este juicio ni el vicio ni el tiempo que la cualifique. La posesión de la cosa o el mejor derecho a ella, quedan reservados para otros procesos: los interdictos, las acciones posesorias o el proceso reivindicatorio." (Cc0000 TI 8102 S, 16/10/1986, Juez: Casarini (sd), Caratula: Coña, Julio, C/ León, Jorge L. S/ Desalojo, Mag. Votantes: Casarini - Macaya - Suares-LDT).

Las limitaciones del proceso de desalojo para controvertir o decidir el ius possidendi o el ius possessionis, en tanto su marco de conocimiento sólo admite un análisis de la verosimilitud o seriedad de la calidad invocada por el ocupante, a fin de enervar la acción de desalojo, determina que –dejando a salvo la vía judicial pertinente para el tratamiento de las cuestiones excluidas por la índole sumaria del proceso– la sentencia deba ser revocada.

Por las razones señaladas, estimo que el recurso debe ser receptado, disponiéndose el rechazo de la acción impetrada. Las costas de ambas instancias serán a cargo de la actora en su calidad de vencida. MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar al recurso interpuesto por la demandada y, en consecuencia, revocar en todas sus partes la sentencia de fs. 220/223 disponiéndose el rechazo de la acción impetrada.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora en su calidad de vencida (art. 68, Código Procesal).
- 3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 35% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado a los letrados de la demandada, y en el 30% a los letrados de la actora (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](#)

"DELAMER STELLA MARIS C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –
Sala I – (Expte.: 328993/2005) – Sentencia: 04/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO CIVIL: Accidente de trabajo.



ACCIDENTE DE TRABAJO. ACCIDENTE IN ITINERE. ACCION CIVIL. AUSENCIA DE PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL. IMPROCEDENCIA. EMPLEADORA. FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. COSTAS.

1.- [...] una acción civil planteada para obtener el resarcimiento de daños, que se funda en un accidente "in itinere" carece de base normativa dentro del Código Civil para imputar responsabilidad al empleador. No se trata de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo, con motivo y en ocasión de las tareas realizadas y como consecuencia de un daño producido por una cosa cuyo dueño o guardián es el empleador.

2.- Es claro entonces que, más allá de la competencia atribuida para el conocimiento de la causa (civil o laboral), fuera del sistema de la Ley de Riesgos, la responsabilidad del empleador encuentra anclaje normativo en el Código Civil. Y que, aún cuando se declarara la inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT, no se encuentran reunidos los recaudos para comprometer la responsabilidad extrasistémica del empleador: es cuando menos indispensable, que se alegue su actitud u omisión culposa o bien, que el daño ha sido provocado por una cosa riesgosa o viciosa bajo su cuidado y su relación de causalidad con el daño sufrido, circunstancias que, en modo alguno, se presentan reunidas en autos.

3.- [...] no habiéndose acreditado que la empleadora estuviera comprendida en alguna de las causales que autorizan su demandabilidad directa en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo, aún cuando se encuadrara el planteo en sus términos, tampoco podría ser responsabilizada por carecer de legitimación pasiva (...)

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DELAMER STELLA MARIS C/ CONSEJO PROV. DE EDUCACION S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXP N° 328993/2005) 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. La Sra. Jueza de Primera Instancia rechaza la demanda en todas sus partes.

Para así hacerlo, indica que la acción civil es improcedente en los accidentes in itinere, únicamente amparados por la ley especial.

La actora recurre. Sostiene que la demanda fue interpuesta en sede laboral, en razón de que, si bien se solicita la reparación íntegra que surge de la diferencia que la ART pagara a su parte, el reclamo derivado del accidente in itinere es laboral.

Dice que su parte invocó las normas previstas en la LRT y en la legislación laboral.

Agrega que se solicitó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT, la que nunca fue abordada y



que se le impusieron las costas, pese a ser víctima de un accidente, por lo que es revictimizada.

Sostiene que no se ha respetado el principio de congruencia y que la magistrada no ha aplicado el iura novit curia.

Esgrime que en base a los hechos, el juez conoce el derecho objetivo y debe aplicarlo. Agrega que en otros casos se ha rechazado in límine la demanda, pero aquí se ha permitido la continuación del proceso por nueve años, para rechazar la demanda por improcedencia desde la base de la normativa civil.

Como segundo agravio, expone que la magistrada no se ha expedido sobre el concreto pedido de declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT.

En tercer lugar, se agravia de la condena en costas. Dice que su parte cuenta con el beneficio de litigar sin gastos y que no puede condenársela en costas cuando la demanda se propuso en sede laboral y le asiste el derecho a reclamar los daños sufridos, más allá del encuadre jurídico dado por el a-quo.

Por último se queja de que en hojas 327 se haya resuelto el planteo de negligencia con costas a cargo de la contraria y que, pese a supeditarse la regulación para el momento de dictar sentencia, no se haya efectuado.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Así planteada la cuestión, en primer término debo señalar que las quejas vertidas padecen serias deficiencias.

Así y tal como frecuentemente hemos señalado "el concepto de crítica razonada y concreta, contenido en el art. 265 del Código Procesal, exige al apelante, lo mismo que al juzgador, una exposición sistemática, tanto en la interpretación del fallo recaído, en cuanto al juzgado como erróneo, como en las impugnaciones de las consideraciones decisivas; deben precisarse, parte por parte, los errores, omisiones y demás deficiencias que se atribuyen al fallo recurrido, especificándose con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, sin que las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general reúnan los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación; para desvirtuar una solución realmente dotada de congruencia, no basta criticar aspectos de ella de modo aislado, pues, aún erróneo en detalle, puede ser acertado en conjunto..." (cfr. Sala II, en autos "PROTTI MARIA EUGENIA CONTRA CORTEZ RAUL Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP N° 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como puede advertirse de la síntesis de los agravios planteados, la accionada escasamente cumplimenta el requisito del art. 265 del código procesal, por cuanto no conforman un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo traslucen una disconformidad con lo decidido.

3. En efecto, es claro que la disconformidad plasmada con el decisorio, no logra contrarrestar los argumentos de base de la decisión. La magistrada concretamente indica, luego de transcribir jurisprudencia acerca de la improcedencia de la acción civil para reclamar los perjuicios sufridos en un accidente in itinere:

"...La responsabilidad civil requiere para su configuración conducta antijurídica, la relación de causalidad, el daño y el factor de atribución.

Por su parte la responsabilidad objetiva se presume cuando la cosa o su intervención en el hecho es riesgosa.

Por ello es que la acción civil planteada para obtener resarcimiento de daños fundada en un accidente in itinere, carece de base normativa dentro del sistema del código civil que permita imputar responsabilidad al empleador, ya que no se trata de un hecho ocurrido en el lugar de trabajo, ni en ocasión de las tareas laborales así como la empleadora no resulta dueño o guardián de la cosa.

No obsta esta conclusión el reconocimiento de las consecuencias del accidente in itinere por la ley laboral, que siendo especial puede incluir indemnizaciones tarifadas, pero que en modo alguno puede generar el reconocimiento en esta sede civil, donde debe analizarse el hecho desde las normas invocadas..."

Y esto, más allá de no ser objeto de crítica alguna, es correcto.

En efecto: al deducir la demanda, al ampliarla luego en punto a la fundamentación del pedido de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT y en el propio recurso bajo análisis, la pretensión deducida por la actora contra su empleadora, tiene por objeto obtener la reparación integral del infortunio laboral, sufrido en el trayecto entre el trabajo y su domicilio (accidente de tránsito).

Es la actora quien considera insuficiente la reparación prevista en el régimen especial y en tal sentido demanda la reparación integral. En sus propios términos: "se planteó inicialmente una demanda en el fuero laboral persiguiendo el



pago de las diferencias en la indemnización percibida por la actora bajo las normas de la Ley de Riesgos de trabajo y ante la exigua declaración de incapacidad laboral dictaminada por la Comisión Médica" (hoja 550).

Y fuera de la reparación sistémica, la responsabilidad del empleador debe encuadrarse en las reglas de la responsabilidad civil, cuya aplicación permite obtener la mentada reparación integral.

3.1. Ahora bien, el punto es que, aún admitida la posibilidad de demandar por la reparación integral del derecho común (lo que presupone la declaración de inconstitucionalidad del art. 39 de la LRT), el concreto caso analizado "accidente in itinere" no puede tener éxito por esa vía reparatoria en tanto no concurren los presupuestos que activan tal tipo de responsabilidad (aclaro aquí, que justamente, en ejercicio del principio *iura novit curia* -el juez conoce el derecho-, la magistrada recurrió a dichas normas).

Es que una acción civil planteada para obtener el resarcimiento de daños, que se funda en un accidente "in itinere" carece de base normativa dentro del Código Civil para imputar responsabilidad al empleador. No se trata de un accidente ocurrido en el lugar de trabajo, con motivo y en ocasión de las tareas realizadas y como consecuencia de un daño producido por una cosa cuyo dueño o guardián es el empleador.

Así se ha indicado en desarrollo que es plenamente aplicable a este caso y que da respuesta y reafirma la corrección del razonamiento de la magistrada:

"Si bien pesaba sobre la empleadora el deber de seguridad de sus dependientes, dado que la minusvalía de cada uno de ellos deriva del mencionado accidente vial, a mi entender, no () se encuentran acreditados los presupuestos de hecho que, en el marco del derecho común, permitirían establecer la existencia de relación causal adecuada entre la incapacidad comprobada y un factor objetivo o subjetivo de responsabilidad atribuible a la empleadora. En efecto, en la demanda no se invoca ni ha sido probado luego cuál habría sido el vicio o el riesgo de una "cosa" que haya estado bajo la posesión o guarda jurídica de la empleadora que tendría relación causal adecuada con el desencadenamiento de la incapacidad como para que pudiera atribuírse a la demandada Jorge L. Tolosa SA. responsabilidad en los términos del art. 1.113 del Código Civil...."

"...Obsérvese que, a diferencia de otros casos en los cuales el trabajador debe utilizar un vehículo para cumplir con la tarea a su cargo, en el presente caso, está claro que el vehículo no estaba relacionado con el proceso industrial al que se dedica la empleadora ni con el cumplimiento específico de las tareas que debía desempeñar cada accionante sino con el traslado hacia o desde el lugar de trabajo, fuera de la jornada laboral. La circunstancia de que los trabajadores estuvieran dirigiéndose al establecimiento patronal, cuando ocurrió el choque, no le otorga carácter "laboral" al accidente ni permite tener por desplazada la guarda del vehículo al empleador porque, como es sabido, el accidente in itinere sólo es resarcible en el marco de la ley especial (y no en el del derecho común); y porque, de lo contrario, si se considerara que el empleador, al margen de la ley especial (LRT), pueda ser responsabilizado por los accidentes ocurridos en el trayecto que va desde el domicilio del trabajador a la empresa, se podría llegar a la absurda conclusión de que tendría entonces la "guarda" de cualquier medio de transporte que el trabajador utilizara para concurrir a su empleo, lo cual es contrario a toda lógica.

Tampoco se ha acreditado que la empleadora haya omitido la adopción de medidas de seguridad que pudieran relacionarse con el accidente de tránsito ni con los padecimientos alegados; ni está demostrado un obrar doloso o culpable de la demandada... que guarde relación causal adecuada con la minusvalía que padecen los accionantes como para entender que resulta subjetivamente responsable por incumplimiento de lo establecido por el art. 75 de la LCT.

Las lesiones de los actores, que derivaron del accidente de tránsito protagonizado por el colectivo que llevaba a los trabajadores al frigorífico, no acreditan -por sí solas- el incumplimiento del deber de seguridad (no fue dicho ni está probado cuál habría sido el obrar culpable u omisivo de la accionada de las normas de higiene y seguridad) porque, a mi juicio, la obligación que establece el art. 75 LCT es de "medios" y no de "resultado". La incapacidad que afecta a los actores no es demostrativa que haya tenido por causa un incumplimiento de la empleadora a las normas de higiene y seguridad, ni que se haya originado en una negligencia de su parte ni, menos aún, que haya sido consecuencia del vicio o riesgo de cosa alguna que estuviera bajo la guarda de aquél o del obrar culpable de otro



dependiente, por lo que la disminución laborativa no puede relacionarse causal y adecuadamente con un factor objetivo o subjetivo atribuible a la responsabilidad de la empleadora.

Ello evidencia que no se encuentran acreditados los presupuestos de hecho que, en el marco del derecho común, podrían llevar a establecer la existencia de un factor objetivo o subjetivo imputable a Jorge L. Tolosa S.A., que permita atribuirle responsabilidad por el daño moral o patrimonial que se invoca como derivado del accidente.

En definitiva, no es factible admitir la responsabilidad patronal cuando no se ha acreditado en modo alguno que el daño en la integridad psicofísica que padecen los accionantes guarde relación de causalidad adecuada con el riesgo o vicio de una cosa bajo la guarda de la empleadora, ni con un obrar doloso o culpable de su parte o de un dependiente suyo. En síntesis, no observo efectivamente demostrado el referido nexo causal adecuado entre el daño invocado y factor de imputabilidad alguno atribuible al empleador demandado; y entiendo que ello obsta decisivamente al establecimiento de su responsabilidad sobre la base del derecho común (conf. art. 499 Código Civil), por lo que la queja, en tales condiciones, debe ser rechazada..." (cfr. Cámara Nacional del Trabajo - SALA II - "Servin, Miguel Angel y otros c/ Jorge L. Tolosa S.A. y otros s/ accidente - accion civil", 10 de mayo de 2010).

Es que, como ya hace décadas señalaba Llambías: "para que juegue la responsabilidad ordinaria del empleador con respecto a su empleado, el daño de que éste se queja tiene que haber acontecido en el curso de una actividad que habría comprometido igualmente al principal con relación a un tercero que resultase damnificado, o sea debe tratarse de una acción dañosa obrada en el ejercicio o con motivo de la función conferida por el comitente. Pero, en el ámbito del derecho común, una actividad no imputable al empleador con respecto a terceros, tampoco puede ser argüida contra él por el dependiente para aducir que el accidente que ha sufrido implica incumplimiento del deber de seguridad asumido por aquél, ya que este deber juega con relación al desempeño de la función y no con respecto a actividades ajenas a ella. Por esta consideración, el accidente 'in itinere' que abre la acción especial de la ley 9688, no es eficiente para comprometer al principal, sea frente a terceros, sea frente al propio empleado— dentro del ámbito del derecho común, sencillamente porque en esa ocasión no está el dependiente bajo la subordinación del empleador" (Llambías, Jorge J., "la acción de derecho común originada en un accidente de trabajo", LA LEY, 1979-C, 852).

Es claro entonces que, más allá de la competencia atribuida para el conocimiento de la causa (civil o laboral), fuera del sistema de la Ley de Riesgos, la responsabilidad del empleador encuentra anclaje normativo en el Código Civil. Y que, aún cuando se declarara la inconstitucionalidad del artículo 39 de la LRT, no se encuentran reunidos los recaudos para comprometer la responsabilidad extrasistémica del empleador: es cuando menos indispensable, que se alegue su actitud u omisión culposa o bien, que el daño ha sido provocado por una cosa riesgosa o viciosa bajo su cuidado y su relación de causalidad con el daño sufrido, circunstancias que, en modo alguno, se presentan reunidas en autos.

3.3. Nótese –para agotar los vértices de análisis– que tampoco tiene incidencia en el resultado lo afirmado por el recurrente en el sentido de que no se respetó la vía elegida, en tanto invocó la Ley de Riesgos de Trabajo y la legislación laboral.

Los desarrollos anteriores se proyectan y, en cierto punto, dan respuesta a esta crítica, en tanto es claro que no se ha acreditado el modo en que la empleadora hubiese vulnerado las normas de seguridad e higiene con incidencia causal en el infortunio.

Pero, además, si lo que se pretendiera fuera responsabilizar a la empleadora en el marco de la Ley de Riesgos del Trabajo (lo que, en rigor, entiendo no surge de los términos de la demanda y su ampliación y no se condice con el consentimiento a la declaración de incompetencia efectuada en hojas 91), la demanda tampoco prosperaría, al encontrarnos frente a un supuesto de falta de legitimación pasiva, abordable de oficio.

En efecto: "El tema en cuestión ya ha sido ampliamente discutido, sin embargo no puede desconocerse que tardó varios años en clarificarse el modo por donde debían encauzarse las pretensiones que derivaban de la aplicación de la ley de riesgos de trabajo, muchos fueron los planteos que se le hicieron a esta norma, el tiempo echó luces a la discusión y hoy podemos decir con claridad, que el sujeto pasivo que establece la ley son las aseguradoras de riesgo de trabajo, quienes deben ser demandadas directamente; las empleadoras podrían serlo en tres supuestos: 1) si no han



contratado a estos entes creados por la ley; 2) si están autoaseguradas y 3) en el supuesto del art. 39 de la L.R.T., en tal caso numerosos fallos han resuelto la procedencia de condenar por las prestaciones de la ley a las A.R.T. y por la responsabilidad civil a la empleadora, determinando la responsabilidad concurrente y sucesiva que les cabe a cada una. (Fallos: 82.811, Domínguez, Oscar c/Disco inc. y cas.)...."

"...El referido art. 26 de la Ley 24.557 expresamente establece que las prestaciones previstas en la LRT estarán a cargo de entidades de derecho privado previamente autorizadas denominadas "Aseguradoras de Riesgos del Trabajo"(ART). Consecuentemente el art. 28 en su inc. 1 dice que si el empleador omitiera afiliarse a una ART, responderá directamente ante los beneficiarios por las prestaciones establecidas por la ley. Por su parte el art. 1º del Decreto N° 334/96 Reglamentario de la Ley 24.557 dice: "Solo serán responsables frente a los trabajadores y sus derecho habientes y exclusivamente con los alcances previstos en la ley 24.557, los empleadores autoasegurados y aquellos que no cumplan con la obligación de afiliarse a una aseguradora, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 13 apartado 1 de la misma ley en el artículo 1072 del Código Civil de la Nación."

Esta normativa surge aplicable, doctrina y jurisprudencia mayoritaria son contestes en sostener la falta de legitimación de la empleadora que ha cumplido con su obligación de asegurarse, y en consecuencia queda expresamente liberada (A. Kemelmajer de Carlucci "La Ley sobre riesgos del trabajo 24557 y los principios generales del derecho de daños desde la óptica del derecho constitucional" Rev. de Der. Priv. y Com. n° 15, págs. 265/314; conf. art. 26 y conc. LRT). (Autos N° 34.186, carat.: "Muñoz Osvaldo Eduardo c/Transporte General Roca S.R.L. y ots. P./enf. acc.", 03/09/07)..." (cfr. Cámara 2a del Trabajo de Mendoza Segovia de Cabrera, Lidia Silvia y ots. c. Asifar S.R.L. y ots p/acc. 21/06/2011 Publicado en: LLGran Cuyo 2011 (septiembre), 882 Cita online: AR/JUR/27283/2011).

Como puede advertirse, no habiéndose acreditado que la empleadora estuviera comprendida en alguna de las causales que autorizan su demandabilidad directa en los términos de la Ley de Riesgos del Trabajo, aún cuando se encuadrara el planteo en sus términos, tampoco podría ser responsabilizada por carecer de legitimación pasiva (en cuanto a la responsabilidad civil, ya me he referido más arriba).

5. En definitiva, por las razones que se han dado para agotar la respuesta jurisdiccional adversa al recurrente, a partir de las cuales se patentiza la insuficiencia recursiva, propongo al Acuerdo la confirmación del fallo apelado.

En cuanto a las costas y conforme a lo expuesto, no existen razones para apartarse del principio objetivo de la derrota, debiendo asumir la actora las costas generadas en ambas instancias.

La circunstancia de que la actora cuente con beneficio para litigar sin gastos no es óbice para ello en tanto: "Es sabido que el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos no impide la imposición de costas al vencido, sino que su efecto radica en la inejecutabilidad al beneficiario, por las costas procesales, en tanto no varíe su situación patrimonial (arts. 68, 84 y 505) (SCBA, Ac 50575 S 27/7/1993, Juez San Martín (SD) JUBA B22510)..." (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Pergamino, Litoral Gas S. A. c. Maranesi, María Karina y otro/a s/ repetición sumas de dinero 14/05/2013, Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/18424/2013).

Por último y en cuanto al planteo regulatorio por la incidencia resuelta en hojas 327/328, en rigor se trató de una omisión del pronunciamiento, que admite el remedio de la aclaratoria. En consecuencia, procederá que oportunamente se regulen, al momento de contar con bases 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.- Confirmar la sentencia de fs. 522/524 en todas sus partes y ordenar que oportunamente se regulen los honorarios por la incidencia resuelta en hojas 327/328, al momento de contar con bases para ello.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la actora, ya que no existen razones para apartarse del principio objetivo de la derrota (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](#)

"COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO 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.: 450789/2011) – Sentencia: 06/16 – Fecha: 02/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

SEDE PENAL. SOBRESEIMIENTO. EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN SEDE CIVIL. PEATON EMBESTIDO. CRUCE DE RUTA. SEMAFORO. DISTRIBUCION DE LA RESPONSABILIDAD. NEXO CAUSAL.

- 1.- [...] el sobreseimiento dictado en sede penal no determina absolutamente el análisis que corresponde efectuar en esta sede de la responsabilidad civil.
- 2.- Corresponde graduar en un 90 % la responsabilidad del peatón por el accidente de tránsito que protagonizó al ser embestido mientras intentaba traspasar la ruta 22 (multitrocha), pues, no es indiferente en términos causales que el peatón haya traspuesto la ruta cuando el semáforo no lo habilitaba, en horas de la noche y alcoholizado (insisto en que, aun cuando no lo estuviera, la conducta es extremadamente temeraria). El 10% restante pesa sobre el demandado, en tanto surge de las pericias practicadas, tanto en esta sede como en la penal, que excedía el límite de velocidad permitido. Y que si bien, se trata de una ruta nacional, lo cierto es que las especiales características de la denominada "multitrocha", no permite a los conductores prescindir de la circunstancia de que será traspuesta por peatones. Y, en este punto, no pueden resultar indiferentes las condiciones de visibilidad y la presencia efectiva del peatón junto al guardarriel.

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "COÑEQUEO ALICIA MABEL C/ GIMENEZ HUGO ORLANDO Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP N° 450789/2011) 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 parte demandada y la citada en garantía apelan la sentencia dictada en autos.

Sostienen que la magistrada ha vulnerado la prejudicialidad penal, en tanto el Sr. Giménez ha resultado totalmente



sobreseído en dicha sede, indicando el magistrado de dicho fuero que "la causa originante del accidente en examen es achacable a la conducta negligente ostentada por la propia víctima al cruzar una arteria con las características de la ruta 22 por un lugar no habilitado a tal fin, en horario nocturno y con una ingesta abusiva de alcohol".

Entienden que, en estas circunstancias, la conducta de la víctima claramente determinó el hecho y habiéndose así establecido en sede penal, tal extremo no podía modificarse en esta causa.

Esgrimen que podrá aquí establecerse un mayor o menor grado de responsabilidad de los partícipes pero que en modo alguno puede decirse que el peatón cruzó en forma correcta la ruta por la senda peatonal, cuando este hecho se encuentra totalmente determinado en sentido adverso, en sede penal.

Se refiere luego al estado de ebriedad de la víctima, lo que sin lugar a dudas determinó que no pudiera cruzar la ruta en forma correcta, porque de estar lúcido, no podría haber puesto en riesgo su vida, de la forma en que lo hizo.

Se queja de la evaluación que hiciera la magistrada en punto a la velocidad del vehículo del demandado y cuestiona nuevamente las conclusiones a las que arriba el perito.

Dice que, aun cuando se admitiese que la velocidad desplegada era de 72,35 km/h, igual lo determinante ha sido la conducta de la víctima, puesto que aún transitando a 60 km, el accidente no se hubiera evitado.

En segundo lugar, se agravia del monto acordado en concepto de daño moral.

Dice que ha quedado acreditado que el menor no vivía con la madre, que ésta se había desentendido de su crianza, por lo que la pretensión del daño moral por el monto fijado es injustificado.

En tercer lugar, se agravia por la imposición de costas a su parte, en tanto la demanda sólo ha prosperado parcialmente, no respetándose el porcentaje de atribución de responsabilidad a la víctima.

Si bien esboza que se agravia en punto al cálculo de intereses, ningún desarrollo crítico efectúa, por lo que, en este punto, desde ya adelanto, el recurso se encuentra desierto.

Sustanciada la presentación, es contestada en hojas 417/419.

Sostiene que los agravios son insustanciales. Se refiere a las consideraciones efectuadas por la magistrada y contrarresta la crítica realizada en punto al monto acordado en concepto de daño moral.

2. Analizaré en primer término el planteo relativo a la prejudicialidad penal y los efectos que el sobreseimiento dictado en dicha sede acarrea en la esfera civil.

2.1. Como ya lo he señalado en anterioridad oportuna, el TSJ ha sostenido que "El art. 1102 del Código Civil, aplicable -como se anticipara- subsidiariamente a la materia, regula, in genere, los efectos que el pronunciamiento penal condenatorio tiene en el juicio civil, donde se ventilan las consecuencias del mismo hecho, relacionadas con el perjuicio sufrido por el damnificado.

Resulta conveniente aclarar que, antes que otorgar a esa influencia la categoría de cosa juzgada en el sentido tradicional, parece más propio aludir a la prioridad y prevalencia del contenido de una sentencia respecto de la otra, que produce, no todos, pero sí algunos de sus efectos. Más que cosa juzgada, hay una vinculación legal que debe observar el juzgador iusprivatista respecto de la sentencia penal precedente sobre el mismo hecho (cfr. Creus, Carlos, Influencias del proceso penal sobre el proceso civil, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 20/23, Bueres-Highton, Código Civil, Ed. Hammurabi, T. 3-A, p. 316).

Según se desprende de la norma en cuestión, después de la condenación criminal no se pueden cuestionar, discutir o desconocer en sede civil dos aspectos: a) la existencia del hecho principal; b) la culpabilidad del imputado. Como es sabido, el juez penal debe analizar necesariamente la materialidad del hecho que se atribuye al imputado y esa materialidad comprende las circunstancias esenciales para resolver la cuestión, de modo que el juez civil debe atenerse a los datos fácticos que el magistrado dio por verificados (Llambías, Jorge, "Límites de la cosa juzgada penal" ES 84-755, SC Mendoza, Sala I, "Buel c/ Cía de Perforaciones Río Colorado", ED 145-454).

Sin perjuicio de ello, el criterio prevaleciente indica que no todas las declaraciones que integran la sentencia penal hacen cosa juzgada en sede civil, sino sólo aquellas que el juez penal tuvo necesidad de pronunciar para resolver sobre la existencia del delito y la responsabilidad penal del autor (cfr. Creus, op. cit., p. 68; Bueres-Highton, op. cit, p. 316, Cárdenas-Kemelmajer de Carlucci, Código Civil, Ed. Astrea, p. 306)... Bien se ha dicho que "la jurisdicción no



puede fraccionarse en compartimentos estancos, absolutamente independientes entre sí, de modo tal que un mismo hecho o un mismo acontecimiento pueda ser afirmado o negado y sus consecuencias jurídicas resueltas de distinta manera según el tribunal que lo examine. Ese concepto de unidad de lo jurisdiccional, engendrado en esencias jurídicas lógicas, tiene un fin con el que afronta la necesidad social de lo jurídico: el de concretar la seguridad como valor equiparable, en el ordenamiento positivo, al ideal de justicia; y ese valor exige que las soluciones del poder jurisdiccional sobre el mismo acontecimiento resulten, si no uniformes, por lo menos no contradictorias" (cfr. Creus, op. cit, p. 21)... (cfr. Ac. 24, "ALCAPAN, JUAN OSVALDO Y OTRO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", expte. n° 2029/07).

Ahora bien, en este caso, en sede penal se dictó el sobreseimiento total y definitivo. Y, entonces, en este contexto de vinculación entre lo actuado en sede penal y en sede civil, corresponde centrarse en el específico supuesto contemplado en el art. 1103 y determinar, desde este vértice, si el sobreseimiento es equiparable a la absolución que aquel artículo menciona.

Y conforme a las razones expuestas por Ibarlucía, entiendo que la respuesta es negativa:

"La gran mayoría de las causas penales termina con una resolución de sobreseimiento, fundada en tres posibles variantes: a) que el hecho denunciado no haya existido; b) que el hecho no constituya delito; c) que no esté suficientemente acreditada la responsabilidad penal del imputado.

Habiéndose eliminado de los nuevos códigos procesales el "sobreseimiento provisorio", tales resoluciones son sentencias definitivas y hacen cosa juzgada, de manera que determinar qué influencia ejercen respecto de los juicios civiles es de fundamental importancia.

El texto del art. 1103 habla de "absolución del acusado". ¿Comprende también al sobreseimiento en cualquiera de las tres variantes indicadas?

El tema fue expresamente tratado por las Cámaras Civiles de la Capital en el conocido plenario "Amoruso c/ Coppello" de 1946. Hubo dos pronunciamientos. El de la mayoría dijo que el sobreseimiento definitivo no hacía cosa juzgada en sede civil "en absoluto", y el de la minoría hizo algunas salvedades (que el hecho no constituyera delito, que el imputado hubiese sido menor de 14 años, o que el hecho se hubiese debido a caso fortuito o fuerza mayor inherente al trabajo), ninguna de las cuales se refirió al caso en el que tal resolución se hubiese fundado en la falta de culpa del sobreseído. Es decir, en este aspecto hubo unanimidad.

En su ilustrado voto, el Dr. Barraquero señaló que Vélez Sarsfield, al redactar el art. 1103, había tenido en cuenta que el concepto de absolución no comprendía al sobreseimiento definitivo por dos motivos. En primer lugar porque su fuente había sido el "Esboco" de Freitas (arts. 836 y 837), y sin embargo no reprodujo el art. 838 de éste que se refería al sobreseimiento. Es decir, empleó el codificador el término absolución en su acepción técnica, con lo que quedó excluido aquél de la letra y del espíritu del art. 1103, razón por la cual no cabía recurrir a la analogía (art. 16 C.C.). En segundo lugar, porque ya la práctica criminal de la época diferenciaba ambos conceptos, aserción que extrajo el distinguido magistrado del "Curso de Derecho Criminal" de Carlos Tejedor, publicado por primera vez en 1860 y luego en 1870 (o sea, antes de la sanción del Código Civil), y al promulgarse el Cód. Procesal Penal en 1896 se ajustaron a las enseñanzas de Tejedor, dividiéndose el proceso en dos etapas (sumario y plenario), siendo que sólo la segunda constituía un "juicio" que participaba de la naturaleza del proceso ordinario en materia civil, y de ahí que la sentencia condenatoria o absolutoria tuviera influencia en sede civil, a diferencia del sobreseimiento definitivo.

Agregó el Dr. Barraquero que, aún en el caso de que este último se dictara cuando apareciera indudable la irresponsabilidad criminal del imputado, no habían mediado pruebas contradictorias, pues la inculpabilidad del mismo no se había ventilado en "juicio abierto" con pruebas abundantes, sino en "juicio cerrado" con pruebas restringidas, sin contradicción de acusación y defensa.

Años después, el Dr. Boffi Boggero, en una ampliación de fundamentos del rechazo de un recurso ordinario de apelación ante la Corte, se pronunció en igual sentido en estos términos: "...el sobreseimiento definitivo no constituye la absolución prevista por el art. 1103 C.C., a los efectos de la cosa juzgada, lo que acontece de modo esencial por las siguientes razones: a) el art. 1103 citado menciona la absolución del acusado y no el sobreseimiento, que, hubiese o no



estado instituido en el procedimiento penal de la época en que se sancionó el C.C. y aparte de ser excluido expresamente por Freitas –fuente del código al respecto– en una norma análoga (art. 838, Esboco), es un instituto diferente, por muchos conceptos, de la absolución, a la que no puede llegarse por sobreseimiento; b) la absolución es así inconfundible con el sobreseimiento definitivo y ya lo era cuando se preparó el proyecto del C.C.; c) la absolución, aún en los casos donde reconoce fundamentos en la duda..., se dicta después de un proceso donde las partes han tenido oportunidad de alegar y probar en defensa de sus derechos mientras que el sobreseimiento definitivo se dicta antes de que el proceso llegue a plenario, lo que equivale a manifestar que el damnificado 'no ha tenido oportunidad de ejercer el derecho de defensa'; d) consecuentemente, tener por acreditado en lo civil lo resuelto por el sobreseimiento definitivo con el alcance del precitado art. 1103, entrañaría impedir en este aspecto el derecho de defensa a quien, como el damnificado, tampoco pudo ejercerlo en la esfera; e) de lo expuesto surge todavía que, si fuese posible una auténtica alternativa entre dos interpretaciones, ha de estarse por la más favorable a la garantía constitucional..., en este caso a la de defensa en juicio de los derechos de los damnificados".

Borda, luego de citar copiosa jurisprudencia inclinada por la negativa de la equiparación, se pronunció por esta tesis con invocación de los mismos argumentos expuestos por Boffi Boggero.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires en torno al art. 1103 del C.C. ha esbozado la tesis de las "circunstancias esenciales" –a la que luego me referiré-, pero de la lectura de los fallos respectivos se advierte que han sido casos en que había una sentencia penal absolutoria, lo que me lleva a la conclusión de que no existe doctrina de la casación provincial que establezca la equiparación entre esta última y el sobreseimiento definitivo a los efectos del art. 1103 del C.C.

Me inclino entonces por la tesis negativa. Los argumentos del plenario "Amoruso" y del Dr. Boffi Boggero cuando integrara el alto tribunal de la Nación son, a mi juicio, altamente convincentes. La interpretación literal y la histórica (la del autor de la norma, sobre la base de sus fuentes y del contexto histórico en que la redactó) no autorizan a brindar al vocablo "absolución" una interpretación extensiva a un supuesto procesal técnicamente distinto.

En definitiva: como se pusiera de resalto en el plenario "Amoruso" y en el voto de Boffi Boggero, entiendo que la finalidad de evitar el escándalo jurídico tiene que compatibilizarse con los derechos de los terceros, a quienes no puede oponérseles –salvo los casos excepcionales que el art. 1103 C.C. contempla– una resolución dictada en un proceso en el que no han sido parte. Es decir: debe regir el principio general de que la cosa juzgada tiene efectos sólo respecto de las partes del proceso en el que se ha dictado que, en definitiva, no es otra cosa que una derivación de principios constitucionales (derecho de defensa y debido proceso, art. 18 C.N.)..." (cfr. Ibarlucía, Emilio INFLUENCIA DE LA ABSOLUCION PENAL EN SEDE CIVIL (Con especial referencia a la jurisprudencia de la S.C.B.A.).

2.2. En esta misma línea, recientemente se indicó en la Sala II "...la valoración de la influencia de la conducta de la víctima en la producción del accidente de tránsito realizada por el juez penal al dictar el sobreseimiento no tiene efectos prejudiciales en el debate acerca de la responsabilidad civil..."

"...Esta interpretación se ve ahora corroborada por el nuevo Código Civil y Comercial el que, si bien no se encontró vigente al momento del dictado de la sentencia de grado, sirve como pauta orientadora para la aplicación de la legislación anterior (cfr. TSJ Neuquén, "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", Acuerdo 20/2013 del registro de la Secretaría Civil). En esta senda, el art. 1777 del nuevo Código, en su segundo párrafo establece: "Si la sentencia penal decide que un hecho no constituye delito penal o que no compromete la responsabilidad penal del agente, en el proceso civil puede discutirse libremente ese mismo hecho en cuanto generador de la responsabilidad civil..." (cfr. Sala II, "Candia Isaac" Expte. 399291/2009 y su acumulado "Alcayaga" Expte. 448316/2011).

En definitiva: "... La necesidad de evitar sentencias contradictorias sobre los mismos hechos impone tener por acreditada la materialidad de los que se han tenido por ciertos en sede penal. Pero cabe la posibilidad de que al receptarse el sustento fáctico desde una óptica diversa –la atribución de culpa penal o la de responsabilidad civil–, los mismos hechos puedan ser interpretados de manera diversa, dando lugar a diferentes soluciones. Y ello es así fundamentalmente en razón de la distinta finalidad de ambos procesos. El objeto del proceso penal es imponer una sanción, mientras que el del proceso civil es condenar a una reparación. Pueden darse conductas que son insuficientes



para fundamentar una condena penal, pero pueden considerarse suficientes para fundar la obligación de resarcir, puesto que en este último caso juega la atribución objetiva de responsabilidad que impone el art. 1113 del C. Civ...." (Cámara Civil y Comercial de San Isidro, Sala I, Causa n° 77.835, "Scheffler, Jorge B. y ot. C/ La Independencia S. A. de Transp. S/ daños y perjuicios").

3. Quedó sentado, entonces, que el sobreseimiento dictado en sede penal no determina absolutamente el análisis que corresponde efectuar en esta sede de la responsabilidad civil. No obstante ello, es necesaria su consideración, particularizando los fundamentos de aquél.

En este punto y con especial referencia a la relación de causalidad entre las conductas asumidas por los protagonistas y el lamentable resultado del accidente, es claro que no puede dejar de ponderarse la participación decisoria del peatón.

Se refirió el juez penal a la "conducta negligente ostentada por la propia víctima al cruzar una arteria con las características de la ruta 22 por un lugar no habilitado a tal fin, en horario nocturno y con una ingesta abusiva de alcohol".

Como dijéramos, el juicio causal penal puede ser revisado en esta sede civil y, en esta línea, entiendo que si bien es clara la mayor incidencia de la conducta del peatón (adelantando, desde ya, que la concurrencia de culpas será modificada en base a ello), no puede dejar de ponderarse que el demandado excedió los límites de velocidad permitida. Si bien no lo hizo con creces (y esto debe ser también ponderado), no por ello no deja de merecer un reproche jurídico, por el que debe responder.

Me explayaré sobre el análisis.

3.1. Tengo por acreditado a partir de lo determinado fácticamente en sede penal, que el peatón se encontraba alcoholizado.

También que, más allá de ello, asumió una conducta temeraria, al intentar trasponer la ruta 22 (multitrocha) cuando el semáforo no lo habilitaba, siendo de noche.

En esta causa la testigo Somaglia es contundente al exponer: "el semáforo estaba en verde en Gatica y multitrocha. Nos habilitaba a pasar a los de Multitrocha en donde estaba con estos autos a los que me refiero"

En la causa penal (conforme las copias que adjunta la accionante), el testigo Rivas declaró: "...salí cuando el semáforo estaba en verde, al llegar a la calle Gatica también estaba en verde el semáforo, veo que desde Planas hacia Lastra, es decir de Norte a Sur, por calle Gatica como una sombra, que se queda en la mitad, en el interior de los dos guarda raid, hace como que duda, hace que sigue y que no sigue, y de repente sale cruzando la ruta cuando los automóviles que estaban delante de mí estaban casi por cruzar la calle Gatica, veo que el automóvil que venía del lado del guarda raid lo golpea, esta silueta vuela y queda tirado en el asfalto..."

Preguntado si estaba el peatón habilitado para cruzar la ruta contestó "que no, porque estaba en verde para los que iban transitando por la ruta 22". (hoja 49; en igual sentido se expide al declarar en hojas 347/348).

3.2. Es claro entonces, que en el caso, ha quedado acreditado que medió culpa de la víctima.

Y si bien es cierto que los automovilistas están obligados a conducir en condiciones tales que puedan dominar sus vehículos y evitar accidentes (sobre el alcance concreto de esta premisa, en este caso, volveré más adelante), este deber de prudencia también recae sobre el peatón, quien debe actuar con cuidado y protegerse adecuadamente de los peligros del tránsito.

En virtud de ello, si una persona es atropellada en una vía rápida, de alto tránsito, al intentar trasponer una arteria cuando el semáforo no lo autorizaba, tal conducta constituye un factor de riesgo sumamente relevante.

La invasión que efectuó el peatón es una acción ilícita de penetración en el tránsito, por verificarse en contravención de las normas organizacionales de aquél (cfr. Tabasso, Carlos "Derecho del tránsito. Los principios" "Principio de segregación y especialización" Pags. 351 y 352, Editorial B de F, citado por Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, "Cano, Juan de la Cruz", Cita online AR/JUR/77266/2011).

"En tales condiciones, la conducta desplegada por la víctima debe ser tachada de imprudente y osada porque al pretender insertarse en el ámbito de circulación de vehículos, por una zona prohibida, debió extremar su diligencia y



precaución. El peatón también es un obligado jurídico y el desconocimiento de esa circunstancia se traduce en la inconciencia del mortal riesgo a que está sometido constantemente (Conf. Tabasso Carlos, ob. cit. Pág. 696).

El principio de defensa no justifica ilimitadamente al peatón por serlo ni lo dispensa de las obligaciones a su cargo, así hemos sostenido que quien camina por lugares no habilitados o en circunstancias no permitidas pone en marcha contra sí mismo una posibilidad de real peligro..." (Ibídem).

Tenemos entonces que, tal como lo indica la magistrada y arriba firme a esta instancia, el peatón tuvo una participación activa en la ocurrencia del accidente. Sin embargo entiendo que atribuirle sólo el 50% de incidencia no se condice con las circunstancias precedentemente señaladas.

4. Debo insistir en que "...es cierto que jurisprudencialmente se le ha exigido al conductor de un rodado el máximo de diligencia para evitar situaciones como la de autos; sin embargo, el dominio del vehículo debe interpretarse en función de las circunstancias de tiempo y lugar, y no conlleva la obligación de superar contingencias producidas por violaciones de terceros a las normas de circulación. Como enseña Orgaz, la ley exige de los hombres que sean prudentes, no prudentísimos; diligentes, no diligentísimos: "la ley humana no puede llevar nunca sus exigencias hasta imponer a los ciudadanos cosas insólitas y extraordinarias ("La culpa", página 125 y siguientes). Entiendo que el "absoluto dominio" al que reiteradamente se alude, está condicionado a las circunstancias de tiempo y lugar.

En rigor, el peatón se encuentra, por regla general, en la posibilidad de ver, prever y evitar el peligro. La prueba de lo que afirmo está constituida por el hecho de que, en el caso, el siniestro no habría acontecido si la víctima hubiera efectuado el cruce por el lugar destinado al efecto o si, a pesar de hacerlo por una vía no habilitada para ese fin, el cruce se hallara absolutamente despejado; vale decir, sin automotores circulando a una distancia tal que pudieran poner en peligro su integridad física (cfr. mi voto en "Caffara Víctor Hermenegildo y otros c. Persello Christian Danilo y otro s/daños y perjuicios", Rec. N°: 462.655, del 28/12/2006).

Consecuentemente, en zonas que tienen las características como en la que se produjo el accidente, los peatones no deben transitar pues ponen palmariamente en peligro su vida. Ello no implica, desde luego, admitir que la vida del peatón no es importante, sino reafirmar que nunca se debió haber intentado un cruce en las condiciones en que lo hizo la víctima, o, si dispuesta u obligada a hacerlo, debió obrar con el máximo de diligencia al efectuarlo. Ello es así, porque el peatón resulta, sin dudas, el mejor guardián de su propia vida y de su integridad física, lo cual lo hará evitar exponerse a situaciones riesgosas que pueden resultarle perjudiciales (LA LEY, 1975-A, 762, 32.043S)...". (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Altamirano, Aldo Rodolfo y otro c. Manganiello, Jorge Horacio y otros 04/11/2010 Publicado en: LA LEY 21/03/2011, 11 LA LEY 2011-B, 251).

4.1. En este contexto, no es indiferente en términos causales que el peatón haya traspuesto la ruta cuando el semáforo no lo habilitaba, en horas de la noche y alcoholizado (insisto en que, aun cuando no lo estuviera, la conducta es extremadamente temeraria).

Y este ilegítimo accionar deber ser graduado en su justa incidencia:

"Es lo que la doctrina ha calificado como la teoría de la influencia causal de cada culpa, criterio cuya adopción no encuentra obstáculo en nuestro sistema legal, por cuanto surge de la correlación de los artículos 1111 y 1113 del Código Civil (conf. Llambías, J. J., "Obligaciones", T. III, pág. 74, n° 2293; Kemelmajer de Carlucci en Belluscio-Zannoni, "Código Civil Anotado", T. IV, pág. 400, n° 12, entre otros).

Comprendo que la cuestión no es de fácil juzgamiento y que, en definitiva, gira sobre las apreciaciones de hecho que no son ordenables bajo pautas rígidas, lo que obliga a afinar el criterio de análisis a fin de poder alcanzar la interpretación más valiosa posible en la búsqueda del mejor equilibrio entre los legítimos intereses en juego (Conf. CNCiv. esta sala, 25/4/2007, "Uvoycich Degni, Carlos c/ Transportes Sargento Cabral S.C. Línea 102 y otros s/ daños y perjuicios).

El juicio de las conductas de ambos en el siniestro debe ser elaborado a través de la confrontación dialéctica de las respectivas posiciones objetivas asumidas en el hecho, el juez debe valorar la contribución causal que puede haber hecho el infortunado a su propio infortunio a los efectos de dividir la responsabilidad emergente (Tabasso Carlos, ob cit, Pág. 699; 700)..." (cfr. el ya citado fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, Cano, Juan de la Cruz



y otro c. Fleiss, Rolando y otros s/ daños y perjuicios 17/11/2011, Publicado en: La Ley Online Cita online: AR/JUR/77266/2011).

Y al igual que se indicara en dicho precedente: "para fijar discriminadamente las culpas y considerando que ello deber ser prudencialmente efectuado, sin que la imposibilidad de lograr un coeficiente matemáticamente exacto impida arribar a una solución justa, socialmente aceptable, propondré que se modifique este medular aspecto del debate".

5. Es que no puede omitirse que la víctima se colocó en una situación apta para que se produjera el siniestro; los diversos elementos de convicción ya referidos demuestran la decisiva incidencia causal de la conducta de la víctima al cruzar una ruta nacional, de noche, con el semáforo inhabilitante.

Y esta fuerte influencia causal determina que deba acordársele el 90% a su conducta como concausa del daño.

El 10% restante pesa sobre el demandado, en tanto surge de las pericias practicadas, tanto en esta sede como en la penal, que excedía el límite de velocidad permitido. Y que si bien, se trata de una ruta nacional, lo cierto es que las especiales características de la denominada "multitrocha", no permite a los conductores prescindir de la circunstancia de que será traspuesta por peatones. Y, en este punto, no pueden resultar indiferentes las condiciones de visibilidad y la presencia efectiva del peatón junto al guardarriel.

Nótese que el testigo Rivas dice: "se veía, yo a unos cincuenta metros lo vi que este peatón quería cruzar la ruta, pensé que se iba a quedar en el centro donde se quedan todas las personas que no alcanzan a cruzar la ruta, pero en forma repentina salió".

Insisto aquí en dos aspectos determinantes para discrepar con la magistrada y reducir la incidencia causal del exceso de velocidad: por una parte, el carácter repentino y temerario de la conducta de salir a cruzar la ruta cuando el semáforo habilitaba el tránsito vehicular de por sí rápido, en sus velocidades permitidas; por el otro, que la excedencia de velocidad lo fue en 12,72 kilómetros y ciertamente, no es lo mismo, que la velocidad se exceda en esa cifra, que en una mayor.

Concluyo, entonces, en que corresponde receptar parcialmente los agravios de la parte demandada y citada en garantía, estableciendo que la responsabilidad en el evento corresponde en un 10% a su parte y en un 90% a la víctima.

6. Sentado lo anterior, he de abordar el tratamiento del agravio relativo al monto acordado en concepto de daño moral.

En este orden, las consideraciones efectuadas en punto a que el menor no convivía con la madre, no logran desvirtuar las connotaciones que la pérdida de un hijo representa para la progenitora.

En efecto, se ha sostenido que "...resulta imposible imaginar un dolor mayor en un ser humano, que la pérdida de un hijo. El vínculo natural, íntimo, especialísimo que une a los padres con sus hijos implica que la pérdida de la vida de éstos representa el dolor más intenso al cual puede enfrentarse un hombre. De hecho, constituye un hecho público y notorio que la mayoría de los padres que han debido pasar por este duelo, no se recuperan.

Naturalmente, los hijos están dados a sobrevivir a sus padres, por lo que personalmente califico a la inversión de tal situación, como contra-natura. Tal especie de daño, por surgir "in re ipsa", y devenir de lo que común y naturalmente ocurre, en principio, no debe ser objeto de prueba. La experiencia demuestra que no influye en el padecimiento de tal dolor, ni la edad, ni el sexo, ni la mayor o menor retribución de amor y cuidado que ese padre recibía de su hijo; el amor, el vínculo, que une a un progenitor con sus hijos no se compara con ningún otro, es único, irrepetible y –en relación a lo que distingue a este vínculo de los restantes– subsiste aún en el supuesto de que ese hijo haga poco o nada por sus padres..."

Agregándose: "... la Suprema Corte de Justicia de Mendoza tiene dicho que, por tratarse de una presunción que emana de lo que "naturalmente" acontece, la misma admite que, quien resulta sindicado como responsable en orden a la reparación, pueda aportar pruebas que, evaluadas en su conjunto, la desvirtúen (Autos n° 70.867, "Pereyra Vda. de Vargas, Paulina y ots. en j.: Pereyra Vda. de Vargas, Paulina y ots. c/ Otoniel Gómez p/ D. y P. s/ Inc. – Casación", 21-11-01, L.S. 303-470).

En el mismo sentido existen pronunciamientos de Cámara. Se ha sostenido que, si bien la muerte de un hijo es, tal vez, el



mayor daño moral que pueda sufrir una persona, no requiriendo, por ende, el reclamo de prueba directa, nada impide al dañador acreditar que, en el caso concreto, la muerte del hijo no provocó tal sufrimiento. Así, se ha resuelto que "ello debe tener apoyo en la comprobación de conductas anteriores del progenitor que, objetivamente, permitan concluir en que no hubo tal daño moral" (CC2º, 13/12/06, autos n° 146.669/31.342, "Montivero de Rivadero, Felipa Patricia c/ Provincia de Mendoza y ots. p/ D. y P."; en el mismo sentido puede verse sentencia de la CC3º, 03/11/09, autos n° 113712/32091, "Martínez Rosana del Carmen c/ Dirección de Niñez y Adolescencia Disc. y Fam. DINAADyF p/ D. y P.")... (cfr. G. J. R. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza y ots. s/ daños y perjuicios, Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza).

Aún trayendo estas consideraciones al caso analizado, no se han acreditado las circunstancias por las cuales el menor no conviviera con la madre, que ésta se hubiera despreocupado, que hubiera tenido una actitud abandonónica, que no hubiera ejercido un rol materno adecuado o cualquier otra circunstancia que le fuera imputable.

No existe ningún elemento que permita inferir la inexistencia de una relación materno filial y que descalifique la existencia de un daño moral, conforme al curso normal de las cosas, tal el supuesto dado por la pérdida de un hijo.

En orden a ello, el agravio no podrá prosperar, aclarándose no obstante que, teniendo en cuenta la imputación de responsabilidad que propicio, el monto por el que procederá la demanda será de \$15.000.

7. Por último he de referirme a las costas.

La regla general contenida en el artículo 68 del C.P.C.C. establece que las costas 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 fuera 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.

He señalado, también, que tales reglas 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 (ver en extenso los desarrollos que he efectuado, entre otras, en "MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESIÓN O MUERTE" EXP N° 395793/9)

7.1. Sin embargo, justamente, en este caso, no se trata de que la demandada no prosperara con relación a determinados rubros, sino que más allá de ello, se ha establecido una determinada causación del penoso menoscabo acontecido.

Y si la distribución debe hacerse en proporción al éxito obtenido en el pleito, debe determinarse quien resultó sustancialmente vencedor o vencido, haciendo mérito en cada caso de la medida e importancia de las pretensiones que fueron favorablemente acogidas o rechazadas y, especialmente, en casos como el presente, en la atribución de responsabilidad.

En orden a ello entiendo que, en este caso, debe respetarse tal parámetro, imponiéndose en ambas instancias, las costas en un 90% a cargo de la parte actora y en un 10% a cargo de la demandada y la citada en garantía. 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. 386/391 en cuanto a la imputación de responsabilidad, que se determina en un 90% al actor y un 10% al demandado, por lo que el monto de condena se reduce a la suma de PESOS QUINCE MIL (\$15.000)



con más los intereses allí determinados y confirmar el decisorio en los demás aspectos que fueran motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en un 90% a cargo de la parte actora y en un 10% a cargo de la demandada y la citada en garantía.

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. Mónica MORALEJO – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"TORRES MARTA ZULEMA C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 468422/2012) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO INDIRECTO. ENFERMEDAD LABORAL. TRABAJO DE TEMPORADA. INJURIA LABORAL. CONDUCTA DEL EMPLEADOR. INDEMNIZACIÓN. INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO.

1.- Es el intercambio epistolar, el que contiene la acreditación de que la actora se encontraba enferma y con licencia por enfermedad, al momento de producirse el distracto.

2.- El cese de la temporada, determina la "suspensión" de la obligación de pagar salarios: "el empleador no se encuentra obligado al pago de los salarios más allá del período que fija la propia índole de la relación, pero si cuando vuelve a empezar el ciclo aún está con la enfermedad o bajo los efectos del accidente, allí comienza la cobertura por parte del empleador (conf. Arguello, Miguel c/ Counter S.A.CNAT, Sala VIII, marzo 28-989 DT, 1989-A-991; Ty SS 1989-372, "Hervida Angel c/ EL CONDOR E.T.S.A., CNAT, Sala VII, 18-2-98)" (cfr. Montoro Gil, Gonzalo V. "Contrato de temporada. Efectos contemplados y no contemplados" El Dial.com, Biblioteca Jurídica on line). Luego, asiste razón a la demandante: al comenzar el nuevo ciclo, subsistía la enfermedad; por implicancia directa de las particularidades del contrato de temporada, no había hecho uso de la totalidad del plazo por el pago de la licencia, restándole 26 días.

3.- Ante la manifestación de la enfermedad al inicio de la nueva temporada renació su derecho al cobro de dicha licencia por los días no utilizados. Ante la intimación concreta a su pago, la demandada desconoció este derecho. La falta de pago de los



haberes correspondientes a la licencia por enfermedad en los términos del artículo 208 por el período de 26 días, se encuentra acreditada (...) [...] Este incumplimiento del empleador reviste gravedad suficiente para impedir la continuación del vínculo. Por lo tanto, habiendo manifestado la trabajadora su voluntad de rescindir el contrato ante la negativa al pago de los salarios por enfermedad y habiéndose intimado fehacientemente a partir de la remisión de la misiva, la situación de despido indirecto en que se colocara la accionante y que fuera comunicada no se presenta ni desproporcionada ni prematura.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TORRES MARTA ZULEMA C/ LOS JUANES S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 468422/2012) 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:

1. Contra la sentencia que desestima la demanda en todas sus partes, apela la actora.

Sostiene que el magistrado se aparta de las constancias de la causa, en tanto del intercambio epistolar surge que su parte se puso a disposición de la empleadora, no controvertiéndose tampoco que hubiera presentado el certificado médico.

Dice que la demandada no adjuntó el legajo personal y de salud y que tal falta de acompañamiento debe ser valorado en su contra.

Indica que, además, el accionar de la empleadora en su responde, colisiona con la doctrina de los propios actos, en tanto en el intercambio epistolar reconoce expresamente la vigencia de la relación laboral para la temporada 2012 y la situación de enfermedad que padecía la actora, al indicársele que se encontraba en periodo de reserva de puesto. Esto, dice, presupone que se había puesto a disposición para el año 2012 y que presentó el certificado médico, que ambas piezas se hallaban en el legajo personal y en el de salud, que la demandada no presentó cuando fue intimada. Los agravios son contestados en hojas 144/145. Dice que la actora no probó la supuesta enfermedad que invoca y que, por lo tanto, no habiéndose acreditado el presupuesto de la injuria, la demanda debe ser desestimada.

2. Así planteada la cuestión, entiendo que asiste razón al recurrente.

En este caso no puede obviarse el análisis de la conducta asumida por la empleadora en el intercambio epistolar.

Tal como lo indica la actora, a partir del mismo, surge que la empleadora tuvo por vigente la relación laboral en la temporada 2012; tenía conocimiento de la enfermedad que aquejaba a la actora y no cuestionó su incidencia incapacitante para el trabajo, a punto tal que, pese a negar que le asistiera derecho a percibir salarios por enfermedad, comunicó que le reservaba el puesto.

Deben aquí hacerse dos señalamientos:

1. En primer lugar, que el artículo 209 de la LCT dispone que el trabajador debe dar aviso al empleador, no siendo un requisito indispensable que adjunte el certificado: "La LCT no obliga al trabajador a presentar certificados médicos – aunque resulte conveniente hacerlo- resultando suficiente con avisar la ausencia y la causa..." (Grisolía Julio Armando, Derecho del Trabajo de la Seguridad Social, Tomo II, pág. 853).

Más allá de ello, como señalara en el inicio, la demandada no desconoció su situación de enfermedad; es más, en el propio responde consigna "conociendo la enfermedad que afectaba a la operaria".

Pero más allá de ello, en la comunicación de fecha 12/03/2012 expresa que surge del legajo personal que desde el 02/02/2011 venía gozando en forma continuada e ininterrumpida de licencia por enfermedad inculpable sin cumplir



desde entonces con ninguna prestación de tareas y, en consecuencia, se le hace saber que desde el 05/02/2012 quedó extinguido su derecho a percibir salarios por enfermedad, al cumplirse, en dicha fecha, el máximo de licencia por dicho motivo que prevé el artículo 208.

De esto se desprende claramente que la empleadora estaba anoticiada de la enfermedad, que la actora se encontraba usufructuando licencia por este motivo.

Este extremo no fue controvertido por la demandada antes del distracto, a punto tal que le indica que a los efectos de su reincorporación en el plazo de reserva de puesto "deberá presentar el correspondiente certificado de alta médica para la realización de las tareas habituales".

Es que, como se ha señalado, en conceptos trasladables a la especie y que dan razón al recurrente: "...Tampoco cabrá atender al planteo referido a que esta interpretación de los intercambios epistolares lesiona sus derechos constitucionales. Al respecto, la actitud libremente asumida de esa titularidad de la relación patronal implicó el sometimiento voluntario y sin reserva al régimen jurídico imperante en esta materia laboral, lo cual obsta a su ulterior impugnación, toda vez que no puede ejercerse una pretensión judicial manifiestamente contradictoria e incompatible con una conducta anterior jurídicamente relevante y plenamente eficaz (CSJN, Fallos 290:216; 310:1623; 311:1695 y 317:524, entre muchos otros). Es que el aceptado principio jurídico de los actos propios impide que pueda fragmentarse la conducta de la aquí demandada; de otro modo, ello implicaría aceptar un venire contra factum proprium inadmisibles, en contravención a los estándares de buena fe y lealtad contractual, conforme profusa e inveterada doctrina y jurisprudencia..." Y se agregó en el voto concurrente: "Dichas comunicaciones –cuya autenticidad, envío y recepción no se hallan cuestionadas en autos– deben necesariamente entenderse como acreditantes de la existencia de un vínculo laboral entre la reclamante y el accionado. Para que ello no fuera así, debiera existir una excelente explicación de cuál fue la causa para remitir esas misivas, no siendo empleador el demandado. Y esa explicación no luce en autos, desafortunadamente para su parte..."- (cfr. Cámara de Apelaciones de Trelew, Mag. Ferrari, López Mesa, 30/09/2008, "P. N. Beatriz Elizabeth c/ G. Claudio y/o q' ríte. resp. laboral de la agencia local de la empresa de transportes T. s/ Dif. de Hab. e Indem. de ley" Expte. N° 22.935 - Año 2008).

Por ello entiendo que asiste razón a la quejosa y que el razonamiento efectuado por el magistrado no se condice con lo que surge del intercambio epistolar, el que contiene la acreditación de que la actora se encontraba enferma y con licencia por enfermedad, al momento de producirse el distracto.

3. Ahora bien, sentado que la enfermedad fue comunicada y que la actora se encontraba imposibilitada de cumplir con sus tareas laborales, corresponde determinar si el demandado estaba obligado al pago de la licencia por enfermedad por el período remanente no abonado en la temporada anterior. A esto se reduce la cuestión a dilucidar, en los términos en los que ha sido planteada la demanda y surge del intercambio epistolar.

Conforme surge de la pericia contable practicada en autos, en el año 2011 se le abonaron 64 días por enfermedad inculpable, no presentándose constancia alguna de pago por tal concepto para la temporada 2012 (ver hoja 109/110).

Estos aspectos no fueron motivo de impugnación por las partes (ver tenor de la presentación de la demandada en hoja 113).

El proceder correspondiente a la temporada 2011 no es cuestionado en esta causa y es coherente con la posición mayoritariamente sostenida, en el sentido de que

"En los supuestos de trabajo de temporada, el pago de salarios por enfermedad cesa con el cumplimiento de los períodos que correspondan al ciclo o temporada, ya que durante el receso el trabajador carece de derecho a remuneración, por lo que por vía de la institución mencionada no puede ser modificada la naturaleza y modalidades del contrato" (CN Trab., sala VIII, marzo 28-989- Arguello, Miguel c/ Countser, S.A.: DT, 1989-A, 991; T y SS, 1989-372).

3.1. Ahora bien, los plazos establecidos en la L.C.T no son por año, sino que corresponden por cada enfermedad. Esto significa que un trabajador puede sufrir varias enfermedades en un año y que cada patología genera plazos retribuidos independientes, de licencia por cada enfermedad. "Asimismo, si un trabajador se reintegra antes de vencido el plazo de enfermedad retribuido, los días no utilizados pueden ser gozados en el caso de producirse nuevas manifestaciones



de una misma enfermedad –que la ley denomina recidiva (repeticiones)- dentro del plazo de dos años desde que fue notificada fehacientemente al empleador..." (cfr. Julio Armando Grisolia, obra citada, pág. 842).

En el caso de los contratos por temporada, tal el supuesto aquí analizado, es aplicado este mismo régimen, aunque debe adaptarse a las particularidades de esta modalidad.

Como se dijo, finalizada la temporada, cesa el derecho de percibir el salario por enfermedad. Así aconteció en la especie, en tanto pese al periodo consignado en el certificado otorgado en la temporada 2011, sólo se le abonaron 64 días en tal concepto.

El cese de la temporada, determina la "suspensión" de la obligación de pagar salarios: "el empleador no se encuentra obligado al pago de los salarios más allá del período que fija la propia índole de la relación, pero si cuando vuelve a empezar el ciclo aún está con la enfermedad o bajo los efectos del accidente, allí comienza la cobertura por parte del empleador (conf. Arguello, Miguel c/ Counter S.A.CNAT, Sala VIII, marzo 28-989 DT, 1989-A-991; Ty SS 1989-372, "Hervida Angel c/ EL CONDOR E.T.S.A., CNAT, Sala VII, 18-2-98)" (cfr. Montoro Gil, Gonzalo V. "Contrato de temporada. Efectos contemplados y no contemplados" El Dial.com, Biblioteca Jurídica on line).

Como se advierte, a partir de los desarrollos expuestos, asiste razón a la demandante: al comenzar el nuevo ciclo, subsistía la enfermedad; por implicancia directa de las particularidades del contrato de temporada, no había hecho uso de la totalidad del plazo por el pago de la licencia, restándole 26 días. Por lo tanto, ante la manifestación de la enfermedad al inicio de la nueva temporada renació su derecho al cobro de dicha licencia por los días no utilizados.

Ante la intimación concreta a su pago, la demandada desconoció este derecho. La falta de pago de los haberes correspondientes a la licencia por enfermedad en los términos del artículo 208 por el período de 26 días, se encuentra acreditada (como he señalado antes, esto surge de la pericia contable y se corrobora a partir de la posición sostenida por la demandada en el sentido de que no procedía su pago).

Este incumplimiento del empleador reviste gravedad suficiente para impedir la continuación del vínculo. Por lo tanto, habiendo manifestado la trabajadora su voluntad de rescindir el contrato ante la negativa al pago de los salarios por enfermedad y habiéndose intimado fehacientemente a partir de la remisión de la misiva obrante en hojas 7 de fecha 07/03/2012, la situación de despido indirecto en que se colocara la accionante y que fuera comunicada con fecha 9 de abril de 2012 no se presenta ni desproporcionada ni prematura.

En estos términos, entonces, corresponderá hacer lugar a la demanda.

4. Revocándose por estas razones el decisorio, corresponde proceder al cálculo de la indemnización debida, para lo cual, deberá estarse a los términos de la pretensión deducida en esta causa, ajustándose los importes a los días restantes de licencia por enfermedad paga que correspondían, esto es, 26.

En consecuencia, siendo que la actora revestía como embaladora de primera (conforme los recibos de haberes adjuntados por ambas partes en esta causa) y que, conforme a la escala salarial acompañada en hojas 78/79, el salario para la temporada 2012 era de \$6.187,60 (en iguales términos se pronuncia el perito, limitándose los términos de la impugnación a una mera disconformidad, pero no indicándose en qué consiste el error), la demanda prosperará por la suma de \$18.670,40, en concepto de haberes por enfermedad inculpable, S.A.C., vacaciones no gozadas, preaviso e indemnización por despido.

A dicha suma, deberán sumarse los intereses, los que se calcularán a la tasa activa del BPN desde el día 9 de abril de 2012 hasta el efectivo pago.

En cuanto a la multa prevista en el artículo 2 de la ley 25.323, entiendo que la misma debe ser dispensada del pago en este caso.

Como es sabido, la ley 25323, mediante su artículo 2, tiene como finalidad la de resarcir daños autónomos de los que causa el distracto en sí mismo. La normativa intenta minimizar los perjuicios que sufre el trabajador, como consecuencia de la falta de pago oportuno, de las reparaciones fijadas en la LCT, a modo de garantizar que el acreedor laboral sea satisfecho de modo inmediato, en atención al carácter alimentario de su crédito.

De esta manera, se presenta como un medio para desalentar la conducta de los empleadores que, al eludir el pago, obligan al trabajador a afrontar las consecuencias de un juicio que puede llevar varios años de tramitación. En otros



términos, sanciona el ejercicio abusivo por parte del empleador de despedir, lo que se configura al no pagar en tiempo y forma las correspondientes indemnizaciones.

En este contexto, la aplicación del precepto exige examinar las circunstancias concretas del caso: la sanción puede reducirse o ser dispensada, si –por caso- existe una controversia seria y fundada sobre la causal de despido o bien, sobre la conformación de algún rubro indemnizatorio.

En este caso entiendo que las particularidades del contrato que regía a las partes (de temporada) y las dudas que pudieron generarse en el empleador en punto a la suspensión, sus efectos y la incidencia sobre la percepción de los días de licencia por enfermedad, unido a la necesidad del dictado de un pronunciamiento de esta Cámara para la percepción de los haberes, determinan que de las constancias de la causa no se desprenda la existencia de una conducta reticente en el pago de la indemnización, sino que fue a partir del razonamiento empleado en autos, que se determinó el derecho del trabajador a percibirla.

Con este alcance, propicio en consecuencia, que se haga lugar al recurso de apelación, revocándose el pronunciamiento de grado en todo cuanto fuera motivo de agravio, imponiéndose las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida. 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 sentencia obrante a fojas 133/136 vta. y, en consecuencia, hacer lugar a la demanda incoada por MARTA ZULEMA TORRES contra LOS JUANES S.A., quien deberá abonar al actor, dentro de los cinco días, la suma de pesos DIECIOCHO MIL SEISCIENTOS SETENTA con 40/100 (\$18.670,40), con más los intereses establecidos, a distribuir en la forma determinada en el párrafo respectivo del primer voto, que forma parte integrativa del presente fallo.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 17, Ley 921).
- 3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas a los letrados intervinientes en la anterior instancia y diferirlas para su oportunidad.
- 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 35% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado a los letrados de la actora y en el 30% a los de la demandada (art. 15, LA).
- 5.- 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](#)

"INOSTROZA RUDECINDO C/ MOÑO AZUL S. A. C/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 442078/2011) – Sentencia: 19/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

TRABAJO AGRARIO. FRUTICULTURA. DESPIDO. LEY APLICABLE.

- 1.- Resulta arbitraria la sentencia que tiene por probado que la relación laboral se encuadró en un vínculo permanente, discontinuo, de cosecha regido por la ley 23808



y la LCT y, por otro lado, distintos vínculos transitorios reglados por el Título II de la ley 22.248, si el actor era un empleado no permanente de la LCT y ocasionalmente era contratado para tareas de poda por contratos transitorios del art. 80 ley 22248. Que ello surge de los recibos de sueldo, donde constan los periodos en que prestó tareas y que, en ningún caso excedían los cuatro meses al año, luego, no surge acreditado que el actor realizara tareas de forma continua.

2.- En punto a la causa del despido, la queja no es procedente porque no acreditó haber intimado al actor conforme los términos del art. 7 del CCT 1/76 y el art. 244 LCT, lo que suma a la falta de respuesta a la intimación de aquél considerada por la A-quo conforme el art. 57 de la LCT.

3.- La cuestión de la retribución mínima del trabajador rural -y en particular, la referida a la bonificación por zona- se halla subsumida en el estatuto especial aplicable en la materia tanto en el anterior régimen de la Ley 22248 como en el actual de la Ley 26727-, que lo deriva hacia lo que decida oportunamente la Comisión Nacional de Trabajo Agrario C.N.T.A.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "INOSTROZA RUDECINDO C/ MOÑO AZUL S. A. C/ COBRO DE HABERES" (EXP N° 442078/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL 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, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 181/188 vta. la demandada apela la sentencia de fs. 169/174 por la cual se hizo lugar a la demanda por la suma de \$ 9.707,38, más intereses y costas.

En primer lugar alega que se efectuó un análisis parcial y arbitrario de la prueba. Dice que se probó que la relación laboral se encuadró en un vínculo permanente, discontinuo, de cosecha regido por la ley 23808 y la LCT y, por otro lado, distintos vínculos transitorios reglados por el Título II de la ley 22.248. Expresa que el actor era un empleado no permanente de la LCT y ocasionalmente era contratado para tareas de poda por contratos transitorios del art. 80 ley 22248. Que ello surge de los recibos de sueldo, donde constan los periodos en que prestó tareas y que, en ningún caso excedían los cuatro meses al año.

Luego, respecto a la causa del despido, sostiene que se probó que esa parte citó al personal antes del comienzo de la temporada 2009 y el actor no se presentó en el plazo de cinco días, por lo cual el despido indirecto en que se colocó el actor en febrero de 2009 carecía de efectos porque el vínculo ya se encontraba extinguido.

Agrega que en el telegrama del 26/01/09 el empleado denunció la negativa de trabajo pese a haberse puesto a disposición, lo cual implica un reconocimiento de su calidad de permanente.

En otro punto, alega que omitió tratarse su defensa. Que no se abordó su planteo respecto a la improcedencia del rubro zona desfavorable, el cual considera inaplicable a la actividad rural y abunda al respecto.

A fs. 190/193 el actor contesta el traslado de los agravios. Solicita su rechazo, 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 que hubieran sido oportunamente propuestos en la instancia anterior (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.) y, en ese marco, corresponde analizar el recurso donde la crítica se limita a los agravios señalados en el punto anterior.



1. Luego, en cuanto al encuadramiento de la relación laboral esta Alzada ha sostenido que: "El concepto dirimente de la cuestión, consiste en que los trabajos fueron realizados con continuidad y no en forma ocasional, siendo que las tareas culturales en la chacra son habituales y normales por su propia naturaleza."

"Surgiendo claramente comprobado que los reclamantes efectuaban tareas en forma continua de raleo, poda, cosecha, etc., durante todo el año y desde larga data, no corresponde la clasificación de no permanente, para algunas de esas tareas, pretendida por el apelante y estipulada en el art. 77 de la ley 22.248 (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. j de la Const. Prov.; 2 de la L.C.T.; 63 de la ley 22.248 y 377 del C.P.C.C.)."

"Más concretamente se ha expedido esta Cámara de Apelaciones: "... si el trabajador poda cuando hay que podar, ralea, cosecha en su momento oportuno, y todo ello reviste continuidad, abarcando la mayor parte del año laboral, se debe concluir en que, cualquiera fuese la modalidad de contratación, la relación laboral adquiere la condición de permanencia que autoriza la aplicación del régimen establecido por el Título I de la ley citada". (EPULEF HUIQUIPAN SERGIO C/ CARABALLO DOMINGO OSCAR S/ DESPIDO, Expte. N° 288.822 -CA- 2, Sala II)" (Sala II en autos "ROMERO ANTONIO CRESCENCIO Y OTRO CONTRA CASA FERRACIOLI S.A. S/DESPIDO POR FALTA O DISMINUCION", Expte. N° 349615/7).

En el caso de autos, entiendo que no se encuentra acreditada la prestación continua de tareas durante la mayor parte del año.

Repárese que los términos de la carta documento de fs. 28, se septiembre de 2008, por la cual la empleadora rechaza la intimación de fs. 26, manifestando que el actor realizaba tareas de cosecha en temporada y tareas no permanentes de raleo y poda, detallando los periodos laborados en 2004, 2005, 2007 y 2008, resultan corroborados por los recibos de sueldo agregados por las partes.

Así, de ellos surge que en el año 2004 trabajó en enero, febrero y marzo, figurando ítems por cosecha y, en el recibo de marzo, el SAC y vacaciones proporcionales, luego de septiembre a diciembre figura en los rubros atado de espaldera y raleo.

En 2005 se presentaron recibos por enero, febrero, marzo y mayo (corresponde a ajuste del mes anterior) y en el recibo de marzo figura el pago de SAC y vacaciones.

En 2006 no trabajó.

En 2007 se presentan recibos de febrero, marzo, abril (figuran rubros por cosecha y el pago de SAC y vacaciones), mayo (trabajos varios), noviembre y diciembre (raleo).

Por último, los recibos del año 2008, por la cosecha de enero a abril (con pago de SAC y vacaciones) y julio y agosto (poda y limpieza de canales).

Luego, cabe señalar que el actor no ofreció ni produjo otra prueba para fundar su reclamo y la única declaración testimonial fue la de la testigo Rebolledo, propuesta por la demandada. Consta que: "manifestó que la función de la testigo es la de administración de chacras, que no conoce al actor personalmente que por su tarea para la demandada la testigo carga los datos de los empleados de la firma por lo cual sabe que el actor fue empleado de la demandada, que las tareas que realizaba eran las de cosechador, que estaba contratado como peón cosechador, que en algún momento hizo algo de poda pero no recuerda en que fecha fue esto" [...] "que conoce que el actor estaba contratado como temporario, que esto lo sabe por que la testigo es quien carga los datos de las personas que son contratadas en las chacras y a través de esto es que sabe quien es temporario y quien permanente" [...] "si es habitual, si termina la cosecha se le termina el contrato y si se lo necesita se le hace otro contrato para otra cosa, puede ser de poda o raleo." Pregunta: "Indique si conoce si ha sido ese el caso del Sr. Inostroza.: Responde: "Si ese fue el caso, porque recuerda que estuvo podando, así que después de cosecha ha hecho otros trabajos", (fs. 111 y vta.).

No hay otra prueba respecto a la relación laboral y de la valoración de la prueba reseñada no surge acreditado que el actor realizara tareas de forma continua.

Asimismo, como sostiene la recurrente en el telegrama de fs. 30, el actor manifiesta que se puso a disposición para la temporada de cosecha.

2. En punto a la causa del despido, la queja no es procedente porque no acreditó haber intimado al actor conforme



los términos del art. 7 del CCT 1/76 y el art. 244 LCT, lo que suma a la falta de respuesta a la intimación de aquél considerada por la A-quo conforme el art. 57 de la LCT, por lo que el caso difiere del resuelto en autos "GIMENEZ SANTOS MIGUEL C/ MOÑO AZUL S.A. S/ COBRO DE HABERES" (EXP N° 451595/ 2011).

3. Luego, en relación con los restantes agravios y planteos, teniendo en cuenta el régimen normativo aplicable al caso, donde la relación se inició en 2004 y se dio por finalizada en febrero de 2009, comparto la doctrina del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro citada por la recurrente que sostiene: "La Ley Nacional de Trabajo Agrario N° 22248 que rige el caso de autos- preveía dos categorías de trabajadores: los denominados "permanentes" (Título I), cuyos vínculos tenían vocación de perdurar y, en caso de extinguirse por despido sin causa -o autodespido con justa causa-, daban derecho al trabajador a percibir una indemnización (arts. 63, 64, 67, 69, 76 y ccdtes.), y los "no permanentes" (Título II), que carecían de aquella vocación, cuyos contratos se agotaban con el cumplimiento del objeto para el que habían sido pactados."

"Dentro de estos últimos, el art. 77 incluía a los contratos de trabajo agrarios celebrados por necesidades de la explotación de carácter cíclico o estacional, lo que comprendía las tareas de siembra, plantación, cultivo y cosecha de productos agrícolas, y por supuesto abarcaba también a las tareas ocasionales, accidentales o supletorias. Por oposición a ello, los trabajadores permanentes eran los que cumplían labores estables y continuas de la explotación."

"Queda claro entonces que la Ley 22248, al incluir la actividad cíclica en el objeto del contrato de trabajo del personal "no permanente", adoptó una posición inversa a la que siguió la L.C.T. en materia de trabajo de temporada (que sitúa la actividad cíclica como objeto de un contrato permanente, aunque de prestación discontinua) y la asemejó a un contrato de duración determinada, cuyo objeto se agotaba con la terminación del ciclo natural de la producción rural (ver Roberto Izquierdo, Cap. XXII "N": "Trabajo Agrario", en la obra colectiva "Tratado de Derecho del Trabajo" dirigida por Antonio Vázquez Vialard, T° 6, Editorial Astrea, pág. 707)."

"Ahora bien, mediante la sanción de la Ley 23808 (B.O. /// ///-9- 17/09/90) se incluyó como inc. f) del art. 6° de la Ley 22248 -inaplicabilidad del régimen del trabajo rural- a los trabajadores ocupados en tareas de cosecha y/o empaque de frutas, los que pasaron a regirse por la Ley de Contrato de Trabajo (art. 1° de la Ley 23808), más precisamente por las normas del contrato de temporada allí legislado."

"Tal reforma implicó que también se modificara el art. 77 de la Ley 22248, para dejar fuera de su texto a la actividad excluida de su ámbito de aplicación."

"Cabe puntualizar que el desplazamiento hacia el régimen de contrato de trabajo abarcó exclusivamente a las tareas de cosecha y/o empaque del sector frutícola, por lo no se afectó la ley aplicable tanto para las restantes actividades cíclicas del mismo sector (por ej., poda y raleo de frutales) como para las mismas actividades cíclicas de un sector productivo diverso (por ej., cosecha y empaque de hortalizas), cuyos trabajadores permanecieron encuadrados como personal "no permanente" del R.N.T.A. (v. STJRN in re: "DÍAZ", Se. N° 295 del 15.12.04)."

"La decisión de política legislativa de encuadrar la actividad cíclica -con excepción de las tareas de cosecha y/o empaque de frutas- dentro del contrato de trabajo del personal "no permanente" puede resultar criticable -y de hecho ha sido dejada de lado en el diseño de la actual Ley 26727-, pero no por ello debe ser considerada inconstitucional. A su vez, el hecho de que la Ley 22248 no previera una indemnización al finalizar el contrato -coincidente con la finalización del ciclo- se explica por la duración relativamente breve de los periodos de prestación de servicios individualmente considerados (repárese que el art. 250 de la L.C.T. prevé una indemnización para la extinción del contrato a plazo cuando este ha sido íntegramente cumplido siempre que haya tenido una duración de por lo menos un año)."

"Naturalmente que lo antes expuesto de ningún modo implica cohonestar la simulación, el fraude o cualquier otro vicio que determine un encuadramiento aparente o irregular. Va de suyo que no bastaría con que la norma tipificara una determinada tarea como "no permanente" si las circunstancias y condiciones de su realización exteriorizaran una vinculación contractual de signo contrario. En ese caso, la sola aplicación del "principio de la realidad" -sin necesidad de articulación de ningún planteo de inconstitucionalidad- sería suficiente para reconocer como "permanente" la vinculación que en los hechos hubiera sido tal [...]"



Asimismo, sostuvo: "En cuanto al reclamo de diferencias salariales por zona desfavorable, cabe adelantar que esa cuestión ya fue materia de análisis y de pronunciamiento por parte de este Cuerpo en autos "Romero, Sebastián de Dios c/ Julio Oscar Saenz S.A. y Expofrut S.A. s/ Reclamo s/ Inaplicabilidad de Ley" (Se. Nº 66 del 30/07/12), cuyas consideraciones habré de reproducir en los párrafos que siguen. Ante todo, cabe señalar que la cuestión se plantea porque Ley 18883 fijó el coeficiente 1,20 por zona desfavorable para los trabajadores de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego (jurisdicción de la denominada Comisión Asesora Regional Nº 11) y posteriormente las Leyes 23272 y 25955, al disponer la incorporación a la región patagónica de la provincia de La Pampa y del partido de Patagones, respectivamente, expresaron la voluntad de que se lograra la equiparación de los derechos contenidos en el conjunto de normas que involucran a toda la región."

"En el citado caso "ROMERO" se dijo que la Ley 18883 no contempla a las provincias de Río Negro y Neuquén ni tampoco a La Pampa, sino que se refiere exclusivamente a las de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego, por lo que de su propio texto se destaca ab initio una diferenciación clara de zonas donde se aplica –y donde no se aplica- el coeficiente de 1,20 por zona desfavorable, que comprende expresamente la región de la Patagonia austral y del que están así excluidas las provincias de la Patagonia norte."

"La otra norma involucrada -Ley 23272-, que incorpora a la provincia de La Pampa dentro de las provincias de la región patagónica, establece claramente que la aspiración de lograr la equiparación de los derechos contenidos en el conjunto de normas que involucran a toda la región queda sujeta a reglamentación y se traduce en un mandato para que el Poder Ejecutivo adecue sus decisiones siempre "teniendo en cuenta las particularidades diferenciales" de las distintas zonas (art. 2), ya que, en concreta referencia al trabajo rural, no puede entenderse desligado del contexto de cada región geográfica.

Por tanto, como todo derecho sujeto a reglamentación, no es operativo per se."

"En este sentido, el hecho de que se haya luego incorporado al partido de Patagones -Ley 23955- nada agrega a la discusión central, por tratarse de una cuestión eminentemente política. Es que la finalidad de las Leyes 23272 y 25955 tenía sobre todo en mira los intereses económicos -tal como el referido a la cuestión tarifaria- e institucionales de ciertas provincias -y del partido de Patagones- comprometidas geopolíticamente, y que se anexaron de manera explícita, a partir de las respectivas sanciones legislativas, a dicha zona geográfica físicopolítica patagónica."

"En síntesis, desde el punto de vista del ámbito de aplicación espacial de las normas comprometidas, debe concluirse que la Patagonia norte jamás estuvo comprendida en los beneficios derivados de la bonificación por zona desfavorable estatuida por la Ley 18883 para la Patagonia austral."

"Incluso las resoluciones dictadas con posterioridad por la C.N.T.A., para regir en un ámbito de aplicación personal específico y propio, tales como las Nº 54/07, 43/08 y otras posteriores hasta la Nº 71/11, siempre establecieron las remuneraciones del personal comprendido en el Régimen Nacional de Trabajo

Agrario para todo el país y dejaron expresamente a salvo que solo a los trabajadores que desarrollan sus tareas en jurisdicción de la Comisión Asesora Regional Nº 11 (provincias de Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur) les sería aplicable el coeficiente de uno punto veinte sobre las remuneraciones mínimas de la categoría laboral que les correspondiera."

"Además, si con la Resolución 29/2005 se dispuso que los representantes sectoriales integrantes de las Comisiones Asesoras Regionales negociarían las remuneraciones mínimas de las actividades agrarias particulares regionales no permanentes que se desarrollaran en sus respectivas jurisdicciones, tomando en consideración las características propias de cada tarea y las circunstancias socioeconómicas de la región y de la actividad específica objeto de tratamiento, es obvio que el alcance de dicha resolución no resultó de carácter general en el contexto de la C.N.T.A., de modo que tampoco puede extenderse sin más para los fines del caso de autos."

"A mayor abundamiento cabe destacar que, cuando se tuvo voluntad de reglamentar la bonificación por zona a través del mecanismo específico previsto, tal como ocurrió con los trabajadores avícolas, se lo hizo distinguiendo con criterio diferencial a las provincias de Río Negro y Neuquén por un lado, a las que se les atribuyó el 10%, y a las de Chubut, Santa Cruz y Tierra del Fuego por el otro, a las que se les asignó el 20% (véase Anexo a la Res. Nº 8/2004 de la



C.N.T.A.)."

"Cabe reiterar entonces que, tal como estableció este Cuerpo en el fallo cuyo criterio reseñé en los párrafos precedentes, la cuestión de la retribución mínima del trabajador rural -y en particular, la referida a la bonificación por zona- se halla subsumida en el estatuto especial aplicable en la materia tanto en el anterior régimen de la Ley 22248 como en el actual de la Ley 26727-, que lo deriva hacia lo que decida oportunamente la Comisión Nacional de Trabajo Agrario C.N.T.A.- [...]", (STJRN, Sent. 45/14, "P., C. F. C/ EXPOFRUT S.A. S/ RECLAMO S/ INAPLICABILIDAD DE LEY - INCONSTITUCIONALIDAD", Expte N° 25199/11-STJ, 06-08-14, BAROTTO – APCARIAN – PICCININI – ZARATIEGUI, en abstención – MANSILLA, en abstención).

A partir de los fundamentos expuestos, entiendo que resulta procedente la apelación y corresponde modificar la sentencia recurrida en cuanto el monto de condena que se establece en la suma de \$ 7511,13 (Haberes temporada 09 \$ 4215; SAC proporcional \$ 351,25; Vac. prop. 09 \$ 134,88; indemnización por antigüedad \$ 2810), teniendo en cuenta el ingreso informado en la pericia contable, los rubros reclamados en la demanda (cfr. arts. 18, 95, 97, 98 y cctes., de la LCT) y lo establecido por el art. 38 2º y 3º párr., de la ley 921, considerando los términos de la contestación de la demanda y la prueba producida.

III. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y modificar la sentencia respecto al monto por el que prospera la demanda, que asciende a la suma de \$ 7511,13 más los intereses allí determinados. Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la forma en que prospera el recurso (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC) y disponer que en primera instancia se readecuen los honorarios de esa etapa (arts. 279 del CPCyC y 51 de la ley 921) y regular los de ésta en un 30% de los anteriores.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente al recurso de apelación deducido por la demandada y modificar la sentencia respecto al monto por el que prospera la demanda que asciende a la suma de \$ 7511,13 más los intereses allí determinados.
2. Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la forma en que prospera el recurso (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC) y disponer que en primera instancia se readecuen los honorarios de esa etapa (arts. 279 del CPCyC y 51 de la ley 921) y regular los de ésta en un 30% de los anteriores.
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](#)

"SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE 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.: 448230/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 18/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

COLISION ENTRE AUTOMOVIL Y BICICLETA. CRUCE DE CALLES. PRIORIDAD DE PASO. CIRCULACION



POR LA DERECHA. ARRIBO A LA ENCRUCIJADA.

1.- El conductor del automóvil demandado no debe responder por lo daños derivados de un colisión que protagonizó en una bocacalle con un ciclista, pues, el carácter de embestido o embistente, (...) no resulta determinante a los fines de la atribución de responsabilidad, en tanto quien gozaba del derecho de prioridad de paso, por transitar por la derecha de la actora, era el demandado.

2.- En cuanto al planteo referido al momento del arribo a la intersección, referido a que el vehículo menor estaba finalizando el cruce de la arteria y que el conducido por el demandado impactó sobre el lateral derecho de la bicicleta, cabe remitir a la sostenido por esta Alzada respecto a que: "[...] como surge de las ideas transcritas 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." [...] ("MOLINA KARINA ARACELI C/ ALAMO FEDERICO MARIA Y OTROS S/ D. y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 403709/2009).

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP N° 448230/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 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, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. La actora apela la sentencia de fs. 323/330 por la cual se rechazó la demanda promovida contra Fabián Enrique Filipponi y Federación Patronal Seguros S.A., con costas.

Dice que la A-quo omitió valorar los informes periciales accidentológicos obrantes en autos y que en el caso resulta aplicable el viejo art. 1.113 del C.C., vigente a la fecha del siniestro.

Alega que existen suficientes elementos probatorios para generar en el Juzgador la convicción indubitable del modo en el que el siniestro se produjo, y la falta de culpa de la actora, quien no contribuyó de modo alguno en la generación del evento, lo cual surge del informe pericial accidentológico obrante a fs. 222/227. Que el impacto solo pudo haber ocurrido si el rodado menor de la actora se encontraba finalizando de cruzar la encrucijada ya que, de otro modo, la bicicleta hubiese quedado detrás del rodado mayor, o hubiese sido ella quien habría embestido inevitablemente en el lateral izquierdo al vehículo del accionado. Se refiere al croquis ilustrativo de fs. 223 y señala que la Jueza no lo tuvo en cuenta al sentenciar. Que el Lic. Contreras, al realizar el informe en cuanto a la mecánica del siniestro, le otorga carácter de embistente a la Pick Up y, a la bicicleta, carácter de agente embestido. Que ello es coincidente con el informe del perito Andrés Borra, de fs. 68/69 de la causa penal.

También sostiene que existió una errónea determinación de la responsabilidad en el evento dañoso. Que existió omisión de la demandada de obrar con cuidado y previsión conforme lo establecido por el art. 39 de la Ley Nacional de Tránsito. Que el demandado debió haber cedido el paso a la actora para evitar el siniestro. Que no es la actora quien tiene la carga de probar el extremo de eximición de responsabilidad alegado por el accionado o la falta de culpa y que se encuentra acabadamente probado que es quien se encontraba finalizando el cruce de la calle y, en consecuencia, genera el evento dañoso al ignorar la prioridad de paso de la Sra. Saavedra.

A fs. 360/369 el demandado y la citada en garantía contestaron los agravios y solicitaron su rechazo, 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.

Asimismo, también corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo en aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros). Ello, teniendo en cuenta que los diversos agravios formulados se remiten a los mismos fundamentos.

En el caso de autos, no se encuentran controvertidas las circunstancias de tiempo y lugar en que ocurrió el evento dañoso, ni tampoco quienes intervinieron como protagonistas en el mismo, y la queja de la actora se funda, principalmente, en que llegó primero a la encrucijada, que estaba finalizando el cruce de la intersección en la que se produjo el hecho y en la calidad de embistente del demandado.

Empero, ninguna de esas cuestiones es suficiente para dejar de lado la regla de la prioridad de paso, que solo cede en casos excepcionales -no probados en el caso de autos- que imponen la confirmación de la sentencia recurrida.

Al respecto, corresponde remitirse a los fundamentos de la Dra. Pamphile en autos "MOLINA KARINA ARACELI C/ ALAMO FEDERICO MARIA Y OTROS S/ D. y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP N° 403709/2009) donde sostuvo: "...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 absoluta 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 absoluta 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 materia de responsabilidad, 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".

"Y, en línea nuevamente coincidente con Galdós, debo decir que esta postura "no propicia legitimar



comportamientos abusivos del conductor que goza de paso preferente, confiriéndole el rotulado "bill de impunidad" que convalide conductas antijurídicas y teñidas de reproche social y legal. Procura sentar un parámetro interpretativo que rige "ex ante" del hecho y en base al cual el juez acometa el análisis del cuadro fáctico. Creemos que se infiere de la interpretación gramatical del dispositivo legal ("La prioridad del que viene por la derecha es absoluta...") y es la que más se ajusta a la finalidad de las normas viales: establecer pautas de comportamiento claras, objetivas y certeras que tomen predecible la actuación de los restantes conductores y peatones, garantizando la fluidez y la seguridad vial. Aquí radica el núcleo que la sustenta y que persigue que el ciudadano -peatón o conductor- conozca anticipadamente como debe proceder; es sencillo: frenar y ceder el paso al vehículo que aparece por su derecha. Y ese deber legal debe ser, además, difundido adecuadamente para que se genere la convicción de que la seguridad vial también requiere de uniformidad en la interpretación de las bases normativas vigentes..." (cfr. Galdós Jorge Mario "La prioridad de paso de quien circula por la derecha", publicado en: LLC 2012 (marzo), 147)."

"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. 1º)...". (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)."

"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 desde 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; Ver esta sala en "LOBATO C/ QUINTANA S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (EXP N° 267163/1 y mi voto en "CHAVES C/ VIDAL S/ D Y P", Expte.N° 421942/10)."

Trasladando esos lineamientos al caso de autos, se advierte que la regla de preferencia de paso sólo puede ceder ante excepcionales circunstancias debidamente acreditadas y en ese marco corresponde analizar los fundamentos de los agravios de la actora.

La recurrente señala que de las constancias de autos surge que al momento del hecho poseía prioridad de paso, pero conforme al croquis ilustrativo del lugar del hecho, quien transitaba por la derecha era el demandado (fs. 186 vta.), sin



que aquella aporte otro datos en cuanto a la mecánica del hecho.

Luego, conforme surge del informe pericial de fs. 68/69 obrante en las actuaciones penales N° 24030/11 caratuladas "Filipponi Fabián Enrique s/ Lesiones Culposas" que se encuentran adjuntadas por cuerda, no es posible precisar en quien deriva la responsabilidad, aludiendo como desencadenante del hecho, el factor humano (fs. 69).

Asimismo, el informe pericial de fs. 223/227 vta. señala que "En circunstancia que la Sra. Saavedra Elizabeth, a bordo de su bicicleta circulaba por la calzada Oeste y carril externo (oeste) de la Avenida Argentina, con dirección Sur, al encontrarse franqueando la intersección con calle Periodistas Neuquinos, fue colisionada, en el lateral derecho, parte media, afectando rueda trasera por la parte frontal con incidencia en el angular izquierdo de la Pick up marca Chevrolet Blazer, dominio FAK-395, que en ese momento era conducido por el señor Filipponi Fabián Enrique" (fs. 225 vta.).

Sin perjuicio de lo expuesto por el perito que dictaminó en sede civil, en cuanto al carácter de embestido o embistente, ello no resulta determinante a los fines de la atribución de responsabilidad, en tanto quien gozaba del derecho de prioridad de paso, por transitar por la derecha de la actora, era el demandado.

Al respecto, esta Sala sostuvo: "Como se ha señalado en otras oportunidades, debo reiterar aquí 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 en materia de responsabilidad civil establece 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".

"Es que la prioridad de paso es un principio importantísimo en materia de ordenamiento vehicular y desde ello "...nada mejor para evitar la eventualidad que obligar a quien circula sin prioridad de paso a que detenga su marcha, aun si ha llegado antes al cruce, cuando advierte que no podrá superarlo sin que el vehículo que lo hace con prioridad detenga o aminore su marcha".

"A los efectos de la resolución judicial, adoptar como pauta de inicio del razonamiento que la parte que carecería de la prioridad de paso resulta responsable, tiene su fundamento en las normas de tránsito citadas; a saber, en primer lugar, el carácter absoluto asignado por el art. 41 y, en segundo término, en la disposición del art. 64 que se la asigna a quien carecía de la prioridad de paso, la presunción de responsabilidad", ("MABELLINI PEDRO CONTRA BOSSERO SERGIO Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTO MOTOR C/ LESION O MUERTE", EXP N° 370142/8).

Por otra parte, en cuanto al planteo referido al momento del arribo a la intersección, referido a que el vehículo menor estaba finalizando el cruce de la arteria y que el conducido por el demandado impactó sobre el lateral derecho de la bicicleta, cabe remitir a lo sostenido por esta Alzada respecto a que:

"[...] como surge de las ideas transcritas 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 que cita la demandada en su responde (fs. 407vta), 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).""Por ello si, en definitiva, como hemos dicho, la regla bajo análisis sólo cede ante circunstancias extremas debidamente probadas en el proceso, justamente, lo que falta en este proceso es la acreditación de las circunstancias extremas que permitan el apartamiento de la regla", ("MOLINA KARINA ARACELI C/ ALAMO FEDERICO MARIA Y OTROS S/ D. y P. POR AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 403709/2009).

En consecuencia, corresponde rechazar los agravios formulados por la actora.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 346/358 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 323/330 en lo que fue materia de recursos y agravios.

Imponer las costas de la Alzada a la actora, en su condición de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 346/358 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 323/330 en lo que fue materia de recursos y agravios.
2. Imponer las costas de Alzada a la recurrente (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](#)

"A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 64205/2014) – Interlocutoria: 394/15 – Fecha: 24/09/2015

DERECHO DE FAMILIA: Filiación.

IMPUGNACION DE LA PATERNIDAD. CADUCIDAD DEL DERECHO. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. DISIDENCIA.

1.- Corresponde confirmar el decisorio que rechaza el planteo de caducidad deducido por el demandado y declara la falta de legitimación activa, en una acción de impugnación de paternidad, en cuya demanda se manifiesta que en el año 2008, mientras se encontraba detenido en la Unidad de Detención N° 11 comenzó una relación sentimental con la Sra. M., la que duró hasta abril de 2010. Señala que cuando la actora quedó embarazada dejó de visitarlo, pero mantenían una comunicación telefónica, pero que la mencionada le decía que el hijo que había tenido era de su marido, hasta que, hace dos meses, le comunicó que era su hijo. Ello, toda vez que atento que el art. 259 del C.C. limita la legitimación para ejercer la



acción de impugnación de la filiación al marido y al hijo. Es necesario señalar que el niño tiene en la actualidad seis años de edad, convive con el Sr. M. y ostenta trato de hijo por el mismo. Nótese que el mencionado dice que llevaba una vida normal de pareja, que jamás se imaginó que el menor no fuera su hijo y que tomó conocimiento de la situación al recibir la cédula de notificación en su domicilio. Además, surge de las presentes actuaciones que las partes son contestes en cuanto a que el niño no reconoce como padre al accionante y también, de los escritos de los demandados, que se encuentra emplazado como hijo dentro de la familia formada por el matrimonio quien posee tres hermanos, fruto del mismo matrimonio; sumado la edad del menor en la actualidad, el interés superior del niño conlleva su derecho a vivir en una familia estable de la cual forma parte. (del voto del Dr. Pascuarelli, en mayoría).

2.- Dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso -de impugnación de la paternidad- y, por lo tanto y de por sí, no determina tampoco dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí, reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes. (del voto de la Dra. Pamphile, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 24 de septiembre de 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "A. J. E. C/ M. M. A. S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION" (EXP N° 64205/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Mónica MORALEJO, y de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 40/45 el actor dedujo recurso de apelación contra la resolución de fs. 36/37 que rechaza el planteo de caducidad deducido por el demandado M. y declara la falta de legitimación activa del Sr. A. para continuar en las presentes actuaciones, con costas.

Se queja porque entiende que los arts. 243 y 263 citados por la A-quo no establecen su falta de legitimación activa para peticionar la impugnación de paternidad con relación al niño A.I.

Expresa que yerra la Sentenciante al sostener que el ejercicio del derecho del padre no debe vulnerar el interés superior del niño. Dice que sólo pretende conocer la realidad biológica del mismo, lo que, además, encuentra sustento en el derecho a la identidad del menor.

Afirma que en reiterados fallos se ha planteado la inconstitucionalidad del art. 259 por entender que la norma contradice principios contenidos en los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional vigente.

Alega que dejar afuera al Sr. A. de las personas legitimadas para iniciar la presente acción implica una ficción, que afecta su derecho de defensa en juicio, el principio de igualdad ante la ley y derechos patrimoniales.

Afirma que no se tuvo en cuenta el dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño de fs. 30 y el de la Dra. Amicone.

Por último, plantea la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil.

Sostiene que la limitación que surge de la norma mencionada vulnera no sólo el principio de tutela judicial efectiva y acceso a la justicia sino también el derecho a la identidad consagrado en el art. 8° de la Convención Internacional de los Derechos del Niño.



A fs. 56/66 la contraria contestó los agravios y solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando en el análisis del recurso, adelanto que no resulta procedente.

Surge de autos, que A. I. nació el 27 de Mayo de 2009, es decir que actualmente tiene 6 años de edad, y que fue inscripto el 05 de Julio de 2009 como hijo del matrimonio formado por M. A. M. y E. I. M. (fs. 1).

Luego, el actor interpuso la demanda el 10 de Abril de 2014, donde manifestó que en el año 2008, mientras se encontraba detenido en la Unidad de Detención N° 11 comenzó una relación sentimental con la Sra. M., la que duró hasta abril de 2010.

Señala que cuando la actora quedó embarazada dejó de visitarlo, pero mantenían una comunicación telefónica, pero que la mencionada le decía que el hijo que había tenido era de su marido, el Sr. M., hasta que, hace dos meses, le comunicó que era su hijo.

Así, preliminarmente corresponde encuadrar la acción en los términos de los arts. 243 y 259 del C.C., debido a que la legitimación hace a la constitución de la relación jurídica. Por lo tanto rige la ley vigente al momento del nacimiento (art. 7 del C.C. y C.). Desde otro punto de vista, no puede volverse sobre la relación procesal que resultó constituida con la demanda y contestaciones.

Además, es necesario señalar que el art. 263 del C.C. que alega el apelante, se refiere al reconocimiento de hijos concebidos fuera del matrimonio resultando inaplicable porque el caso de autos se trata de un niño nacido durante el matrimonio del Sr. M. y la Sra. M..

En consecuencia: atento que el art. 259 del C.C. limita la legitimación para ejercer la acción de impugnación de la filiación al marido y al hijo, corresponde desestimar el recurso de fs. 40/45. Es que comparto lo expresado por la Sentenciante en cuanto a que "En este caso, debe prevalecer el interés superior de A., resguardando la estabilidad de la familia donde está insertado". (fs. 36 vta.).

Asimismo, en cuanto a la inconstitucionalidad del art. 259 del C.C., el planteo recién fue introducido al momento de apelar, en términos genéricos, sin referirse a A.I. ni aludir al caso concreto y sólo alegando, con relación al menor, su derecho a la identidad.

Al respecto, esta Sala sostuvo: "Por último, cabe señalar que si bien el derecho a la identidad del hijo menor tiene raigambre constitucional, por tratarse de un derecho personalísimo, el legitimado para su defensa es su propio titular y, en este orden, "...la circunstancia de que la presente acción no prospere no significa que a la menor se la condene en un estado de familia que pudiera no ser el verdadero -como lo sostiene el actor-, ya que ello no implica de ninguna manera vulnerar su derecho a la identidad pues, como es sabido, aquélla tiene la facultad de impugnar la paternidad establecida en cualquier tiempo, sea que se trate de hijos matrimoniales o extramatrimoniales (conf.: arts. 259 y 263 del Código Civil)...". (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, F., H. E. c. B., R. E. y otro 21/11/2007, Publicado en: LA LEY 29/04/2008, 4 DJ 2008-II, 177 Cita online: AR/JUR/8669/2007).", ("R. J. A. CONTRA B. M. F. C. Y OTRO S/ IMPUGNACION DE PATERNIDAD Y FILIACION", EXP N° 56901/12).

En el caso de autos, es necesario señalar que el niño A.I. tiene en la actualidad seis años de edad, convive con el Sr. M. y ostenta trato de hijo por el mismo. Nótese que el mencionado dice que llevaba una vida normal de pareja, que jamás se imaginó que el menor no fuera su hijo y que tomó conocimiento de la situación al recibir la cédula de notificación en su domicilio (fs. 20 vta.).

Además, surge de las presentes actuaciones que las partes son contestes en cuanto a que el niño no reconoce como padre al Sr. A., (fs. 3 vta. y 11 vta.) y también, de los escritos de los demandados, que se encuentra emplazado como hijo dentro de la familia formada por la Sra. M. y el Sr. M. y posee tres hermanos, fruto del mismo matrimonio (fs. 11/13vta. y 20/22vta.).

Lo expuesto, sumado a la edad del menor en la actualidad, me persuade de que ante las circunstancias expuestas por las partes en autos, el interés superior del niño conlleva su derecho a vivir en una familia estable de la cual forma parte.

En ese contexto entiendo que debe considerarse el interés superior del niño teniendo en cuenta la doctrina que sostiene: "El trato del hijo por el marido de la madre genera el convencimiento de que es beneficioso que el Derecho proteja esa situación".



"La declaración de inconstitucionalidad respecto a la falta de legitimación del padre biológico operada de la letra del artículo 259 no debe considerarse en abstracto y, para todos los casos, la constitucionalidad o su contracara dependerán de la evaluación de las circunstancias en el caso concreto, donde cobran interés, entre otras, las siguientes variables: edad del niño, relaciones familiares previas, relación con el padre biológico, etc".

"No se niega el derecho a conocer la verdad biológica sino que en determinadas circunstancias fácticas, la realidad biológica y el vínculo filial no se correspondan".

"En el resonado precedente que ha dado lugar a esta postura denominada "ecléctica", la sentencia de la Sala 1° de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, del 12 de Mayo de 2005, Kemelmajer de Carlucci como preopinante afirmó que: "si la falta de legitimación para actuar es constitucional o inconstitucional requiere de un análisis pormenorizado de las circunstancias del caso, entre las cuales cabe tener especialmente en cuenta: a) edad del niño; b) conformación del grupo familiar en el que está inserto; c) relaciones familiares fácticas previas", argumentando que adhiere a dicha posición ya que la misma "es la que mejor concilia todos los intereses en juego: el superior interés del niño y el derecho del padre biológico a establecer vínculos jurídicos con su hijo [...]". (Kemelmajer de Carlucci Aida, Marisa Herrera, Nora Lloveras, Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo II, pág. 864, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2014).

Por todo lo expuesto, así como teniendo en cuenta que la curadora ad Litem del menor ejercida a partir de fs. 28 por la Defensora del Niño y del Adolescente N° 1 consintió la declaración de falta de legitimación activa, así como lo dictaminado a fs. 68 por la Sra. Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente N° 2 en cuanto a que aquella "resolución impugnada se ajusta a derecho", entiendo que corresponde desestimar la apelación e imponer las costas de la Alzada por su orden atento a las cuestiones planteadas (art. 68 del CPCyC).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia Pamphile dijo:

1. Tal como lo hiciera en anteriores oportunidades, creo necesario aquí señalar, que el derecho de todo ser humano a conocer sus orígenes responde al interés superior de todo hombre de saber lo que fue antes que él, qué lo funda.

Es claro que, además de nuestra génesis, nuestra biografía también nos conforma identitariamente: son los dos aspectos que resultan insoslayables en la constitución de la subjetividad.

Por eso "limitar el Derecho a la Identidad a su faz estática, es mirar la cuestión con un solo ojo. Y así, el riesgo de dañar aún más se acrecienta. Nos referimos a un daño mayor, ya que la incertidumbre acerca de la propia identidad es de por sí un menoscabo en la personalidad.

De la misma forma, limitar el Derecho a la Identidad a su faz dinámica, negando el conocimiento a la ancestralidad personal, es tan perjudicial como lo anterior. Es la condena a vivir en una ficción, que tal vez todos los involucrados conocen, pero de la que no se habla. Y es allí donde debe ubicarse el juez al determinar la filiación: en esta encrucijada de tener que elegir uno y sólo uno de los aspectos que, repetimos, por sí sólo no alcanzan a dar la exacta dimensión de la identidad personal..." (cfr. Torrès Santomé, Natalia E., "El art. 259 del Código civil y algunas otras preguntas sobre el derecho a la identidad", publicado en DF y P 2011 (noviembre), 92).

Es que, como ha indicado el Dr. Pettigiani en la causa C 85363, "No se trata de preservar una identidad formal o simbólica del individuo. El origen condiciona su personalidad, y conocer sobre el mismo permite afinar en dicha base el crecimiento y la estructuración del psiquismo del individuo. Se trata de poder conocer su propia génesis, su procedencia, su aspiración connatural al ser humano, que incluyendo lo biológico, lo trasciende. Tender a encontrar las raíces que den razón al presente a la luz de un pasado que aprehendido permita reencontrar una historia única e irrepetible (tanto individual como grupal), es movimiento esencial, de dinámica particularmente intensa en las etapas de la vida en las cuales la personalidad se consolida y estructura (C.S.J.N., voto doctor Petracchi, en disidencia, in re Recurso de queja por apelación denegada en causa Muller, Jorge s/ denuncia, Fallos, 313:1143)".

"No queremos significar con esto, como quedó dicho, que la identidad de origen desplaza la importancia que también cabe a la identidad que confiere el devenir de la vida, en la faz dinámica que revela su configuración dual. No se trata de manifestaciones excluyentes sino, por el contrario, complementarias. La identidad genética conforma, junto con la



que forja el devenir histórico de un individuo, un bloque fundante macizo, de configuración y consolidación progresiva."

"La persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quienes en realidad son sus progenitores.

Constituye un derecho constitucionalmente tutelado, como prerrogativa implícita contenida en el art. 33 de la Constitución Nacional...".

"Por ello, es de capital importancia erradicar la situación traumática que se genera en los procesos de ocultamiento al niño de su verdadera identidad (C.S.J.N., in re Scaccheri de López, María s/ denuncia, del 29X1987, Consid. 13 del voto del doctor Petracchi). La verdad puede ser dolorosa a menudo, pero si se dice, permite al sujeto reconstruirse y humanizarse (Dolto, Francoise, Los niños y su derecho a la verdad, Bs. As., 1990, pág. 9)".

"Con la verdad, el niño desarrolla adecuadamente su crecimiento y la estructuración del psiquismo (Conf. Bosch, Alejandro F. H. Los métodos compulsivos, la prueba genética y la filiación, La Ley, 2004 A 99)".

"Por el contrario, el ocultamiento es uno de los rostros más deleznable de la mentira, y sin duda susceptible de generar una personalidad caracterizada como insegura. No puede perderse de vista la incidencia que tendrá, pues, en la formación del carácter del niño, y en todas las etapas sucesivas de la vida del que lo padece" (sent. del 27/8/2008)..."
(cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, C. H. D. c. P. M. C. 08/06/2010 Publicado en: LLBA 2011 (febrero), 79 Cita online: AR/JUR/54113/2010).

2. Ahora bien, la magistrada ha ponderado ambos aspectos y, en este dilema entre las fases –dinámica y estática- del derecho a la identidad, ha privilegiado la primera.

Sin embargo, entiendo que dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso y, por lo tanto y de por sí, no determina tampoco dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí, reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes.

Como indica Kemelmajer de Carlucci, al referirse al nuevo Código Civil y Comercial (sobre cuya influencia en este caso, volveré más adelante): "Conforme la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH), el derecho a conocer los orígenes enmarca en la noción de respeto a la "vida íntima", protegida expresamente en el art. 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH) y en la mayoría de los ordenamientos constitucionales.

En la jurisprudencia nacional se lo ubica en el derecho a la identidad personal, aclarándose que es uno de sus aspectos pues, como se vio, la verdad biológica debe combinarse con la interacción social y el desarrollo psicológico. Este derecho consiste en la posibilidad de tener acceso a los orígenes, a las circunstancias del nacimiento. Reviste especial trascendencia, y los Estados tienen la obligación de garantizarlo... El derecho a conocer los orígenes está mencionado expresamente, entre otras normas argentinas, en el art. 328 del C.C.

El proyecto de Reforma al Código civil y comercial amplía su alcance y los mecanismos para ejercerlo.

Doctrina y jurisprudencia, cada vez más, distinguen adecuadamente entre este derecho a conocer los orígenes y el derecho a establecer vínculos de filiación..."

"Normalmente existe concordancia entre el dato genético y el vínculo jurídico de filiación, pero no siempre es así. Como se adelantó, una cosa es tener el derecho a conocer la propia historia biológica y otra, la pretensión de tener vínculos jurídicos fundados en ella, concretada a través de una acción de filiación.

El criterio por el cual la relación genética determina la relación filiatoria no tiene carácter absoluto. Darle preeminencia no siempre es justo ni conveniente..."

Y así, agrega, con especial referencia al Código Civil y Comercial:

"...Concretamente, respecto de la legitimación, sigue la postura amplia abriéndola a toda persona con "interés legítimo". El art. 590 establece: "La acción de impugnación de la filiación del o la cónyuge de quien da a luz puede ser ejercida por éste o ésta, por el hijo, por la madre y por cualquier tercero que invoque un interés legítimo (...) En caso de fallecimiento del legitimado activo, sus herederos pueden impugnar la filiación".

No debe creerse que la regulación proyectada implica el reconocimiento de la inconstitucionalidad de la vigente; se trata, más bien, de una concesión legislativa a una posición, hoy mayoritaria en la doctrina, que abre las puertas a los lazos biológicos, entendiéndose que el derecho a la identidad, en la filiación, abarca los dos polos (progenitor e hijo).



Esta concesión no implica olvidar los derechos fundamentales del niño a los que se ha hecho mención en esta nota: es menester tener en claro que abrir la legitimación al interesado que invoca un interés legítimo (entre los cuales se incluye al presunto progenitor biológico) no significa que el juez, en definitiva, al dictar sentencia, haga lugar a la demanda de desplazamiento sobre la base exclusiva del dato genético. En efecto, el art. 589 amplía las causales para desvirtuar la presunción legal y enumera, entre las que pueden alegarse, "no poder ser el progenitor, o que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida de conformidad con las pruebas que la contradicen o en el interés del niño".

El "interés del niño" es, pues, una de las razones para hacer o no lugar a la acción de impugnación. Así, por ej., la demostración de una posesión de estado de hijo/padre forjada durante un tiempo prolongado puede ser una razón de peso para que, en el interés del niño, no se haga lugar a la impugnación de la filiación..." (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Davico, María de los Angeles, "Aspectos constitucionales de la legitimación del presunto padre biológico para impugnar la filiación matrimonial. Reflexiones a partir de una sentencia", Publicado en: Sup. Const. 2014 (agosto), 42 LA LEY 2014-E, 88).

Porque como indicara Soria, en argumentos que conducen a una profunda reflexión sobre la solución a acordar: "Se trata simplemente de que la verdad no sea ocultada, ni la biografía falseada a expensas de un simple registro formal. El respeto a aquella condición biológica no conduce a destruir los lazos afectivos que hubieran podido generarse entre el hijo con el esposo de su madre; tiende a situarlos en un plano de verdad..." (cfr. su voto, Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, L., J. A. c. J., P. V. y L., V. B. s/ impugnación de paternidad 28/05/2014, Publicado en: DFyP 2014 (agosto), 43).

Y, nótese que, en línea coincidente, el codemandado M. sostiene en hoja 22 "si bien esta parte entiende que la acción se encuentra caduca ...no menos cierto es que aquí está en juego el reconocimiento efectivo del derecho a la identidad de mi hijo A. y de la tutela judicial efectiva). Sin duda colisionan derechos fundamentales. Ante el hipotético caso de que el menor no sea mi hijo, no puede negársele el derecho a su identidad... Dicho esto, solicito y considero necesario que se produzca prueba de ADN que permita acreditar la existencia del nexa biológico invocado y tener certeza de la identidad biológica del menor..."

En su turno, la madre indicaba en hoja 12: "Es por ello que a fin de preservar la identidad de mi hijo A., me allano al pedido de realización de estudio genético (ADN) solicitado por el Sr. A."

3. Estas consideraciones anteriores y la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, me persuaden de que debe acordarse legitimación al recurrente.

En efecto, recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha pronunciado, sobre la aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial, modificatorias de una norma tachada de inconstitucional, indicando:

"4°) Que según conocida jurisprudencia del Tribunal, sus sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario, y si en el transcurso del proceso han sido dictadas nuevas normas sobre la materia objeto de la litis, la decisión de la Corte deberá atender también a las modificaciones introducidas por esos preceptos en tanto configuran circunstancias sobrevinientes de las que no es posible prescindir (conf. Fallos: 306:1160; 318:2438; 325:28 y 2275; 327:2476; 331:2628; 333:1474; 335:905; causa CSJ 118/2013 (49-V)/CS1 "V., C. G. c. I.A.P.O.S. y otros s/ amparo", sentencia del 27 de mayo de 2014, entre otros).

5°) Que en ese razonamiento, corresponde señalar que encontrándose la causa a estudio del Tribunal, el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, norma esta última que derogó, entre muchas otras, la ley citada 18.248, cuya legalidad y validez constitucional defiende el recurrente mediante su remedio federal y en la que sostiene su oposición a la inscripción del niño en el sentido pretendido por los actores (conf. decreto 1795/2014; arts. 1° de la ley 27.077, y 1° y 3°, inciso a, de la ley 26.994; fs. 241/249 del expediente principal).

6°) Que en tales condiciones, deviene inoficioso en el sub lite que esta Corte se pronuncie sobre los agravios vinculados con la constitucionalidad de la mencionada ley 18.248, cuya vigencia ha fenecido por imperativo legal, pues no se



advierte interés económico o jurídico actual que justifique un pronunciamiento sobre el punto al haber desaparecido uno de los requisitos que condicionan la jurisdicción del Tribunal (conf. Fallos: 318:2438; 327:4905 y 329:4717).

7º) Que ello es así, pues la mencionada circunstancia sobreviniente ha tornado carente de significación actual el debate suscitado en el caso por estar referido a la validez de un precepto que al momento no se encuentra vigente y cuyo contenido material ha sido redefinido -a partir de los nuevos paradigmas del derecho- por el novísimo Código Civil y Comercial de la Nación en su art. 64, en sentido similar al propuesto por los actores y al criterio adoptado en la sentencia apelada, norma que guarda consonancia con el régimen constitucional y convencional de los derechos humanos (arts. 1º y 2º del Código Civil y Comercial de la Nación). De ahí que también se conforme con el ordenamiento civil actual de nuestro país al que, en definitiva, debe sujetar su conducta el recurrente.

8º) Que sin perjuicio de ello, a la luz de la doctrina mencionada anteriormente, según la cual corresponde atender a las nuevas normas que sobre la materia objeto de la litis se dicten durante el juicio, no puede desconocerse que la pretensión de los demandantes se encuentra hoy zanjada por las disposiciones del citado art. 64 del Código Civil y Comercial de la Nación, norma de la que, en virtud de la regla general establecida en el art. 7º del mencionado código y de la citada doctrina, no puede prescindirse (conf. arg. Fallos: 327:1139)...". (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, D. I. P., V. G. y otro c. Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas s/ Amparo 06/08/2015. Publicado en: LA LEY 27/08/2015, 11. Cita online: AR/JUR/25383/2015).

Entiendo que tal razonamiento es plenamente trasladable a la especie, desde lo cual corresponde acordar legitimación al accionante para promover el proceso.

Debo detenerme aquí, en punto al plazo de caducidad (extremo sobre el que no se pronuncia el magistrado, pero que es traído al análisis en el responde de los agravios).

Entiendo en este punto que la afirmación efectuada por el actor, en el sentido de que "Hace aproximadamente dos meses, en su última llamada la Sra. M. me confesó que A. I. era hijo mío", no ha sido desvirtuada en esta causa, más allá de las alegaciones del co-demandado.

Entiendo entonces, siguiendo los lineamientos de la CSJN, que en rigor el análisis de inconstitucionalidad introducido en el recurso deviene inoficioso, debiendo acordarse legitimación al actor en concordancia con la modificación legislativa, solución que, además, se adecua a los principios constitucionales y a las previsiones convencionales en juego.

Insisto, además, en la idea inicial: dotar de legitimación al accionante no es determinante para la decisión que finalmente se adopte en este proceso y, de por sí, no determina dar preeminencia al aspecto estático (vínculo biológico), pero sí reconocer la importancia del conocimiento de los orígenes.

En cuanto a las costas, en atención a las particularidades del caso y al modo en que se resuelve, entiendo que las de ambas instancias deben imponerse en el orden causado. MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien manifiesta:

Compartiendo el análisis y conclusiones desarrolladas por el Dr. Jorge PASCUARELLI respecto a las cuestiones que se han evidenciado en el caso, habré de adherir a su voto.

Por lo expuesto, POR MAYORIA

SE RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 40/45 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 36/37 en lo que fue materia de recurso y agravios.
2. Imponer las costas por su orden (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 electrónicamente y, oportunamente, vuelvan las actuaciones al juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo J. MEDORI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA



Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 368035/2008) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO CIVIL: Contratos.

MUTUO HIPOTECARIO. EMERGENCIA ECONÓMICA. DEUDOR HIPOTECARIO. REAJUSTE DE PRESTACIÓN. INTERESES. TASA DE INTERES.

1.- Habrá de confirmarse la sentencia de grado en cuanto ordena la devolución del saldo existente a favor de la parte actora, pues la deuda fue abonada de acuerdo con la información suministrada por la entidad bancaria, por lo que, en principio, no puede el deudor alegar error ni sobre la imputación ni sobre el objeto del pago, ya que ellos fueron efectuados, reitero, conforme lo liquidado mes a mes por el acreedor, sin que exista constancia de protesto o disconformidad manifestada por el deudor al momento de cada pago. Ello surge de la pericia contable de autos que ha determinado la existencia de una suma de dinero abonada en exceso por la parte actora, o sea que ésta ha reintegrado a la entidad bancaria más de lo debido para cancelar el capital y sus intereses. Luego, más allá de la situación de emergencia generalizada y de los fines tenidos en miras por el legislador al sancionar la Ley 26.313, conforme surge de su art. 1º, lo cierto es que se ha producido una transferencia patrimonial del deudor al acreedor sin causa que lo justifique, y esta situación no puede ser tolerada por el derecho.

2.- Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Justicia ha establecido que a partir del 1 de enero de 2088 corresponde la aplicación de la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén, posición a la que ha adherido esta Cámara de Apelaciones, considerando las especiales circunstancias en que se genera la obligación de la demandada, entiendo que la aplicación de la tasa promedio entre la activa y la pasiva del banco mencionado resulta la más justa para ambas partes. Así, la actora recibe una compensación por el no uso del capital, en tanto que la demandada no tiene que afrontar una deuda excesivamente gravosa.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MANGHI MARIA INES C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REPETICION", (Expte. N°



368035/2008), 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 Secretaría 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. 661/664, que hace lugar parcialmente a la demanda, declarando cancelado el préstamo cuyo reajuste pretendiera la actora, condenando a la demandada al pago de la suma de \$ 11.083,77, con más sus intereses y rechazando la pretensión de resarcimiento del daño moral, con costas a la accionada.

a) La parte actora se agravia por la tasa de interés aplicada por la a quo.

La apelante cuestiona la aplicación de la tasa promedio entre la activa y la pasiva, entendiendo que ella no mantiene el valor del capital ni repara el daño causado.

Destaca que el pago indebido tiene como causa fuente la relación de consumo entablada con la demandada, quién concedió un crédito con garantía hipotecaria para la adquisición de una vivienda familiar única. Luego, sigue diciendo la recurrente, el demandado se excedió en las facultades de actualizar el crédito hipotecario, percibiendo de más, lo que importa un ejercicio abusivo de su derecho.

Señala que la liquidación de \$ 11.083,77 a favor de su parte fue determinada a septiembre de 2007, conforme informe contable de fs. 9, el que coincide con la pericial producida en autos.

Agrega que el Tribunal Superior de Justicia, a partir de la causa "Alocilla", resolvió en materia de intereses, aplicar la tasa promedio del BPN hasta el 31 de diciembre de 2007, y a partir del año 2008, liquidar los intereses conforme la tasa activa del mismo banco.

Dice que la jurisprudencia local adhirió pacíficamente a este criterio desconociendo las razones por las cuales la a quo se apartó de él.

b) La parte demandada se agravia por la condena a la devolución de la suma de dinero con base en el art. 784 del Código Civil.

Dice que el fallo de grado desconoce la Ley 26.313, de aplicación al caso, norma que no habilita el reintegro de sumas de dinero.

Sigue diciendo que la decisión cuestionada resulta contraria a la inteligencia del art. 17 de la Constitución Nacional, toda vez que se genera un enriquecimiento sin causa a favor de la actora.

Sostiene que la resolución de primera instancia soslaya el análisis y aplicación de la Ley 26.313, norma que guarda silencio respecto de la posibilidad de restituir a los deudores los eventuales saldos a su favor que pudiera arrojar la readecuación de los créditos hipotecarios.

Cita el art. 6° de la Ley 26.313 es una norma residual para ser aplicada en caso de incertidumbre, pero, considera que de ella no se pueden extraer derechos que no se encuentran contemplados directamente en la ley ni en sus decretos reglamentarios.

Entiende que el silencio de la norma al respecto no es un tema intrascendente, sino relevante. Afirma que al señalar la ley un procedimiento determinado para el recálculo del saldo de la deuda; y determinar el reconocimiento como pago total de las sumas desembolsadas por el adjudicatario, está marcando que el nuevo cálculo es realizado al solo y único efecto de ser beneficiado con su resultado final, teniendo en miras la protección de la vivienda; por ende, a criterio del apelante, resulta irrazonable, que en el marco de una norma protectoria, se pretenda darle un alcance en orden a una potencial devolución de sumas de dinero, que no surge de la letra de la ley, ni tampoco se compeadece con la voluntad del legislador.

Se explaya sobre el objetivo de la Ley 26.313.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 686/688.

Plantea, en primer lugar, la deserción del recurso de la demandada por incumplimiento de la disposición del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.



Dice que el recurrente acusa la arbitrariedad del decisorio de grado pero no indica donde finca aquella.

Sigue diciendo que no se puede resolver la cuestión por aplicación de la Ley 26.313, soslayando los principios y normas de todo el ordenamiento jurídico.

Destaca que el banco demandado no contestó la demanda y que consintió la pericia contable practicada en estas actuaciones.

II.- En primer lugar, el memorial de agravios de la parte demandada, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que se ha de abordar su tratamiento.

III.- He de comenzar el análisis de los recursos de apelación de autos, por una cuestión lógica, por el planteado por la demandada, que cuestiona la procedencia de la repetición ordenada por la a quo.

La condena de autos se encuentra fundada en el art. 784 del Código Civil, en el entendimiento que los pagos a reintegrar fueron realizados cuando la deuda ya se encontraba cancelada.

Como principio general, el pago es irrevocable e irrepitible. No obstante ello, la legislación nacional ha establecido excepciones a este principio, siendo una de ellas la acción de repetición, que se otorga ante el pago indebido. Estas excepciones son consecuencia de que, en palabras de Jorge Bustamante Alsina, la equidad no tolera que alguien se beneficie injustamente a costa de otro (cfr. aut. cit., "Repetición del pago de lo que no se debe", Ed. Abeledo-Perrot, 1981, pág. 84).

Jorge Joaquín Llambías precisa que se denomina pago indebido al pago que no habilita al accipiens para retener lo pagado, comprendiendo tres supuestos: a) el pago por error; b) el pago sin causa legítima, y c) el pago obtenido por medios ilícitos (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, 2012, T. II-B, pág. 270/271).

En autos, la a quo ha situado la controversia en el campo del pago realizado por error –encuadramiento consentido por las partes-, que es el supuesto previsto en el art. 784 del Código Civil. Si bien el actual Código Civil y Comercial determina que la repetición del pago no está sujeta a que haya sido hecha con error (art. 1.797), no es la legislación que rige el caso de autos, por lo que obligadamente debo proceder al análisis del error en el deudor.

El art. 784 referido señala que "El que por un error de hecho o de derecho, se creyere deudor, y entregase alguna cosa o cantidad en pago, tiene derecho a repetirla del que la recibió".

Siguiendo las enseñanzas de Llambías, la existencia del pago por error requiere, en primer lugar e indudablemente, de la existencia de un pago –cuestión no controvertida en esta instancia-; que el acreedor tenga título para recibir ese pago, es decir, que sea el acreedor de la obligación satisfecha –aspecto que se encuentra fuera de discusión en estos actuados-; c) el vicio del error en el deudor (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 276/277).

Y esta es la cuestión a dilucidar en esta instancia: si el pago cuya repetición se ordena ha sido realizado por error; lo que no es claro ni sencillo de precisar, en atención a las características de la relación habida entre las partes, las vicisitudes sufridas por dicha relación contractual como consecuencia de las disposiciones estatales adoptadas en materia económica (fundamentalmente la salida de la convertibilidad de la moneda nacional), y las soluciones previstas por el legislador nacional con el objeto de brindar protección a la vivienda única, por aplicación del "esfuerzo compartido", reiteradamente utilizado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuya última muestra fue la Ley 26.313, cuya violación denuncia la demandada apelante.

La accionada sostiene que el reembolso al deudor de eventuales saldos a su favor no se encuentra previsto en la Ley 26.313, y que ello obsta a la procedencia de la condena de autos.

No puedo aceptar esta argumentación. Es cierto que la Ley 26.313 no prevé el supuesto de reembolso de saldos a favor de los deudores, contemplando solamente que, por aplicación del mecanismo de reestructuración de los mutuos hipotecarios que ella establece, se puede proceder a la cancelación del crédito (art. 3º), o a la determinación de un saldo pendiente de pago (art. 4º). Pero la omisión de tratamiento expreso del reintegro de saldos a favor de los deudores no importa que tal posibilidad se encuentre prohibida; por el contrario, partiendo del adagio que señala que todo lo que la ley no prohíbe se encuentra permitido, no existe impedimento para abordar la petición de la actora desde la óptica del derecho común.

Pero si genera, la Ley 26.313, serias dudas respecto de la existencia del error en el pago realizado por el deudor de



autos.

En efecto, en primer lugar, al momento de realizarse los pagos, la deuda no se encontraba cancelada. En esto, disiento con la opinión de la jueza de grado. De otro modo, no se hubiera acudido a la instancia judicial, ni se hubiera declarado en la sentencia de primera instancia que el crédito está cancelado (aclarando que la cancelación surge del acuerdo de partes en orden a la aplicación de la metodología prevista en la Ley 26.313).

Por otra parte, la prueba de la existencia del error se encuentra en cabeza del deudor, y en autos, ni el informe contable que se acompañó al promover la demanda, ni la pericia contable (fs. 617/618) precisan en que momento se produjo la cancelación de la deuda y la generación del saldo a favor de la demandante.

Luego, la deuda fue abonada de acuerdo con la información suministrada por la entidad bancaria, por lo que, en principio, no puede el deudor alegar error ni sobre la imputación ni sobre el objeto del pago, ya que ellos fueron efectuados, reitero, conforme lo liquidado mes a mes por el acreedor (fs. 26/175), sin que exista constancia de protesto o disconformidad manifestada por el deudor al momento de cada pago.

El error a que alude la demanda se encontraría en la modalidad de liquidación de la deuda por parte de la entidad demandada, situación que se relaciona directamente con la emergencia económica que determinó la salida de la convertibilidad de la moneda nacional con el dólar estadounidense, y que requirió para su solución definitiva de la reestructuración de los mutuos hipotecarios.

Una primera aproximación a la cuestión desde esta perspectiva pareciera indicar que, si se partió de una situación de emergencia nacional –reconocida por la misma Corte Suprema de Justicia de la Nación–, llegándose a una reestructuración legal de los créditos, con carácter de orden público (art. 8º, Ley 26.313), con reducciones y quitas sobre el capital (art. 2º, Ley 26.313), la teoría del esfuerzo compartido aconsejaría rechazar la repetición, quedando satisfecha la actora con la cancelación del crédito oportunamente concedido por la demandada.

Pero, aparece aquí para desbaratar esta argumentación, la figura del enriquecimiento sin causa, que es, en definitiva, el fundamento de la acción de repetición conforme lo ha señalado Bustamante Alsina.

El Código de Vélez Sarsfield no legisló respecto del enriquecimiento sin causa, no obstante que el codificador menciona este principio en distintas notas, pero si lo hace ahora el Código Civil y Comercial (art. 1.794) como fuente autónoma de obligaciones.

Sin perjuicio de la ausencia de reglamentación positiva, doctrina y jurisprudencia utilizaron reiteradamente la figura del enriquecimiento sin causa. Y en lo que aquí interesa, en la nota al art. 784 del Código Civil, Vélez Sarsfield aclara que "...el principio de equidad, dice MARCADE, que siempre es principio en nuestro derecho civil, no permite enriquecerse con lo ajeno y que un supuesto acreedor se quede con una suma o con una cosa que no se le debía...".

Marcelo López Mesa, con cita de Mainguy y Respaud, precisa que un enriquecimiento sin causa resulta del simple desequilibrio objetivo que no justifica ni un derecho del enriquecido, ni una liberalidad del empobrecido: éste no ha querido procurar un beneficio al enriquecido (cfr. aut. cit., "El enriquecimiento sin causa. Sus requisitos y limitaciones en el Proyecto", LL 2012-E, pág. 1.125).

A la luz de esta figura es que se legitima, entonces, el reembolso ordenado por la jueza de grado. En efecto, la pericia contable de autos ha determinado la existencia de una suma de dinero abonada en exceso por la parte actora, o sea que ésta ha reintegrado a la entidad bancaria más de lo debido para cancelar el capital y sus intereses. Esta conclusión no fue cuestionada oportunamente por la parte demandada.

Luego, más allá de la situación de emergencia generalizada y de los fines tenidos en miras por el legislador al sancionar la Ley 26.313, conforme surge de su art. 1º, lo cierto es que se ha producido una transferencia patrimonial del deudor al acreedor sin causa que lo justifique, y esta situación no puede ser tolerada por el derecho.

La protección de la vivienda familiar y la adecuación a la emergencia económica se satisfacen con el proceso de reestructuración de los mutuos hipotecarios previsto en la Ley 26.313, que incluye reducciones y quitas sobre el capital, prohibición de capitalización de intereses y límite a la actualización, pero no justifica que la demandada se apropie de sumas de dinero abonadas en más por sus deudores.

Consecuentemente, y por los motivos aquí desarrollados, ha de confirmarse la sentencia de grado en cuanto ordena la



devolución del saldo existente a favor de la parte actora.

IV.- Corresponde ahora analizar la apelación de la parte actora.

Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Justicia ha establecido que a partir del 1 de enero de 2088 corresponde la aplicación de la tasa de interés activa del Banco Provincia del Neuquén, posición a la que ha adherido esta Cámara de Apelaciones, considerando las especiales circunstancias en que se genera la obligación de la demandada, entiendo que la aplicación de la tasa promedio entre la activa y la pasiva del banco mencionado resulta la más justa para ambas partes. Así, la actora recibe una compensación por el no uso del capital, en tanto que la demandada no tiene que afrontar una deuda excesivamente gravosa.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación planteados por las partes, y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en el 30% del monto que en concepto de emolumentos profesionales se determine para cada uno de los letrados actuantes ante la Alzada, para la primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 661/664, en lo que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, en atención al resultado obtenido (art. 71 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% del monto que oportunamente se determine en la instancia de grado (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](#)

"SAMBUEZA MARIA EUGENIA C/ FERREIRA LUIS ENRIQUE 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 II – (Expte.: 395261/2009) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 11/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

PRIORIDAD DE PASO.

Corresponde confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda por daños y perjuicios derivados del accidente de tránsito que protagonizara el actor, en tanto era obligación de esa parte por llegar a la encrucijada desde la izquierda, detener su marcha para permitir el paso de los vehículos que circulaban desde la derecha, y no lo hizo. Por el contrario, siguió su marcha, sin importarle que no le asistiera la prioridad de paso.



Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SAMBUEZA MARIA EUGENIA C/ FERREIRA LUIS ENRIQUE Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 395261/2009), 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 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. 386/390 vta., que rechaza la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por entender que la jueza de grado se apartó de la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia en autos "Marcilla c/ Avila".

Dice que si bien es cierto que el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito establece una prioridad para quién circula por la derecha, en el marco de una encrucijada, ello requiere de cierta simultaneidad de arribo. Así, entiende la apelante, que la prioridad del que cruza por la derecha debe haberse ganado mediante, justamente, el inicio del cruce.

Luego, sostiene que la magistrada a quo no ha tenido en cuenta el factor velocidad.

Entiende que el sustento de la primacía de la derecha se encuentra en la posibilidad de quién circula por la izquierda de poder advertir, en tiempo razonable, la presencia del rodado que se acerca desde la derecha.

Afirma que el demandado Ferreira circulaba a gran velocidad, en medio de un tránsito congestionado, y justamente esta conducta culposa le impidió ver que se acercaba la actora por la arteria principal. Cita la declaración del testigo Farina.

Considera que fue la conducta temeraria del demandado la causa eficiente del siniestro, atento a las condiciones del tránsito en la zona, que requerían de una circulación con máxima atención y a mínima velocidad.

Manifiesta que la extrema velocidad del demandado surge de la prueba pericial accidentológica, la que determinó que en el lugar del hecho no se relevaron marcas ni frenadas, y que el rodado del demandado fue el embistente. Concluye en que esto demuestra que el demandado nunca disminuyó la velocidad de su rodado, ni intentó frenar.

Agrega que la negligencia del accionado también queda demostrada por las declaraciones testimoniales que dan cuenta que los otros autos que venían por calle Talero estaban parados, dando paso al que venía por Avenida Argentina.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 406/407 vta.

Dice que en el caso de autos, a diferencia del precedente "Marcilla" del Tribunal Superior de Justicia, el conductor que circulaba con prioridad en la encrucijada, no lo hacía incumpliendo ninguna norma de tránsito, y en particular la referida a la velocidad máxima. Señala que de ninguna constancia del expediente, ni de la causa penal, surge que el demandado circulara a velocidad excesiva.

Agrega que en la demanda, la actora no imputó al demandado exceso de velocidad, ni fundó en esa causa la responsabilidad de aquél por lo que acoger en esta instancia el agravio planteado implica una violación al principio de congruencia.

II.- La sentencia de grado ha entendido que la demandada ha acreditado la culpa de la víctima en la producción del siniestro, habida cuenta que el vehículo del demandado, por llegar a la encrucijada desde la derecha, tenía la prioridad de paso.

Que el vehículo del demandado tenía la prioridad de paso no se encuentra controvertido. En efecto, la actora circulaba por Avenida Argentina en dirección norte, en tanto que el demandado lo hacía por calle Talero en dirección oeste. El paso le correspondía a quién circulaba por calle Talero.

El apelante insiste en que dicha prioridad de paso quedó desvirtuada porque: a) la actora ya se encontraba emprendiendo el cruce de la bocacalle; y b) el demandado excedía la velocidad máxima permitida en los cruces de calles.



Ninguno de estos extremos se encuentra acreditado. No surge de las pruebas de autos que la actora ya hubiera transpuesto parte del cruce. Antes bien, de acuerdo con el croquis de fs. 77 de la causa penal, lo que se prueba es lo contrario. Por otra parte, tampoco esta circunstancia es una causal que anule la prioridad de paso del que llega a la bocacalle desde la derecha, ya que la obligación del que circula por la izquierda es detener la marcha y no tratar de ganar primero el paso en la encrucijada.

La velocidad excesiva del vehículo del demandado no se encuentra tampoco acreditada, circunstancia que impide la comparación del hecho que aquí se analiza con el considerado en el precedente "Marcilla" del Tribunal Superior de Justicia.

Ni la pericia realizada en sede penal (fs. 75/77 de la causa que corre agregada por cuerda), ni la llevada a cabo en sede civil (fs. 257/258) han establecido la velocidad a la que circulaban los vehículos protagonistas del accidente. Más aún, en sede civil, ni siquiera figuró la determinación de la velocidad como punto de pericia.

Es cierto que los dos testigos que declararon en autos, y que también lo hicieron en sede penal, dan cuenta de que los vehículos que circulaban por calle Talero se encontraban detenidos, aparentemente para ceder el paso a quienes circulaban por Avenida Argentina. Pero esta circunstancia no alcanza para desvirtuar la prioridad de paso del demandado.

Es que la obligación de la parte actora, por llegar a la encrucijada desde la izquierda, y como ya lo señalé, era detener su marcha para permitir el paso de los vehículos que circulaban desde la derecha, y no lo hizo. Por el contrario, siguió su marcha, sin importarle que no le asistiera la prioridad de paso.

No ignoro que la conducta de la parte actora es habitual en otros conductores que pretenden tener prioridad de paso por circular por Avenida Argentina, y que es común, en el cruce donde se produjo el accidente que nos ocupa, que quienes circulan por calle Talero detengan su marcha en el entendimiento que no harán lo mismo quienes circulan por Avenida Argentina. Pero, ello no es lo que dispone la Ley Nacional de Tránsito, y la conducta precautoria de algunos conductores locales, que se precaven de la prepotencia conductiva de otros, no resulta suficiente para modificar una disposición legal que, como bien lo señala la a quo, está dirigida a establecer normas generales para el tránsito vehicular, sin que quepa contemplar excepciones contra legem derivadas de los usos y costumbres locales.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de las sumas que se determinen por igual concepto por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II

Resuelve:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y confirmar la sentencia de fs. 386/390 vta., en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en el 30% de las sumas que se determinen por igual concepto por su actuación en primera instancia (art. 15, Ley 1.594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"BARBE LAURA ANDREA C/ HECHENLEITNER LETICIA PAOLA Y OTROS S/ ESCRITURACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 412178/2010) – Sentencia: 14/16 – Fecha: 25/02/2016

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

SUCESION. ACERVO HEREDITARIO. INMUEBLE. ABOGADO. ADQUISICION EN CONDOMINIO. BOLETO DE COMPRAVENTA. JUICIO DE ESCRITURACION. ACTUACIONES LLEVADAS ADELANTE POR EL LETRADO PATROCINANTE DE LOS HEREDEROS DECLARADOS. INCAPACIDAD DE DERECHO. PROHIBICION DE COMPRAR BIENES COMPRENDIDOS EN LITIGIOS O ACTUACIONES EN QUE TUVIERAN O HUBIESEN TENIDO INTERVENCION. FINALIDAD DE LA PROHIBICION. NULIDAD DEL BOLETO DE COMPRAVENTA. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD EN RELACION A TERCEROS. EFECTOS DE LA SENTENCIA DE NULIDAD ENTRE LAS PARTES. RESTITUCION DE LO MUTUAMENTE PERCIBIDO.

1.- La incapacidad de derecho que afecta al abogado para adquirir los bienes de sus clientes se encuentra claramente prevista por el ordenamiento –Art. 1361 inc. 6° de Código Civil-, destacándose el carácter de ser abogado de la parte de quien adquiere y luego el carácter litigioso del bien. [...] La prohibición de adquirir en esas condiciones aparece en orden a resguardar el servicio de justicia en términos éticos y tiene en vista que quien se hace patrocinar por un profesional de la justicia, confía en sus conocimientos y en los consejos que de esa formación profesional le brinda. De tal modo es que se establece como nulo de nulidad absoluta y aún cuando los repertorios de jurisprudencia pueden hacer referencia a algunos casos –como el ya citado y a cuya aclaración cabe remitirse- lo cierto es que la tesis de la norma es descartar cualquier posibilidad de que en el marco de un proceso judicial en el que debe primar la imparcialidad y la protección de los intereses de las partes, esa situación se vea comprometida por la actuación de quienes se desempeñan en el ámbito del Poder Judicial como aquellos que lo hacen dentro el proceso en el ejercicio de su profesión asesorando a las partes.

2.- En relación al agravio -expresado por el letrado recurrente- de que la voluntad de vender el inmueble está expresada en tres ocasiones: al suscribir el boleto; al certificar las firmas y denunciar la venta en el sucesorio, ello no tiene relevancia para resolver la cuestión que aquí se plantea, pues la nulidad del acto es peticionada en función de la incapacidad de derecho que afecta insalvablemente a uno de los contratantes y no por un vicio de la voluntad que haya afectado a los vendedores.

3.- Para que funcione la inoponibilidad –art. 1051 del Cód. Civil- que reclama la recurrente, ella debió haber sido adquirente del adquirente y su rol en el vínculo



contractual claramente es el de co-adquirente original. Luego y siendo que la nulidad a su respecto fue resuelta a partir de la consideración de que se trata de una nulidad absoluta –cuestión ya resuelta y confirmada- y el carácter indivisible de la obligación de escriturar, aspecto éste sobre lo cual no mediara agravio, he de proponer rechazar también el recurso de la co-actora y co-reconvenida.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARBE LAURA ANDREA C/ HECHENLEITNER LETICIA PAOLA Y OTROS S/ ESCRITURACION", (Expte. N° 412178/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 1 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse separada de la causa la Dra. 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.- Vienen los autos a estudio de esta Alzada en virtud de los recursos de apelación interpuestos tanto por la actora como por los demandados.

A fs. 533/536 la co-demandada Leticia Paola Hechenleitner expresa que le causa agravio que la sentencia no obstante declarar la nulidad del boleto de compra venta ordene que en la etapa de ejecución de sentencia se resuelvan las restituciones previstas por el artículo 1052 del Código Civil, debiendo en consecuencia restituirse las partes lo percibido mutuamente.

Señala que aún sin que la sentencia especifique a que se encamina la restitución, quien fuera demandado por su parte debe restituir el bien al sucesorio pero ello no implica que la sucesión adeuda algo a aquel.

En esa senda, destaca que está probada la incapacidad de derecho que afectaba al Sr. Ferreyra al comprar el inmueble y que fue en función de ello que la Jueza decretó la nulidad absoluta del acto.

Abunda en detalles relativos al plexo probatorio y hace referencia a que su parte no podría restituir el inmueble que supuestamente recibió en pago pues aquel nunca dejó de pertenecer a la co-demandada Barbe y agrega que sólo está probado que la sucesión entregó el inmueble cuya escrituración se reclamara pero la sucesión no recibió nada a cambio.

Agrega que de la sentencia surge que la Jueza entendió que hubo efectivamente una contraprestación por parte de los actores, sin embargo el inmueble que debió haber ingresado al sucesorio aún permanece en el patrimonio de la mencionada co-demandada.

Invoca que esta circunstancia demuestra que el boleto de compraventa no sólo es nulo por la incapacidad de derecho si no también por ser un acto realizado en perjuicio de los derechos de terceros, encontrándose probado también la existencia de firmas falsas de los sucesores a los que se señala como intervinientes, concluyendo que ello se enmarca en lo dispuesto por el artículo 953 del Código Civil.

Concluye que surge de manera categórica e irrefutable que el inmueble pertenece al acervo hereditario por lo que debe ser reintegrado a la sucesión, sin que se haya logrado demostrar que hubiere contraprestación, de modo tal que ni la sucesión ni los herederos deben devolver nada a los actores.

A fs. 538/553 expresa agravios el Sr. Ferreyra, señalando que la jueza interpreta erróneamente el carácter de su participación en la sucesión del Sr. Gumersindo Santa Eulalia, pues la misma se limitó a la petición de un acto concreto en orden a lograr que los herederos transfirieran a favor de su patrocinado -Sr. Delicio Olate- un bien vendido en vida por el Sr. Santa Eulalia y no a impulsar el sucesorio como proceso en sí.

Añade que transcurridos dos años sin ninguna participación comparece nuevamente a fin de solicitar la escrituración de un bien a su favor que había adquirido en condominio con la Sra. Barbe.

En ese sentido, expresa que la sentencia omite considerar que para aplicar el artículo 1631 inc. 6 debe existir litigiosidad



al momento de celebrarse el acto que se estima nulo, situación que no se plantea en autos pues en el sucesorio no había litigio alguno.

Se pregunta cuál es la razón para que su parte patrocine a los sucesores en el 2.001 y como respuesta afirma que la compra se efectuó en mayo del año 2.000 y que ante la falta de denuncia por parte de los herederos en el sucesorio de la venta, sin que el mencionado proceso tuviera actividad les requieren a los herederos la certificación de las firmas, cuestión que ocurrió en noviembre del 2.000.

Posteriormente, –señala- pese a numerosos requerimientos y ante la inactividad de los herederos su parte los patrocina para que efectúen la denuncia de venta.

Señala que la voluntad de vender el inmueble surge con claridad en tres ocasiones: al suscribir el boleto; al certificar las firmas y al denunciar la venta en el sucesorio.

Insiste que no era el letrado del sucesorio y que su presentación obedeció a denunciar la venta y proteger sus derechos frente a la abundante existencia de procesos de apremio en curso de ejecución contra los bienes de la sucesión.

La situación de las deudas por apremios, a su juicio, queda acreditada con la testimonial del Dr. Raimondo quien se desempeñaba como letrado del sucesorio, y los diversos informes de los juicios en trámite.

Reitera que la intención de deshacerse del bien en cuestión en aquel proceso obedeció justamente a la necesidad de hacer frente a esas deudas, de lo que concluye que no puede hablarse de inexperiencia o aprovechamiento de situación alguna de parte de los adquirentes.

Expresa que al negociar el contrato, su parte estaba en conocimiento que iba a tener que realizar gestiones administrativas y judiciales pues los herederos no contaban con fondos y los gastos correrían por su cuenta, razón por la que se presentó en el sucesorio, esto es para tramitar la escritura traslativa de dominio.

Insiste en que no hubo de su parte asesoramiento de ningún tipo, ni previo ni posterior a la firma del contrato y que estas cuestiones se acreditan con prueba que la sentenciante omitió considerar tales como la testimonial del Dr. Raimondo y las constancias de las distintas deudas y juicios de apremio.

Afirma que de la confrontación de fechas y actividades concretas en el sucesorio de Gumersindo Santa Eulalia solo cabe concluir que no hubo patrocinio de su parte y así expresa: "... Mi parte adquiere en condominio, el inmueble de referencia el día 31 de mayo de 2000 y en ese momento, ni antes ni después existe actividad procesal útil mía o de algún letrado impulsoria del proceso sucesorio. Recién el año siguiente mi parte, ante la inacción existente en el trámite, requiere, conforme lo acordado en el boleto de compraventa, que los herederos se presenten denunciando la venta ocurrida hacia casi un año antes.

Ello de manera alguna significa ser patrocinante del sucesorio, como elucubra la sentenciante."

Explica que la afirmación de la jueza respecto a que su parte habría continuado llevando presentaciones como patrocinante, no se ve corroborada con ningún escrito que haya impulsado el sucesorio, y el resto de los sucesorios abiertos por su parte obedecieron a la misma circunstancia: obtener la escrituración del inmueble adquirido.

Asevera que no sólo que no existía litigio de ningún tipo en relación al inmueble, sino que la jurisprudencia sostiene que de existir litigio el mismo debe ser contemporáneo al momento de celebración del acto jurídico.

Se enfoca a continuación en los requisitos que debe reunir el acto a fin de poder ser declarado nulo según el artículo 1361 inciso 6°.

En esa senda destaca doctrina y jurisprudencia que resuelve que la prohibición para el caso de los abogados, solo rige si hay un litigio concreto, ya que si no hay controversia sobre los derechos, no existen impedimentos para que quienes intervienen en los pleitos estén en condiciones de adquirirlos.

Agrega que en cuanto a si el orden público se encuentra comprometido, es preciso que el Juez lo evalúe en cada caso concreto a fin de determinar si se encuentra comprometido el orden público o si solo se ha pretendido proteger el interés de los particulares, afirmando que el análisis de este requisito luce ausente.

Insiste en que la interpretación que efectuó la Jueza de su participación en las sucesiones de la Sra. Irma Baeza y Mirta Santa Eulalia es parcial pues pese a que los herederos habían recibido el dinero de la venta del inmueble entregado por la Sra. Barbe, no impulsaron el trámite.



Reitera en que al ver que el tiempo transcurría y los herederos no impulsaban el trámite para que su parte escriturara lo adquirido, le quedó claro que debería asumir el impulso de las actuaciones surgiendo claro de los escritos presentados en los sucesorios citados que el único objetivo era obtener la escrituración del inmueble aquí en cuestión.

Se agravia de la doctrina citada por la Jueza en apoyo de su decisión pues sostiene que la totalidad de lo afirmado por Borda conduce a una conclusión distinta a la que arriba la sentenciante y finaliza con la cita de un antecedente de esta Sala que –a su criterio- lo conduce a sostener el acierto de su postura.

A continuación se queja de la omisión de, por un lado, considerar prueba incorporada y por otro, sumar prueba ajena a los presentes.

Expone que la jueza argumenta que tratándose de una nulidad absoluta no obsta a su declaración ni el allanamiento del Sr. Eduardo Santa Eulalia ni las conformidades de los escritos de fs. 50,69 y 77 pues su falsedad fue afirmada en la investigación fiscal "...agregada por cuerda".

Esta prueba –sostiene- no fue ofrecida en el momento procesal oportuno sino que apareció subrepticamente, a instancia de los demandados y fue acogida por la jueza sin correrse traslado a su parte, habiéndose opuesto expresamente sin que ello mereciera respuesta de parte de la jueza.

Sostiene que la sentenciante valoró un causa ajena a este litigio y dispuso su incorporación como prueba sin haberle dado participación a su parte, en contraposición a lo dispuesto por el art. 484 del CPC y C, destacando su sorpresa acerca de que los demandados tantos años después hubieran advertido una supuesta falsificación de firmas en la sucesión de su madre.

Sostiene que toda la cuestión relacionada con esas firmas es ajena a su pedido de escrituración de modo tal que no termina de comprenderse por qué la jueza valoró ese trámite ajeno al litigio, sin dejar de señalar que en la medida que ello fue a instancias de la demandada la decisión tiene una parcialidad de origen.

En ese sentido también se agravia de la decisión de la jueza pues: "... omitió valorar toda la prueba producida, tanto por mi parte como por parte de la Sra. Laura Barbe, omitió el allanamiento del co-demandado Eduardo Santa Eulalia, quien no tenía forma más elocuente de confirmar nuestro derecho que allanarse, tal como lo hizo y porque era el único heredero vivo que fue parte activa de la venta que nosotros efectuamos y de manera alguna podía sortear su responsabilidad. No consideró la sentenciante los numerosos testimonios que dan cuenta de que se trató de un negocio efectivamente realizado entre nuestra parte y los herederos directos de Gumersindo Santa Eulalia, quienes no solo cobraron, no solo recibieron una propiedad a cambio, sino que esta demostrado en numerosas instancias del proceso que ratificaron la venta de hecho y de derecho."

Califica de anómala la incorporación al proceso de la prueba en beneficio de una de las partes, destacando que la jurisprudencia y la doctrina han rodeado de requisitos estrictos o directamente han rechazado esta posibilidad.

En el marco del principio de congruencia sostiene que la jueza excedió el límite del análisis de la plataforma fáctica sometida a su análisis, suspendiendo infundadamente el dictado de la sentencia alterando con ello el equilibrio procesal, incorporando y valorando una causa ajena al litigio.

Sostiene que tampoco pudo efectuarse la suspensión a la luz del artículo 1101 del Código Civil pues para que ello proceda debe existir un proceso penal pendiente y ambos litigios deben originarse en el mismo hecho, sin que nada de ello haya ocurrido en autos.

Finaliza solicitando que se revoque la sentencia y se haga lugar a la escrituración, con costas a los demandados.

A fs. 554/557 expresa agravios la Sra. Laura Barbe quien alega violación de su derecho como tercer adquirente de buena fe a título oneroso, pues sus derechos –afirma- no han sido controvertidos durante el trámite de las actuaciones.

Afirma que hubo una aplicación errónea por parte de la Jueza de lo previsto por el artículo 1051 del Código Civil pues si bien en su primera parte sostiene la retroactividad de la sentencia de nulidad, luego destaca la inoponibilidad de la sentencia frente a los derechos adquiridos por terceros de buena fe a título oneroso.

Rememora que en el año 2000 adquirió en condominio un inmueble compuesto de un pequeño galpón y una vivienda muy deteriorada, conviniendo con el co-adquirente en subdividir el inmueble en el futuro.

Relata que la mudanza desde Plottier a esta ciudad obedeció a que desarrollaba su actividad laboral en este ámbito



por lo que teniendo en cuenta ello optó por la permuta de un inmueble más antiguo pero mejor ubicado, destacando que aquel era mejor construido y más nuevo.

Relata que durante 15 años fue arreglando la vivienda y pagó impuestos, lo que la lleva a destacar su "pacífica posesión".

Expresa que la falta de reconocimiento de sus derechos por parte de la sentencia aludiendo a la falsificación de firmas, la agravia desde lo procesal y lo personal pues pone en duda su honestidad.

Expresa que está probado que vivía junto a su hija, que era profesora de química, que hizo entrega de una propiedad de mejor valor y que frente a la calificación de "prestanombre" que efectuara la contraparte ninguna prueba se acercó que acredite esa circunstancia.

Insiste que compró la casa de buena fe, a vendedores absolutamente capaces, agravándose que 15 años después la jueza decida que se trata de un "bien litigioso" y que la doctrina "no es pacífica".

Se explaya en cuestiones relacionadas con su transcurrir vital junto a su hija en el inmueble destacando que juntas conforman una familia arraigada en el mismo y concluye: "... toda vez que mi participación en el negocio no ha resultado cuestionada ni controvertida, solicito a los señores jueces que ordenen la escrituración de mi propiedad, consistente en la casa que se encuentra en Av. San Juan 1250, dado que la he comprado de buena fe, he pagado en su totalidad mi parte del negocio, entregando a mis tres compradores la vivienda que era de mi propiedad en Plottier, la cual estas personas a posterioridad vendieron. Resulta que años después vienen personas por mí desconocidas y ajenas al negocio celebrado por mí y pretenden cuestionar un contrato celebrado con anterioridad, sin derecho alguno, ocasionándome gravísimo perjuicio lo que ha generado que hace quince años que espero la escrituración de mi casa...".

Finaliza adhiriendo a los agravios del co-demandado Ferreyra y señala que en definitiva la declaración de nulidad absoluta no tiene ningún fundamento legal e insiste en que la nulidad debe interpretarse restrictivamente y tenerse en cuenta la existencia de un interés general que haya sido lesionado, y que se cause un perjuicio irreparable, cuestiones todas que lucen ausentes en autos.

Solicita se revoque la sentencia y se ordene la escrituración pretendida.

Corrido el traslado de los agravios, contestan el co-demandado Ferreyra y la Sra. Hechenleitner, encontrándose la causa en condiciones de resolver.

II.- Atento al cuestionamiento que efectúa el apelante Ferreyra, a la incorporación de las constancias llevadas adelante en el ámbito de la Fiscalía de Investigaciones, encuentro oportuno examinar en primer término dicha cuestión en orden a resolver si lo que de allí surge cabe ser tenido en cuenta en el proceso.

En ese orden de ideas vale destacar que la investigación acerca de la falsificación de las firmas, se inicia a partir de la manifestación efectuada en el expediente "Santa Eulalia, Estela Mirta s/ Sucesión" en que la Sra. Leticia Paola Hechenleitner expresa que las firmas de diversos escritos allí agregados, no fueron realizadas por las personas a quienes se atribuyen.

Esta expresión se efectúa en fecha 26 de agosto de 2011, y con fecha 9 de septiembre de 2011 la Jueza de grado ordena se pase en vista al Fiscal.

Al respecto resulta imprescindible señalar que los expedientes relativos a las sucesiones del Sr. Gumersindo Santa Eulalia, Irma Baeza y Estela Mirta Santa Eulalia fueron ofrecidos como prueba por ambas partes.

Así puede leerse en el escrito de fs. 2/4 que la Sra. Barbe y el Sr. Ferreyra ofrecen como prueba "Documental: Expedientes Baeza Irma s/ sucesión Ab-Intestato (Expte. 374350/08); Santa Eulalia Estela Mirta s/ sucesión (Expte. 324698/05) Santa Eulalia Gumersindo s/ sucesión ab-intestato (Expte. 100132/88..." y en igual sentido a fs. 26 vta. del escrito de contestación de demanda y reconvención se ofrece: "PRUEBA: ... Instrumental: Expte. N° 324698/5 "SANTA EULALIA, ESTELA MIRTA S/ SUCESIÓN" p/c Expte. N° 374350/8 "BAEZA IRMA S/ SUCESION AB-INTESTATO P/C: 100132/88 "SANTA EULALIA S/ SUCESION", de lo cual es forzoso concluir –REITERO– que ambas partes ofrecían los aludidos procesos judiciales como prueba.

De este modo, las actuaciones relativas a indagar la posible comisión de una adulteración de firmas se inscriben en el



marco de una prueba oportunamente ofrecida por ambas partes, en la que una de las partes a quien se atribuye una firma, con carácter previo a su consideración como prueba, advierte que la misma no es auténtica y es en ese sentido que peticiona la investigación.

Esta circunstancia fue puesta de relevancia por la Jueza de la instancia de grado al momento en que quien ahora se agravia, se opusiera a la remisión y suspensión del llamado de autos para sentencia.

Señalaba la sentenciante: "... Toda vez que las constancias obrantes en la causa individualizada precedentemente, proveniente del Equipo Fiscal 3 surge cuestionada la validez de actuaciones obrantes en los autos sucesorios ofrecidos como prueba en los presentes, cuya vinculación con la presente causa y valoración a efectos del dictado de la sentencia no puede prima facie descartarse..." -fs. 265 vta.-

A continuación, y no obstante haberse opuesto nuevamente a la incorporación de las actuaciones llevadas a cabo en el ámbito de la justicia penal, previo al dictado de la sentencia no se hace lugar al pedido y se resuelve tener presente esa oposición para el momento de dictar la sentencia.

Luego del relato que antecede me resulta posible destacar que no cabe calificar de sorpresiva la declaración de los herederos acerca de la falsedad de las firmas, cuestión que el recurrente señala en sus agravios, pues de la lectura del expediente en el que obran las firmas cuestionadas se advierte que el mismo tuvo un trámite que cabe -cuanto menos- calificar de accidentado.

Adviértase que se ordenó su reconstrucción, luego apareció devuelto por la escribana que manifestó haber sido la encargada de confeccionar la escritura -fs. 123 de los autos en cuestión-, los herederos se fueron presentando con diversos patrocinios y es luego de iniciado el juicio de escrituración en el que se señalara que éstos habían prestado su consentimiento para el acto, cuando manifiestan que ello no fue así y que las firmas no eran auténticas.

En definitiva, y por las razones apuntadas entiendo que cabe descartar el agravio pues en realidad no se trata ni de prueba ajena a las actuaciones, ni tampoco agregada fuera del momento procesal oportuno sino que, y tal como ya señalara, se trata de una cuestión que se relaciona inescindiblemente con la autenticidad de la prueba ofrecida por ambas partes.

Sentado ello, es preciso abordar la cuestión relativa a la incapacidad de derecho involucrada en el contrato y que resulta ser la razón que finalmente llevara a la Jueza a resolver del modo que lo hizo.

A fin de respaldar su pretensión recursiva el apelante Ferreyra cita una antecedente de esta Sala, en relación al cual también encuentro preciso subrayar que reviste una serie de particularidades que lo diferencian del debate actual, razón por la cual las conclusiones que transcribe en su escrito no resultan absolutamente trasladables a la cuestión actual.

Así, aquél se trataba de la adquisición de un inmueble concluida en la etapa de ejecución de sentencia -a través de una subasta judicial- en el marco de un proceso ejecutivo, en la que el adquirente resultó ser el abogado de la parte actora.

Descrito de ese modo, es claro concluir que en aquel supuesto desaparecía la sospecha de un eventual asesoramiento interesado por parte del abogado de la parte que solicitaba la declaración de nulidad que, en el caso, era el demandado cuyo inmueble se había ejecutado.

También, es importante destacar que lo que selló la suerte adversa del reclamo fue la extemporaneidad del planteo, destacándose que las apreciaciones allí vertidas con relación al carácter litigioso que debía revestir el inmueble para ser aplicable la norma, se relacionaban precisamente con el hecho de que en aquel proceso no estaba en discusión la propiedad o los derechos sobre el inmueble finalmente adquirido.

Se trataba repito, de un cobro ejecutivo cuya condena fue satisfecha a través de la ejecución en subasta de un inmueble del demandado, de modo que allí no se manifestaba el supuesto fáctico que tiene en cuenta la norma para establecer la incapacidad de derecho aquí en discusión: la posibilidad de que el abogado se convierta en dueño de los bienes de su cliente y que en ese camino realice un asesoramiento inconveniente a los intereses de su asistido.

Así, y luego de examinadas las actuaciones, la prueba rendida y las fechas en que sucedieron las distintas actuaciones judiciales relativas a la sucesiones de todos los involucrados, entiendo que cabe confirmar la decisión apelada.



En ese orden de ideas, el contrato se denuncia en "SANTA EULALIA, GUMERSINDO S/ SUCESION AB-INTESTATO" Expte. 100132-88 y allí surge que la primera presentación del Dr. Ferreyra el día 15 de octubre de 1997 –fs. 33- solicitando el desarchivo de las actuaciones, a lo cual se le informa que las actuaciones se encontraban prestadas a uno de los letrados que iniciara la sucesión.

A raíz de ello se requiere la devolución del expediente y una vez que el mismo es reintegrado al juzgado, se presenta Ferreyra nuevamente a solicitar vista de las actuaciones, patrocinando más tarde a los herederos declarados: Irma Baeza, Eduardo Emilio y Mirta Estela Santa Eulalia quienes así solicitaban la escrituración de uno de los inmuebles a favor del Sr. Olate.

Luego, se presenta el heredero Eduardo Santa Eulalia, nuevamente con el patrocinio del Dr. Ferreyra, manifestando cumplir un trámite faltante para la escrituración del inmueble a favor de Olate, indicando el juzgado, ante esa presentación, que el expediente estaba en préstamo al Estudio Ferreyra –fs. 52-.

Se autoriza la escrituración en febrero de 1999 y el expediente es llevado nuevamente en préstamo por el Dr. Ferreyra, quien lo restituye al Juzgado en febrero del año 2001, luego de varias presentaciones de quien invocaba su carácter de apoderado del EPAS quien solicitaba tomar vista de las actuaciones las que se agregan cuando el expediente es devuelto.

Seguidamente se presenta el Dr. Ferreyra patrocinando a los herederos declarados quienes afirman haber vendido el inmueble a fin de sanear una deuda de servicios que pesaba sobre el inmueble, solicitando la escrituración a favor de los compradores.

Más tarde el letrado se va presentando en los distintos sucesorios, por su propio derecho y peticionando la escrituración del inmueble adquirido en el sucesorio original.

La incapacidad de derecho que afecta al abogado para adquirir los bienes de sus clientes se encuentra claramente prevista por el ordenamiento, destacándose el carácter de ser abogado de la parte de quien adquiere y luego el carácter litigioso del bien.

Así y comentando las exigencias de la norma se ha señalado: "...significa que se trata de procesos de jurisdicción contenciosa, y no aquellos que son de jurisdicción voluntaria, v. gr. tramitación de la sucesión legítima o testamentaria, en cuanto no surjan cuestiones que originan lo contradictorio o contención... Si nos atenemos al texto de la ley, así como a sus antecedentes históricos... correspondería excluir de la prohibición legal todos los supuestos en los cuales no exista contienda judicial. No obstante, en el mismo Esboço se prohíbe a los jueces y demás funcionarios judiciales la compra, no solo de bienes "en litigio", sino también de "los puestos en remate", y ello en virtud "de acciones o ejecuciones en que dichos funcionarios ejerciesen o hubiesen ejercido.... Y tratándose de jueces que conocen sobre cuestiones atinentes a bienes de incapaces que estén bajo su custodia, la prohibición abarca los supuestos en los cuales la "venta haya sido autorizada o decretada", es decir, a pesar de no mediar ninguna hipótesis litigiosa."

Y continúa el autor: "Si, además, atendemos a las valoraciones éticas, de la prohibición legal, no se comprende cómo resulte posible formular un distingo entre las actuaciones judiciales relativas a litigios y aquellas en las cuales únicamente estén en juego divisiones, liquidaciones, trámites sucesorios, tal como ocurre en lo afín a particiones de condominio, testamentarias, sociedades etc. Suficiente es plantearse el supuesto de que el juez que autoriza la venta en esas actuaciones judiciales resulte, por sí o por persona interpuesta, adquirente del bien, para comprender cómo surge el riesgo de la ofensa a esas valoraciones morales que el legislador quiso, decididamente, amparar. Y lo que decimos del juez, debe, por necesaria implicancia, extenderse a los demás funcionarios judiciales –secretarios, fiscales, asesores de menores, etc. que intervengan o hayan intervenido en esas actuaciones."

"No corresponde, por lo tanto, establecer un distingo entre esos funcionarios judiciales y los auxiliares de la justicia: abogados, procuradores, peritos, etc. No se puede, en forma convincente, aseverar que, tratándose de procesos de jurisdicción voluntaria, la prohibición si bien alcanza a los jueces, secretarios, asesores de menores, y demás funcionarios judiciales en cambio no alcanzaría a los abogados, procuradores, tasadores, inventariadores, sin perjuicio de la prohibición que atañe al procurador como mandatario y por aplicación de lo dispuesto en el inc. 4 del art. 1361" ("Contratos –Instituciones de Derecho Civil" Tomo II Parte General – Alberto Spota - Ed. La Ley pág. 194 y sgtes.)



La prohibición de adquirir en esas condiciones aparece en orden a resguardar el servicio de justicia en términos éticos y tiene en vista que quien se hace patrocinar por un profesional de la justicia, confía en sus conocimientos y en los consejos que de esa formación profesional le brinda.

De tal modo es que se establece como nulo de nulidad absoluta y aún cuando los repertorios de jurisprudencia pueden hacer referencia a algunos casos –como el ya citado y a cuya aclaración cabe remitirse- lo cierto es que la tesis de la norma es descartar cualquier posibilidad de que en el marco de un proceso judicial en el que debe primar la imparcialidad y la protección de los intereses de las partes, esa situación se vea comprometida por la actuación de quienes se desempeñan en el ámbito del Poder Judicial como aquellos que lo hacen dentro el proceso en el ejercicio de su profesión asesorando a las partes.

Así se ha señalado: "...El artículo 1361, inc. 6° del Código Civil consagra la imposibilidad del abogado de adquirir, aún en remate público, los bienes que estuviesen en litigio ante el juzgado o tribunal en el que ejerciesen o hubiesen ejercido su ministerio, aún por interpósita persona. La norma en cuestión, establece una incapacidad de derecho, creada para proteger intereses distintos de los propios del incapaz, por lo que resulta indiferente la persona sobre la que recae." ("Análisis de la prohibición de contratar en razón de la persona. Carácter de la nulidad" Cabuli, Ezequiel y Vecslir, Valeria - DFyP 2013 (noviembre) La Ley Online AR/DOC/2245/2013".

"El fundamento de esta incapacidad de derecho, es la protección de un interés superior: el recto ejercicio de la profesión de abogado, de quien se espera que no olvide la misión encomendada, y aproveche la actividad jurisdiccional y su posición en el pleito para obtener ventajas sobre su cliente, reñidas con la ética y cuya trasgresión la ley recoge a modo de prohibición."

"Cuando se veda al abogado la posibilidad que pueda convertirse en dueño de las cosas de su cliente, se le impone una incapacidad de derecho para adquirir tales cosas, en resguardo del buen manejo de intereses ajenos cuya defensa se le ha encomendado."

"La jurisprudencia ante la compra de abogados en procesos judiciales en los cuales ha intervenido, ha sostenido que no basta que un bien se encuentre comprendido en un proceso judicial -cualquiera sea su naturaleza, para ser considerado litigioso. Por el contrario, éstos son aquéllos sobre los que existe requerimiento o disputa judicial en determinado tiempo, es decir "... bienes sobre los cuales existe un juicio, en el que se discute el derecho a ellos"."

Luego, y en cuanto al carácter de la nulidad –absoluta o relativa-: "... cabe determinar el carácter de la nulidad (absoluta o relativa) que se deriva del incumplimiento del artículo. 1361 inc. 6°. En este sentido la jurisprudencia se ha pronunciado en forma opuesta: Los que sostienen que se trata de una nulidad que debe ser simplemente relativa, argumentan que no existe un motivo de orden público vinculado con la seriedad de la administración de justicia, que obligue a invalidar el acto. Asimismo Borda sostiene que tratándose de abogados -no de funcionarios judiciales, la nulidad debe ser relativa (art. 1048, Cód. Civil).

Ello, en virtud que no existe un motivo de orden público, que obligue a invalidar el acto."

"En posición contraria, otros fallos han determinado que es nulo de nulidad absoluta, inconfirmable y, por tanto, declarable de oficio, el acto celebrado contraviniendo la prohibición legal de los arts. 1361 inc. 6° y 1442 del Cód. Civil en cuanto inhibe a los abogados de comprar o ser cesionarios de bienes litigiosos y de acciones de cualquier naturaleza deducidas en procesos en que ejerciesen o hubiesen ejercido sus oficios. El fundamento es que existe una incapacidad de derecho de orden público, no susceptible de confirmación ni menos de prescripción."

A continuación y luego de hacer referencia a las distintas nulidades puntualizan: "En los casos en que de que el abogado compra el inmueble tiempo después de terminado el sucesorio. Independientemente de que se trate o no de una nulidad absoluta o relativa, conforme la interpretación que pueda hacerse, debemos determinar previamente si el extenso lapso de tiempo transcurrido una vez finalizada su intervención y operada la compra, ha podido interferir entre los intereses del abogado con su cliente, significando un aprovechamiento del profesional tal como se ha expuesto anteriormente."

"A efectos de dilucidar la cuestión planteada, resultan esclarecedores los argumentos del fallo de la Cámara Civil de Río Cuarto que sostuvo que uno de los requisitos de la prohibición instaurada por los arts. 1361 inc. 6° y 1442 del Cód.



Civil, es que el litigio o proceso judicial que afecta al bien objeto de la compraventa o cesión debe ser actual, esto es, que debe existir en el momento que se concreta la operación, quedando descartado el supuesto de bienes, derechos o acciones simplemente dudosos o cuestionables pero que aun no están afectados por proceso judicial alguno, como así también aquellos que estuvieran afectados en el pasado a un proceso ya terminado en el momento en que se lleva a cabo la adquisición por el abogado que intervino en el proceso."

"Los fundamentos del fallo comentado en el punto anterior, al cual adherimos, impiden que esta prohibición se vuelva eterna, mas teniendo en cuenta la finalidad del artículo, que es el posible aprovechamiento que pueda incurrir el profesional en su relación con su cliente. Es razonable considerar entonces, que una vez finalizado el sucesorio, y habiendo transcurrido un plazo prudente (en el que incluso ha prescrito la acción por el cobro de honorarios), no puede presumirse una violación al artículo 1361 inc. 6°."

Retomando las constancias probatorias a la luz de lo expuesto, está acreditado que el expediente del proceso sucesorio del Señor Gumersindo Santa Eulalia estuvo en préstamo al Sr. Ferreyra desde el día 17 de noviembre de 1.998 hasta el 3 de febrero de 1.999 –fs. 52/53 del expediente mencionado- y luego desde el 12 de febrero de 1999 –fs. 60/67 vta- hasta el 7 de febrero de 2.001 –fs. 55 vta. y 67 vta.-

Durante éste último lapso de tiempo fue que el nombrado adquirió el inmueble en cuestión ya que la fecha del boleto es 31 de mayo del año 2.000, el pago del impuesto de sellos y la certificación de firmas por parte de la escribana es del es el 10 de noviembre de ese año.

En ese sentido es que surge que a la pregunta que se hace el apelante en sus agravios acerca de por qué el sucesorio no tuvo actividad durante dos años, la respuesta es que el expediente –según surge de las propias constancias del mismo- lo tenía él y la participación del Dr. Raimondo –tal como se analizará más bajo- ya había terminado.

También cabe destacar que durante ese período el apoderado del Ente Provincial de Agua y Saneamiento efectuó distintas presentaciones en orden a tener acceso al expediente haciendo referencia al carácter de demandado del causante en un proceso por cobro ordinario de pesos.

Relacionado con las presentaciones del EPAS cabe agregar que el recurrente en apoyo de su postura, manifiesta que el proceso sucesorio no seguía adelante por la existencia de deudas que recaían sobre los inmuebles, cuestión que entiende corroborada por la testimonial del Dr. Raimondo, y que le agravia que no haya sido tenida en cuenta.

Sin embargo y aún teniendo en cuenta lo relativo a los apremios, queda sin explicación el motivo por el cual durante todo ese tiempo era él quien tenía el expediente en su poder y además es en ese período que se verifica la adquisición del inmueble.

Al agravio relativo a la omisión de considerar el testimonio del Dr. Raimondo cabe agregar que cuando el recurrente invoca esa prueba expresando que el letrado del sucesorio era el testigo, queda sin explicación por qué fue Ferreyra quien patrocinó a los herederos para escriturar el inmueble de Olate si éstos tenían un letrado que les llevaba el trámite; por qué siguió teniendo el expediente, pudiendo agregar también que el testigo expresó que su actividad profesional tuvo lugar hasta la declaratoria de herederos. Aquí justamente cobra virtualidad lo manifestado por la sentenciante a fs. 512 vta.

En relación al agravio de que la voluntad de vender el inmueble está expresada en tres ocasiones: al suscribir el boleto; al certificar las firmas y denunciar la venta en el sucesorio, ello no tiene relevancia para resolver la cuestión que aquí se plantea, pues la nulidad del acto es peticionada en función de la incapacidad de derecho que afecta insalvablemente a uno de los contratantes y no por un vicio de la voluntad que haya afectado a los vendedores.

Por último, y respecto a la participación de Ferreyra en los sucesorios de la esposa e hija del Sr. Gumersindo Santa Eulalia, ello no aparece determinante pues lo cuestionado es su carácter de letrado al momento de adquirir el inmueble y en el proceso sucesorio de éste último.

A la luz de todo lo expuesto, entiendo que no es posible hacer lugar al argumento del recurrente en cuanto a la inaplicabilidad de la norma por encontrarse ausente el carácter litigioso del bien, o no haber sido abogado de los herederos, confirmándose así la sentencia en cuanto declara la nulidad del contrato.

En cuanto al recurso de la Sra. Barbe, cabe hacer extensivas las consideraciones que anteceden en cuanto manifiesta



adherir al recurso del Sr. Ferreyra.

Es preciso sí dar respuesta a su primer agravio que expresa que fue violado su derecho como tercer adquirente de buena fe y a título oneroso, lo que la lleva a afirmar que se omitió la aplicación del artículo 1051 del Código Civil.

Entiendo que la recurrente parte del error de considerarse tercera en la operación, cuando en realidad su carácter es de co-contratante.

El ámbito de aplicación del artículo 1051 fue descripto en los siguientes términos: "... para que funcione el art. 1051 en el campo de los derechos reales, deben coexistir varios requisitos: 1º) Un titular de dominio enajenante; 2º) Un adquirente del dominio o de un derecho desmembrado o que constituya limitación del mismo; 3º) Un subadquirente, es decir, un adquirente de este adquirente;

4º) El acto de adquisición entre el primero y el segundo, es decir, entre el enajenante y el adquirente, debe ser inválido;

5º) El tercero subadquirente debe ser de buena fe y a título oneroso. Esta última transmisión es la protegida por el art. 1051. ("Solución a algunos problemas que plantea el artículo 1051 del Código Civil" Highton, Elena I. LA LEY 1980-D, 290 Cita Online: AR/DOC/2533/2001).

Adviértase que para que funcione la inoponibilidad que reclama la recurrente, ella debió haber sido adquirente del adquirente y su rol en el vínculo contractual claramente es el de co-adquirente original.

Luego y siendo que la nulidad a su respecto fue resuelta a partir de la consideración de que se trata de una nulidad absoluta –cuestión ya resuelta y confirmada- y el carácter indivisible de la obligación de escriturar, aspecto éste sobre lo cual no mediara agravio, he de proponer rechazar también el recurso de la co-actora y co-reconvenida.

Por último y respecto al recurso de la reconviniente Leticia Hechenleitner, a quien agravia la obligación impuesta por la sentencia de que las partes se restituyan lo que recibieron en virtud del acto anulado entiendo también cabe rechazar ese agravio.

En ese sentido y sin perjuicio de la nulidad que afectó al acto jurídico, la existencia del boleto de compra venta y la entrega del inmueble de Plottier por parte de la Sra. Barbe a quienes fueran los herederos declarados entiendo que se encuentra acreditada.

En esa senda y no obstante el desconocimiento de la operación que efectúan los reconvinientes y la imposibilidad de que el acto sea probado por testigos, entiendo que existen una serie de indicios que analizados sistemáticamente a la luz de las reglas de la sana crítica, admiten la solución que propongo.

Al respecto en ocasión de adherir a un voto de la Dra. Osti de Esquivel, ex integrante de esta Sala, señalábamos: "... cabe recordar que para tener por acreditados los aportes a partir de presunciones, éstas deben resultar serias, precisas y concordantes."

"A fin de elaborar la presunción, reitero, los indicios, -entendiendo por tal al hecho conocido que conectado lógicamente otorga entidad al hecho desconocido- deben aportar la prueba plena del hecho indicador."

"Puesto que el argumento probatorio que de esta prueba obtiene el juez, parte de la base de inducir un hecho desconocido de otro o de otros conocidos, es obvio que la prueba de éstos debe aparecer completa y convincente en el proceso. Si no existe una plena seguridad sobre la existencia de los hechos indicadores o indiciarios, resulta ilógico inducir de estos la existencia o inexistencia del hecho desconocido que se investiga. De una base insegura no puede resultar una conclusión segura." ("Teoría General de la Prueba Judicial" Hernando Devis Echandía -Tomo II- pág. 628/9 - Zavalía Editor- 1974) ("Argenti, Susana Laura c/ sucesión de Zec, Omar Ruben s/ Reconocimiento de Socio en S.H" (Expte. n° 334.087-CA-6)

Sentado ello encuentro plenamente acreditada la participación de los herederos en la celebración del contrato con el Sr. Ferreyra y la Sra. Barbe a través de la certificación de las firmas del boleto que efectúa la escribana Valdez; en segundo lugar las condiciones de dominio del inmueble de Plottier el cual aún permanece a nombre de la Sra. Barbe permite concluir que la entrega del mismo en parte de pago del inmueble de la calle San Juan efectivamente se realizó; luego el boleto de compraventa obrante a fs. 115/117 del expediente "Santa Eulalia Gumersindo s/ sucesión ab-intestato (Expte. 100132/88)" celebrado por los herederos declarados Irma Baeza, Mirta Santa Eulalia y Eduardo Santa Eulalia con las Sras. Moretti y Godoy, a lo que cabe adunar el testimonio de la Sra. Godoy –fs. 121-.



De este modo, la afirmación de la recurrente de que los co-contratantes no cumplieron su parte del contrato debe desestimarse y confirmarse así la sentencia en cuanto ordenara la restitución de las prestaciones en forma recíproca.

Por todo lo expuesto precedentemente, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación deducidos por las partes contra la sentencia de fs. 509/516 y atento al modo que se resolvieran los recursos imponer las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado (art. 68 del C.P.C. y C.).

La Dra. Cecilia PAMPHILE 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. 509/516 en todo cuanto fuera objeto de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia por su orden, atento a la forma en que se resuelve (art. 68 del CPCyC).

III.- Fijar los honorarios de los letrados intervinientes en el 30% de los emolumentos que se fijen para la primera instancia (art. 15, Ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. CECILIA PAMPHILE

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –
Sala II – (Expte.: 427488/2010) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

DESALOJO. INMUEBLE EXPROPIADO. RECHAZO DE LA ACCION.

[...] no puede existir un eventual desalojo respecto de un inmueble que ha sido expropiado por razones de utilidad pública, encargándose al Ministerio de Desarrollo Territorial su regularización en base a pautas precisas.

Texto completo:

NEUQUEN, 01 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ ARETOLA MABEL BLANCA S/ DESALOJO INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL", (Expte. N° 427488/2010), 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.- La parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 251/255, que rechaza la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente señala que el juez de grado ponderó, del contrato de locación con opción a compra celebrado entre las partes, la opción de compra por sobre la locación, siendo ésta última la razón de la interposición de la



demanda.

Dice que resulta evidente que no puede hablarse de opción, sino se dio cumplimiento a la obligación, previa al ejercicio de esa opción, de abonar el alquiler pactado en la locación. Agrega que en autos es claro que los arrendamientos no se pagaron, y tampoco se consignaron.

Por ello, a criterio del quejoso, la sentencia de grado deviene arbitraria y lesiva de lo prescripto por el art. 1.493 y concordantes del Código Civil. Cita jurisprudencia.

Hace reserva de la vía casatoria.

B) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 267/270 vta.

Solicita la deserción del recurso, por entender que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios formulados.

Sostiene que no existe acuerdo de partes que valide la prelación indicada por el recurrente, ya que las partes al contratar nada pactaron sobre la materia, no existiendo tampoco norma alguna que diga que no puede ejercerse la opción de compra estando vigente el contrato locativo, o incumplido el pago del canon locativo.

Dice que el a quo ha dicho que la actora no ofrece probar, ni ha probado, hecho alguno que permita dilucidar en que ha consistido ese uso inadecuado que alega en contra de la demandada, imprescindible para acoger una demanda de desalojo.

Sigue diciendo que a la fecha en que la demandada ejerció el derecho de opción a compra – 17 de noviembre de 2008- no existe prueba alguna que indique incumplimientos a las cargas de la accionada.

Manifiesta que la mera tenencia que pudiere dar lugar a una acción de desalojo se ve modificada por haber mediado intervención del título ya que, automáticamente, el locador pasó a ejercer la posesión.

Afirma que, yendo más allá del recurso, ha sido probado en autos que el inmueble objeto de controversia fue expropiado a su titular registral, y que ha mediado diligencia y trámites por parte de la demandada para obtener la adjudicación definitiva del inmueble a su favor, tal como efectivamente sucedió.

Agrega, a todo evento, que resulta de aplicación el régimen de la Ley 263, en tanto que el actor ha violado la norma de su art. 16, por lo que mal podría aceptarse la acción que ha promovido.

II.- La sentencia de autos rechaza la demanda por entender que la complejidad de la relación contractual habida entre las partes, sumada a la expropiación de los inmuebles cuyo desalojo se pretende, excede el marco de conocimiento del juicio de desalojo, por importar una discusión sobre el derecho a poseer la cosa.

En realidad, y en base al contrato y al intercambio epistolar habido entre las partes, la acción de desalojo resultaba la vía adecuada para obtener la restitución de los inmuebles.

La demandada reconoció adeudar cánones locativos en su respuesta epistolar a la comunicación de la resolución del contrato, no encontrándose acreditado en autos los extremos alegados para justificar la falta de pago. Y este incumplimiento es anterior al ejercicio de la opción de compra, la que, además, se comunicó cuando el contrato ya se encontraba resuelto.

La jurisprudencia tiene dicho que el locador que convino un contrato de locación con opción a compra tiene derecho a reclamar la restitución del inmueble a través de la acción de desalojo, si el locatario reconoció la falta de pago de los períodos locativos acordados invocando motivos que no encontraron acreditación alguna en la causa (cfr. Cám. Apel. Civil, Comercial y Contn. Adm. 2º Nominación Río Cuarto, "Balza c/ Avila", 22/12/2009, LL on line AR/JUR/49243/2009).

Desde este punto de vista el recurso de apelación de la parte actora reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, pues justamente critica que se haya dado prioridad al ejercicio de la opción de compra, cuando ésta fue posterior al incumplimiento del contrato.

Pero lo que determina el rechazo del recurso de apelación es la expropiación resuelta por la Legislatura de la Provincia del Neuquén mediante Ley 2.657, la que, además, establece la modalidad de adjudicación de las tierras expropiadas (fs. 152/vta.).

El acto legislativo referido torna improcedente la presente acción pues, más allá del incumplimiento de la demandada



(cuestión que puede ser ventilada por otra vía procesal), lo cierto es que no puede existir un eventual desalojo respecto de un inmueble que ha sido expropiado por razones de utilidad pública, encargándose al Ministerio de Desarrollo Territorial su regularización en base a pautas precisas.

Por lo dicho es que propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en las sumas de \$ 1.850,00 para el Dr.; \$ 2.640,00 para el Dr.; y \$ 1.060,00 para el Dr., de conformidad con lo establecido en los arts. 10 y 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 de fs. 251/255, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en las sumas de PESOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$1.850,00) para el Dr.; de PESOS DOS MIL SEISCIENTOS CUARENTA (\$ 2.640,00) para el Dr.; y de PESOS UN MIL SESENTA (\$1.060,00) para el Dr., de conformidad con lo establecido en los arts. 10 y 15 de la 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](#)

"LEOMAN SRL C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/PRESCRIPCION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 451381/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

EJECUCION HIPOTECARIA. SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA. SOCIOS. LIMITES. BIEN HIPOTECADO. CESION DE DEUDA. REAJUSTE DE PRESTACION. ACUERDO PREVENTIVO EXTRAJUDICIAL. PRESCRIPCIÓN. PLAZO. COMPUTO. INTERESES. PRESCRIPCION.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de grado inferior en cuanto rechaza la demanda de prescripción liberatoria interpuesta por la actora, como así también, en cuanto manda a llevar adelante la ejecución hipotecaria, la que prospera por la suma de U\$S 2.009.334,88 que deberán adecuarse a las pautas de liquidación señaladas en los considerandos, limitando la responsabilidad de los sucesores de los terceros hipotecantes originales, al valor que resulte del inmueble.

2.- Lo que asentó la escribana posteriormente no puede tener por efecto quitar la virtualidad que tuvo la expresión de su voluntad en el reconocimiento de deuda que



efectuaron claramente por sí y en representación de la sociedad, pues la suscripción del convenio con sus firmas es lo que avala aquella manifestación de voluntad expresa, escrita y detallada y que acepta la deuda “en las condiciones que nos fuera otorgada originariamente” o sea un crédito a favor de la sociedad, garantizado con la hipoteca que constituyeron los socios representantes sobre un bien de su propiedad.

3.- La pretensión de los excepcionantes implicaría la necesidad de que las mismas personas hubieran firmado dos veces, lo cual aparecía absolutamente innecesario dada la claridad de la manifestación de voluntad expresada por escrito, las firmas sólo vinieron a ratificar en su alcance y contenido, que no es otro que reconocer esa deuda y la garantía hipotecaria que la acompaña. Así, pretender que porque la certificación de firmas sólo hace referencia al carácter de representantes de la sociedad de los firmantes y que ellos solo concurrieron en tal carácter es un argumento que si bien puede aparecer con cierto peso retórico, pero que de la correcta lectura y análisis de todos los antecedentes no resulta verosímil ni razonable. Igual conclusión cabe afirmar en cuanto a la pretensión de que los titulares registrales del inmueble hipotecado hayan permanecido ajenos al acuerdo arribado en el marco del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, cuando efectivamente manifestaron su consentimiento a reconocer la deuda en los términos según lo antes transcrito.

4.- No tiene andamio la pretendida de extinción de la hipoteca por los efectos novatorios que establece el artículo 55 de la LCyQ, aplicable al tratarse de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial, y la pretendida ausencia personal de los terceros hipotecantes, lo que habría tenido por efecto desobligarlos de la garantía originalmente otorgada, pues ese argumento parte de una premisa equivocada, toda vez que acabadamente ha quedado demostrado el consentimiento de los hipotecantes originales al suscribirse el reconocimiento de deuda a partir de su participación, presencia y firma en el compromiso aludido.

5.- La ejecución fue promovida de conformidad a las pautas que se habían debatido en el proceso de reajuste de prestación entre la empresa actora y el Banco Provincia de Neuquén, cuestión que llevó a la ejecutante a promover la ejecución bajo aquellas pautas, por lo que mal podría declararse la nulidad de la ejecución por haberlo efectuado de tal modo.

6.- Los hipotecantes no se obligaron personalmente en el mutuo que garantizaron, de modo tal que resultan terceros que no asumieron personalmente el crédito. No comparto la conclusión a la que arriba la a quo, asistiéndole razón de este modo a los recurrentes en cuanto expresan que la falta de cuestionamiento a la providencia que despacha la ejecución no implica un consentimiento con el trámite ya que la interposición de las defensas es lo que trasunta esa disconformidad con ser citados en



el mismo plano que la actora, quien se encuentra obligado con todo su patrimonio y no sólo circunscripto al valor del inmueble que garantizara el mutuo. De este modo, es claro que la intimación de pago debía efectuarse a quien reviste carácter de deudor y los hipotecantes originales, a quienes los co-demandados sucedieron a distintos títulos, no revisten tal carácter sino solo garantes con el bien y hasta el monto de lo que aquel resulte. Existen razones jurídicamente atendibles de ambas partes para el desarrollo de las distintas posturas procesales adoptadas en el presente, he de proponer al Acuerdo que se haga lugar a la excepción de inhabilidad de título en cuanto los recurrentes no son deudores y sólo se deberá ir contra ellos una vez firme la sentencia en orden a la ejecución del bien, imponiéndose las costas en el orden causado (artículo 68, Código Procesal).

7.- Tratándose de la ejecución hipotecaria es preciso tener presente que el derecho real de hipoteca se encuentra ligado en forma inescindible con el crédito al que accede, de modo tal que no encontrándose prescripta la obligación principal no es posible la prescripción de la garantía y en consecuencia su extinción.

Del análisis de ambos procesos y la prueba producida principalmente las constancias del Acuerdo Preventivo extrajudicial y el de reajuste de prestación, no es posible sostener que hubo de parte del Banco Provincia un desinterés en la procura del crédito por un lapso de tiempo que permita declararla extinguida por prescripción.

8.- Cabe destacar que no transcurrieron los diez años previstos por el anterior artículo 4.023 del Código Civil para tener por operada la prescripción de la acción por deuda exigible.

9.- Tampoco han transcurrido los cuatro años para declarar prescriptos los intereses, pues la liquidación de intereses obrante en la planilla, la cual indica un capital de U\$S 2.009.334,88 liquida los intereses desde el 30-06-2000 al 3-02-2002, sin que hayan transcurrido los 4 años ni desde el préstamo original a la fecha de homologación del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, ni desde éste a la fecha de promoción del proceso por cesión de la deuda y reajusta de prestación cuyos efectos interruptivos ya han sido señalados.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LEOMAN SRL C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. S/PRESCRIPCION", (Expte. N° 451381/2011), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 351/364, decisión que por distintos motivos es apelada por todas las partes.

A fs. 383/391 expresan agravios los señores Nelson Gabriel Pullella y Hernán Ariel Pullella, solicitando se revoque la



sentencia, y en, se haga lugar a la extinción de la hipoteca y subsidiariamente se declare la nulidad de la ejecución. Asimismo, solicitan que en caso de rechazar los agravios se haga lugar a la acción por prescripción de intereses y ordene la pesificación de conformidad a la ley 25713 y complementarias.

Se agravan afirmando que la sentencia no sólo rechaza defensas propuestas por su parte sino que omite tratar otras. En esa senda, señalan que se ha negado la aplicación del artículo 3.166 del Código Civil el cual prevé que el tercer poseedor sea admitido a excepcionar la ejecución del inmueble, bajo el argumento de que su parte es propietaria por donación y titular del bien hipotecado.

Argumentan que el artículo se refiere al propietario tercer poseedor que no se obligó personalmente, y que no se encuentra en juego ser continuador de la propiedad sino que ante la delegación de la deuda y en caso de rehusarse a pagar o abandonar el inmueble, puede plantear la no existencia o extinción del derecho real.

Destacan que llegaron a ser propietarios por un acto gratuito de donación, razón por la cual y como terceros poseedores, actúan ante el derecho real de hipoteca ejecutado en tal carácter y no responden personalmente por el crédito del mutuo.

Afirman que el acreedor hipotecante debe intimar al deudor principal al pago del capital e intereses, pero carece de acción ejecutiva directa contra el tercer poseedor, afectándolo únicamente la etapa ejecutoria dado el carácter accesorio de su obligación de garantía.

Insiste, con cita de doctrina, que por ser propietario se acepta que pese a ser el tercer poseedor, no sólo tenga a su alcance oponer las defensas del artículo 3166 sino también las previstas por los códigos procesales locales.

Solicita se revoque la sentencia en cuanto niega a su parte la legitimación para oponer defensas relativas a la extinción de la hipoteca, la nulidad de la ejecución la prescripción y pesificación de la deuda.

Se agrava asimismo porque la sentencia afirma que los Sres. Castro y Pullella reconocieron personalmente deudas con garantía real sin embargo, y según sostienen, lo que ambos hicieron, y así surge de la certificación de firmas efectuada por la escribana Valdez, la celebración del acto fue en su carácter de socios gerentes de LEOMAN SRL.

Concluyen que el fundamento para negar la extinción de la hipoteca es errado, pues no puede sostenerse válidamente que los nombrados hayan reconocido las deudas con garantía real de LEOMAN SRL, pues de conformidad al instrumento público el reconocimiento fue realizado en nombre de la persona jurídica.

Subrayan que el consentimiento de ambos para el acuerdo preventivo extrajudicial se efectuó en su carácter de socios gerentes y no como terceros hipotecantes, por lo que la falta de actuación personal hace que la hipoteca esté extinguida.

A continuación, y con cita del art. 55 de la ley 24.522, sostienen que allí se dispone que el acuerdo homologado importa la novación de la deuda para las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, y que no extingue las obligaciones de fiadores ni de codeudores solidarios.

Bajo esa pauta normativa expresa que al no mencionarse a terceros garantes no obligados personalmente por el mutuo hipotecario, quienes no son fiadores ni codeudores, sólo cabe concluir que la novación no los alcanza.

Abunda explicando que la obligación es del concursado: LEOMAN S.R.L y que los terceros sólo brindaron una garantía real sin obligarse como fiadores o codeudores solidarios (art. 55, última parte)

Distingue las figuras del fiador o codeudor solidario de las del garante no codeudor solidario ni fiador, enfatizando que por ello no corresponde el artículo 55 de la ley de Concursos y Quiebras (en adelante LCyQ), sino el 804 del Código Civil que dispone que el acreedor no puede reservarse el derecho de hipoteca de la obligación extinguida si los bienes sobre los que recae pertenecen a terceros que no tuvieron parte en la novación.

Alude –con diversas citas- a que la jurisprudencia dominante expresa que no puede privarse al tercero hipotecante de las excepciones que pudo haber opuesto el deudor obligado.

Plantea como cuestión constitucional que no es lícito crear o ampliar obligaciones de dinero por medio de interpretaciones judiciales o autorales, afirmando que obligar a un tercero cuando el artículo 55 de la ley de concursos y quiebras no lo hace, es una decisión que pretende que éste haga algo que la ley no manda (art. 19 de la Constitución Nacional).



En relación al rechazo de la nulidad de la ejecución afirma que no se trata de reditar cuestiones ya resueltas en otro juicio sino que el artículo 3166 del Cód. Civil habilita al tercero a oponer las defensas de su derecho, y así: "Los demandados no expresaron que el monto de la ejecución debió ser por \$1.200.000.

Y lo peor es, que fue por la suma de \$ 9.212.06,32. Por esa razón existe nulidad de ejecución."

Expresa que cabe convertir los dólares estadounidenses a moneda de curso legal, y que la modalidad de conversión está fijada por la ley 25713.

Manifiesta que el Tribunal Superior de Justicia estableció en autos "Banco de La Pampa S.E.M C/ Sánchez, Daniel Alberto s/ Cobro Ejecutivo" que la ley 25713 y las normas relativas a la pesificación, son de aplicación a las obligaciones en moneda extranjera con el sistema financiero.

Agrega que aunque el fallo nada haya expresado al respecto, las normas son de orden público, indisponibles para las partes y obligatorias para el sentenciante y que por aplicación de la mencionada normativa la ejecución debió realizarse por \$ 1.200.000 y luego practicarse la liquidación según CER desde el 3/2/2002 y limitar los intereses por tratarse de deudas con garantía hipotecaria.

Afirma que al aplicarse la Comunicación A3507 del BCRA, el Banco fue subsidiado o tuvo la opción de serlo por medio de la ley 25.796, la que en su artículo 2 dispuso la emisión de bonos a fin de compensar a las entidades financieras por los efectos producidos por la aplicación del CER.

Reconoce que su parte ignora si el Banco lo hizo efectivamente o no, sin embargo sostiene que de haberlo compensado sería de mala fe haberlo hecho y negar en este proceso la aplicación de las normas aludidas.

Se agravia también por el rechazo a la prescripción de intereses bajo el argumento de que por resultar garantía accesorio del principal y haber sido rechazada la defensa interpuesta por LEOMAN SRL, la de su parte no puede prosperar.

Reitera que por aplicación del 3.166 del Código Civil, su parte puede oponer las defensas que hacen a su derecho y una de ellas precisamente es la prescripción.

Expresa: "... los intereses se prescriben hasta cuatro años desde la interposición de la demanda, por lo tanto, no guarda relación el argumento que se rechazó la prescripción interpuesta por LEOMAN SRL ya que se dedujo, también, por intereses."

Expone que la Jueza omitió tratar la defensa y no advirtió que esa pérdida parcial de la acción ejecutiva no está alcanzada por la accesoriedad del crédito, pues se refiere únicamente a la renta del capital, por todo lo que solicita se declaren prescriptos los intereses hasta cuatro años desde la interposición de la demanda.

En cuanto a las costas, atento al carácter polémico que revisten las cuestiones relativas al tercero no deudor, solicita que se impongan en el orden causado y petiona que se revoquen los honorarios, pues la Jueza toma como base regulatoria un monto con intereses y actualización.

Expresa mantener reserva del caso federal y finaliza solicitando que se revoque el fallo atacado.

A fs. 395/492 vta. LEOMAN SRL, en primer lugar, se agravia que se haya desestimado la voluntad novatoria del Banco, quien sostuvo que el mutuo hipotecario fue novado en el concurso, lo que en definitiva implica una incongruencia que beneficia al accionado.

Expresa que por un supuesto reconocimiento de deuda tácito realizado por LEOMAN SRL, en el concurso APE, en la instancia de grado se tuvo por interrumpida la prescripción sin embargo la sentencia no expresa cuál es la obligación que se reconoció y cuál es la deuda que subsiste sin prescribir.

Transcribe la parte pertinente del escrito del Banco que expresa que el acuerdo preventivo extrajudicial permitió que el crédito privilegiado de la entidad haya sido novado por aplicación del artículo 55 de la LCyQ. Allí, el banco señalaba que el acuerdo homologado importa la novación de las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, incluso las de carácter privilegiado, puntualizando que la homologación del acuerdo con fecha 20/9/2001 es el punto de nacimiento de una nueva obligación y por consiguiente, del plazo de prescripción.

Sostiene que esa expresión del banco es la manifestación de voluntad que se exige para que haya novación, agregando que el banco no puede reservarse el derecho hipotecario en tanto los terceros no fueron parte del APE.



Cita doctrina relativa a la congruencia y manifiesta no comprender cómo, si el Juez conoció y aceptó la decisión novatoria por parte del Banco Provincia al señalar que a la fecha de homologación nació una nueva obligación y plazo de prescripción, luego da curso a la ejecución hipotecaria ya que naturalmente la obligación nueva no es la misma que la anterior.

Alude a la excepción de inhabilidad de título opuesta por los terceros hipotecantes cuando fueron demandados, quienes para hacerlo toman la novación deducida por el Banco Provincia, agregando que en la instancia de grado no solo se los condenó en costas, sino que también se aceptó la ejecución hipotecaria contra los terceros que no son deudores.

Solicita que se tenga al mutuo hipotecario por novado y sustituido por una obligación distinta, cuestión que puso de manifiesto el banco, aceptó su parte y los terceros hipotecantes, agregando que la obligación que la reemplaza es una obligación quirografaria o en su caso la que se desprende del acuerdo para la formación del fideicomiso y refinanciación con nuevas garantías que firmaron los directivos del banco, debiendo revocarse la sentencia en ese sentido.

También se agravia de que la sentencia haya tomado como acto interruptivo de la prescripción la iniciación de la acción de reajuste de prestación el 25/11/2005, donde se requería la cesión de la deuda de LEOMAN SRL al IADEP, de conformidad a la ley 2351 (Privatización del Banco Provincia de Neuquén), pues la petición y desarrollo del expediente justamente rechazaba el carácter de acreedor de la entidad, quien no había cumplido la obligación de ceder gratuitamente al IADEP la cartera de morosos dentro de los que se encontraba LEOMAN SRL.

Insiste que ese cuestionamiento no puede interpretarse como un reconocimiento de deuda.

Se agravia que la sentencia desarrolle el aspecto interruptivo que le acuerda al concurso extrajudicial y no haga lo mismo con la cuestión del juicio de reajuste.

Afirma que la accionada se incorporó a esta litis como acreedora de una obligación novada y con el privilegio renunciado tácitamente o extinguido por el acuerdo del directorio homologado en el APE.

En tercer lugar se agravia que no haya habido pronunciamiento en relación a la prescripción de intereses, solicitada de conformidad a lo dispuesto por el artículo 847 inc. 2 del Código de Comercio.

Bajo esa norma, sostiene, cabe tener por prescriptos los intereses a partir de los cuatro años de otorgado el préstamo hipotecario, de modo que desde enero de 2003 no corresponde que a la eventual deuda se le sumen intereses.

Destaca el carácter comercial de la relación entre LEOMAN SRL y el Banco Provincia de Neuquén y sostiene que la sentencia trata el tema tangencialmente porque el carácter accesorio al principal no tiene incidencia en este caso pues la ley es específica para el caso de los intereses.

Se agravia por la imposición de costas, con una doble incidencia en el juicio de prescripción y en la ejecución hipotecaria sin que además se haya apreciado la posibilidad que la parte haya actuado con justificada creencia de litigar con razón, hace reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia, con costas.

A fs. 404/423 expresan agravios María Cristina Jáuregui, María Carolina Castro, María Milagros Castro y Ricardo Püllella, quienes se agravian que la sentencia pese a reconocer que los apelantes no podían ser demandadas pues su participación corresponde a otra etapa procesal, igualmente rechaza las excepciones de falta de legitimación pasiva y falta de notificación previa al inicio de la ejecución.

Cita jurisprudencia relativa al carácter extraño del propietario hipotecante no deudor respecto a la obligación principal, que destaca con claridad que la ejecución debe dirigirse en primer lugar contra el deudor y una vez intimado de pago y dictada la sentencia debe seguirse contra el tercero constituyente de la hipoteca no deudor, ya que no hay acción autónoma contra él.

Hace hincapié en la cuestión de las costas que acarrea su intervención en esta etapa del juicio y destaca que la interposición de excepciones fu el modo jurídicamente previsto para cuestionar el trámite de las presentes, no pudiendo afirmarse que su parte convalidó el trámite que le imprimió la Jueza al proceso.

Se agravia de la asimilación que efectúa la jueza del tercero hipotecante a la fianza y solicita se revoque la sentencia en el aspecto que se agravia.



También se agravia por el tratamiento que efectúa la sentenciante de grado de la excepción de prescripción pues sostiene que al tratar la falta de legitimación "activa" –fs. 406 se refiere a pasiva- asimila su situación a la de una fianza y le otorga participación como co-demandada y luego para resolver la prescripción de la acción las aparta de la relación jurídico procesal pues resuelve la que plantea su parte con lo dicho en la demanda de prescripción opuesta por el único deudor.

Así sostienen que la acción en caso de proceder contra su parte está prescripta sin que los actos de LEOMAN SRL a los que la a quo le da carácter interruptivo puedan tener efectos contra su parte.

Sostiene que el banco al contestar acordó efectos interruptivos a la suscripción del Acuerdo Preventivo Extraconcursal y la jueza se excedió al extenderlos al reajuste de prestación.

Solicita se revea el rechazo de la prescripción de intereses destacando que en el ámbito comercial hay acuerdo en doctrina que el plazo de prescripción es de cuatro años, y por último solicitan la modificación de la imposición de costas destacando las razones suficientes para litigar, y excepcionar del modo que lo hicieron, la falta de un precepto específico que pueda llevar a calificar de infundado el planteo y que en su caso se impongan las costas por su orden.

Formulan reserva de caso federal.

A fs. 427/430 el Banco Provincia de Neuquén contesta los agravios de los Sres. Nelson Gabriel y Hernán Ariel Pullella.

En primer término entiende que el escrito no cumple con la carga de motivación que le cabe a quien debe señalar y demostrar las causas por las que se califica injusta o contraria a derecho una decisión judicial, razón por la cual solicita se declare la deserción del recurso.

Subsidiariamente replica los argumentos de los demandados señalando que el planteo de los accionados busca dilatar el cumplimiento de las obligaciones contraídas con su parte.

Expresa que los demandados no son terceros ni jurídica ni empíricamente, sino que son promotores de una maniobra tendiente a excluir de la ejecución el bien originalmente dado en garantía para enfrentar parte de la deuda.

Así, manifiesta que en realidad en el caso de los nombrados no se trata de terceros poseedores sino que es el caso del art. 3.162 que califica como tercer poseedor a la parte a la cual el deudor hipotecario enajena el inmueble hipotecado.

Expresa que la hipoteca no fue otorgada por la deudora LEOMAN SRL, sino por sus socios gerentes en forma personal, de modo que la calidad de deudor se desdobló y el 50 % indiviso que obtuvieron los co-demandados no era de Leoman SRL sino de uno de los terceros hipotecantes Sr. Ricardo Alberto Pullella.

Expresa que la sentenciante, siguiendo a Highton de Nolasco, ubica a los anteriores hipotecantes "como una especie de "fiadores reales".

Seguidamente, afirma que en razón de esa conceptualización es que la Jueza excluye los efectos novatorios del acuerdo preventivo extrajudicial homologado el 20/09/2001 a la garantía hipotecaria otorgada por los hipotecantes originales.

Expresan: "más allá entonces que los Sres. Ricardo Alberto Pullella y Horacio Néstor Castro hayan o no reconocido personalmente la deuda hipotecaria en el documento de fecha 20/04/2001, lo cierto es que por efecto del art. 55 in fine de la LCQ, la hipoteca en crisis jamás se extinguió, tomando pues inhábil el planteo de la contraria."

Avanza suponiendo que, aún de considerar a los recurrentes terceros poseedores, el planteo correría igual suerte, pues Pullella y Castro eran socios gerentes de LEOMAN SRL al constituir el mutuo hipotecario y exclusivos propietarios del inmueble, pero esa dualidad subjetiva no lo era en el plano de la realidad económica.

Expresa que la intención de desdoblar la garantía hipotecaria de la deuda, es una manifestación más de la maniobra cuasi-defraudatoria que persigue el planteo de los recurrentes.

Agrega que esa afirmación se maximiza al tener en cuenta que del texto del APE surge en forma expresa que el banco se reservaba el derecho de dar continuidad a la garantías ya constituidas, sin perjuicio de su posterior ampliación y/o modificación.

Finaliza afirmando que de hacer lugar al planteo se estaría convalidando una maniobra dolosa donde la dualidad subjetiva del par "persona jurídica-persona física" es utilizada no para limitar la responsabilidad patrimonial, sino para



defraudar a un acreedor de buena fe y cita el artículo 1071, 2º párrafo del C.C. En cuanto a la nulidad de la ejecución señala remitirse a lo expuesto al contestar excepciones, reiterando que una defensa de ese tipo sólo puede tener tratamiento si se deposita la suma intimada de pago, y que en el caso las defensas de inhabilidad de título y prescripción no exhibieron la más mínima seriedad.

En relación a la prescripción de los intereses sostiene que el argumento de la sentencia debe confirmarse en cuanto al estar plenamente vigente la obligación principal, igual suerte deben correr los intereses.

Alude al artículo 3.152 del Código Civil la hipoteca garantiza el capital y los intereses, desde su constitución, de modo que la prescripción del capital y los intereses no puede desdoblarse.

Respecto a la imposición de costas, rechaza que pueda eximirse a los recurrentes y solicita se confirme la base regulatoria tenida en cuenta para calcular los honorarios, deja planteado el caso federal para el caso de que los planteos resulten acogidos.

A continuación contesta los agravios de LEOMAN SRL, principiando como en el anterior, con el pedido de que se declare desierto el recurso.

Expresa que el agravio relativo a que en la instancia de grado no se otorgó efectos novatorios al APE es erróneo, pues la sentencia en crisis en ningún momento señala que el acuerdo no haya tenido ese efecto, sino que justamente lo que se decide es que por aplicación del art. 55 de la LCyQ el APE no supuso la extinción de la garantía hipotecaria otorgada a título personal por los socios gerentes de la sociedad.

Ese razonamiento fue el que llevó a la jueza a decidir que si bien la obligación original fue novada, lo que llevó a un reconocimiento de deuda interruptivo de la prescripción, ello no tuvo ningún impacto en la hipoteca.

Expresa que el recurrente no se hace cargo de la interpretación que efectúa la sentenciante del artículo 55 de la LCyQ y que, en definitiva, al sostener Leoman SRL la novación de la obligación principal generada por el APE no hace más que reconocer la existencia de la deuda y la vigencia de la acción que cuestiona en su demanda.

En cuanto a otorgar a la acción "LEOMAN SRL C/ I.A.D.E.P Y OTRO S/ REAJUSTE DE PRESTACION" el efecto de un reconocimiento tácito de deuda recuerda que el objeto de aquella pretensión fue que la obligación se cediera gratuitamente al IADEP en los términos de la ley 2.351.

Manifiesta que es de Perogrullo que si lo que se pretende es la cesión de una deuda y su pesificación, va de suyo que ello sólo puede tener como antecedente la existencia de la deuda.

Sostiene que es correcto el rechazo de la prescripción de los intereses, los que deben seguir la misma suerte que el capital por los mismos argumentos que los expuestos en el anterior escrito.

Solicita que no se revea la cuestión de las costas debiendo cumplirse de manera cabal el criterio del artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial y dice hacer reserva del caso federal.

A fs. 436/444 obra la contestación a los agravios de María Cristina Jáuregui, María Carolina Castro, María Milagros Castro y Ricardo Alberto Pullella, los que serán reseñados conjuntamente atento a ser del mismo tenor.

Al igual que en los anteriores solicita se declare la deserción del recurso y subsidiariamente expresa que no surge cual es el agravio que les causa haber sido citadas al juicio en el caso de la ejecución hipotecaria, ya que fue precisamente esa citación la que les permitió esgrimir defensas que pese a no tener cabida como excepciones admisibles según el art. 597 del Código Procesal Civil y Comercial, igualmente fueron examinadas por la jueza de grado.

Ello no encuentra óbice en que hayan sido condenadas en costas, pues es preciso diferenciar la posibilidad de otorgar un amplio derecho de defensa con la carga de cargar con las costas por el fracaso de sus planteos.

Expresa que su parte no obligó a las demandadas a efectuar planteos inconducentes, simplemente se les notificó la iniciación del juicio.

En cuanto a la prescripción de la acción real, expresa que las recurrentes no se hacen cargo del argumento de la a quo que sostiene que al ser la acción real accesoria de una obligación personal a cargo de LEOMAN SRL y no estar prescripta la personal debido a los distintos actos interruptivos, la acción real también mantiene vigencia.

Insiste aquí también con el carácter accesorio de los intereses, de manera tal que, al no estar prescripta la deuda



principal no pueden estarlo los intereses, solicita se mantenga la imposición de costas y dice hacer reserva del caso federal.

II.- En primer término, y siendo que la cuestión fue expuesta por parte del Banco Provincia de Neuquén al contestar los agravios de todos los recurrentes, cabe destacar que no comparto esa valoración en relación a las deficiencias que apunta y que a su juicio deberían acarrear la declaración de deserción de los recursos.

Así, aparecen en todas las expresiones de agravios, y con claridad, tanto los aspectos de la sentencia que agravan a cada uno de los recurrentes como así también el modo que entienden debieron resolverse las defensas, las que se retoman en esta instancia haciéndose hincapié en los argumentos que debieron ser acogidos o cuyo tratamiento fue omitido.

Desde ese vértice el pedido de que los recursos se declaren desiertos no habrá de prosperar.

Agravios de Nelson Gabriel y Hernán Ariel Pullella fs. 383/391.

En cuanto al primer agravio, que señalan que no fueron tratadas sus defensas de extinción de hipoteca, nulidad de ejecución prescripción y pesificación de la moneda extranjera, de la lectura de la sentencia surge que no se trató de impedir la interposición de las defensas enumeradas sino de el rechazo de las mismas por entender la Jueza que no procedían en función de los argumentos que sustentaban cada una, y no por una cuestión formal.

Tal es así que, a continuación, los apelantes argumentan en relación a cada una de ellas por qué a su juicio el tratamiento fue erróneo y el modo en que entienden debían haber prosperado.

En ese sentido, el agravio que les pudo haber causado es un cercenamiento del derecho de defensa, sin embargo y a la luz de lo resuelto entiendo que ello no fue así, pues aunque se advierte que las defensas tuvieron una suerte adversa a la pretensión de los mismos y no encuentro que hayan sido declaradas inadmisibles o no hayan sido tratadas.

Sentado ello, se agravan pues sostienen que la sentencia tuvo por cierto que los Sres. Pullella y Castro celebraron el acto jurídico de reconocimiento de deuda tanto como socios de LEOMAN SRL, como en forma personal, argumentando que la certificación de firmas indica que sólo participaron como socios gerentes de LEOMAN SRL.

Al respecto, de las constancias del acuerdo preventivo extrajudicial que tengo a la vista surge que el reconocimiento de deuda se hizo en los siguientes términos: "En la ciudad de Neuquén, a los 20 días del mes de Abril de 2001, se presenta voluntariamente los Sres. HORACIO NESTOR CASTRO, L.E. nro. 4.537.100 y RICARDO ALBERTO PULLELLA, L.E nro. 7.611.177, ambos por sí y en representación de la firma LEOMAN S.R.L, con domicilio legal en Sargento Cabral 696 de la ciudad de Neuquén, provincia de Neuquén, a efectos de formular expreso reconocimiento de deuda con el BANCO PROVINCIA DE NEUQUEN, a tenor de las siguientes cláusulas y condiciones: "PRIMERA: La deuda que se reconoce en el presente instrumento tiene su origen en: deuda con garantía hipotecaria por operaciones: haciendo un total al día de la fecha de U\$S 2.277.595,35 (dólares estadounidenses dos millones doscientos setenta y siete mil quinientos noventa y cinco con treinta y cinco cvos.). SEGUNDO: El presente reconocimiento de deuda lo formalizamos ante Escribano actuante que certifica las firmas a los efectos de otorgarle las calidades, naturaleza y efectos establecidos por el art. 523 Inc. 2do. Del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Neuquén. TERCERO: Aceptamos que la falta de cumplimiento a cualquiera de los pagos comprometidos al vencimientos de los plazos que se instrumenten, producirá la caducidad automática de las facilidades y los plazos acordados, pudiendo el Banco de la Provincia de Neuquén, reclamar su crédito en las condiciones que nos fuera otorgado originariamente, dando lugar al inicio o reactivación de las acciones judiciales correspondientes, haciéndose exigible la totalidad de la deuda sin quitas en las condiciones establecidas y sin necesidad de interpelación alguna."

De este modo, lo que asentó la escribana posteriormente no puede tener por efecto quitar la virtualidad que tuvo la expresión de su voluntad en el reconocimiento de deuda que efectuaron claramente por sí y en representación de la sociedad, pues la suscripción del convenio con sus firmas es lo que avala aquella manifestación de voluntad expresa, escrita y detallada y que acepta la deuda "en las condiciones que nos fuera otorgada originariamente" o sea un crédito a favor de la sociedad, garantizado con la hipoteca que constituyeron los Sres. Castro y Pullella sobre un bien de su propiedad.

La certificación que efectúa la escribana es al solo efecto de dar fe de que se trata de las personas que firmaron y que



le acreditaron su identidad, tanto en su carácter de ser quienes eran como de a quien representaban, sin que exista la posibilidad de que la original manifestación de voluntad negocial expresada al firmar pueda ser transformada a punto de suprimirla, por la certificación de firmas que efectúa la escribana.

La pretensión de los excepcionantes implicaría la necesidad de que las mismas personas hubieran firmado dos veces, lo cual aparecía absolutamente innecesario dada la claridad de la manifestación de voluntad expresada por escrito, la cual repito, las firmas sólo vinieron a ratificar en su alcance y contenido, que no es otro que reconocer esa deuda y la garantía hipotecaria que la acompaña.

Así, pretender que porque la certificación de firmas sólo hace referencia al carácter de representantes de la sociedad de los firmantes y que ellos solo concurrieron en tal carácter es un argumento que si bien puede aparecer con cierto peso retórico, pero que de la correcta lectura y análisis de todos los antecedentes no resulta verosímil ni razonable.

Igual conclusión cabe afirmar en cuanto a la pretensión de que los titulares registrales del inmueble hipotecado hayan permanecido ajenos al acuerdo arribado en el marco del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, cuando efectivamente manifestaron su consentimiento a reconocer la deuda en los términos según lo antes transcrito.

Si bien es cierto que la cuestión se encuentra debatida en el marco de una ejecución hipotecaria, no es posible a fin de arribar a una conclusión ajustada a las normas, dejar de enfocarla desde un vértice que contemple adecuadamente el carácter de garantía que asumió la hipoteca y el aspecto concursal que trasuntó en su momento el consentimiento prestado por los ejecutados y por la ejecutante.

De esta manera, y en el caso particular no hay contradicción entre los efectos novatorios del Acuerdo Preventivo Extrajudicial y la subsistencia de la garantía, pues de los términos del mismo surge un acuerdo expreso en ese sentido pues los hipotecantes reconocieron tanto la existencia de la deuda como la garantía oportunamente otorgada por ellos sobre el inmueble de su propiedad, para garantizarla.

El siguiente agravio se desarrolla en torno a la pretendida extinción de la hipoteca por los efectos novatorios que establece el artículo 55 de la LCyQ, aplicable al tratarse de un Acuerdo Preventivo Extrajudicial, y la pretendida ausencia personal de los terceros hipotecantes, lo que habría tenido por efecto desobligarlos de la garantía originalmente otorgada.

Este agravio tampoco habrá de prosperar, pues tal como fuera analizado precedentemente ese argumento parte de una premisa equivocada pues tengo para mí acabadamente demostrado el consentimiento de los hipotecantes originales al suscribirse el reconocimiento de deuda a partir de su participación, presencia y firma en el compromiso aludido.

También, se agravan los recurrentes por el rechazo de la nulidad de la ejecución, el cual sostienen fue fundado en que la cuestión ya había sido decidida en otro juicio.

Frente a ello, la parte expresa que por aplicación del artículo 3.166 su parte se encuentra legitimada para hacerla valer en su carácter de tercero.

Al respecto, es preciso tener en cuenta como se desarrollaron las relaciones previas a la etapa judicial y también las propiamente judiciales, a fin de arribar a una solución que contemple las distintas circunstancias.

Bajo esa premisa, cabe destacar que el aspecto formal estacado por el Banco al contestar la defensa de nulidad de la ejecución, esto es que debía acompañarse del depósito de las sumas reclamadas y señalarse las excepciones destacando que las mismas no revestían seriedad, reiterado al contestar los agravios, no habrá de tener acogida.

El artículo 545 del Código Procesal Civil y Comercial, dispone: "Nulidad de la ejecución. El ejecutado podrá solicitar dentro del plazo fijado en el artículo 542, por vía de excepción o de incidente, que se declare la nulidad de la ejecución. Podrá fundarse únicamente en:

1° No haberse hecho legalmente la intimación de pago, siempre que en el acto de pedir la declaración de nulidad, el ejecutado depositara la suma fijada en el mandamiento u opusiera excepciones.

2° Incumplimiento de las normas establecidas para la preparación de la vía ejecutiva, siempre que el ejecutado desconozca la obligación, niegue la autenticidad de la firma, el carácter de locatario, o el cumplimiento de la condición."



Es así que el artículo lo que pone de resalto es que el excepcionante debe demostrar interés en el planteo y en orden a tener por acreditado ese interés es que se exige el depósito de la suma o la interposición de excepciones.

En ese sentido, y aún sin haber efectuado el depósito del dinero reclamado, los planteos defensas de los recurrentes no pueden calificarse de carentes de fundamentos, aunque al acogerse los mismos no se arribe a la conclusión que aquellos pretenden.

Ello así, pues tampoco cabe perder de vista que en el ámbito de las obligaciones contraídas en dólares estadounidenses alcanzadas por la emergencia económica, no puede dejarse de lado que, a medida que fueron apareciendo los conflictos surgieron diferentes soluciones lo que en principio generó más dudas que certezas.

Dicho lo que antecede cabe destacar que la ejecución fue promovida de conformidad a las pautas que se habían debatido en el proceso de reajuste de prestación entre Leoman y el Banco Provincia de Neuquén, cuestión que llevó a la ejecutante a promover la ejecución bajo aquellas pautas, por lo que mal podría declararse la nulidad de la ejecución por haberlo efectuado de tal modo.

Sin embargo, no es menos cierto que en aquel proceso los ahora excepcionantes no fueron parte y se encuentra reconocido su derecho a plantear la cuestión en el modo en el que, de conformidad al estado actual de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, deberán tenerse en cuenta las pautas brindadas en el fallo "Longobardi, Irene Gwendoline y otros c. Instituto de Educación Integral San Patricio S.R.L. del 18 de diciembre del año 2007 (Fallos 330:5345-AR/JUR/8090/2007)

Allí sostuvo la Corte, por mayoría: "Tratándose de un mutuo afectado por la legislación de emergencia —ley 25.561, decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXII-A, 117) y normas complementarias—, por un valor que excede los U\$S 250.000, garantizado con hipoteca sobre un inmueble que no reviste el carácter de vivienda única, permanente y familiar, y no configurada ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), corresponde convertir a pesos el capital reclamado en moneda extranjera a razón de un peso por dólar estadounidense más el 50% de la brecha existente entre un peso y la cotización de la mencionada divisa en el mercado libre de cambio —tipo vendedor— al día de pago, salvo que la utilización del coeficiente de actualización previsto en las normas de excepción arroje un resultado superior, más una tasa de interés del 7,5% anual, no capitalizable, entre moratorios y punitivos, desde la fecha en que se produjo la mora y hasta el efectivo pago..."

"...Entre los arbitrios diseñados para alcanzar una equitativa recomposición de las prestaciones obligacionales afectadas por las medidas de emergencia económica en orden a una efectiva tutela de los derechos constitucionales de los involucrados, el legislador asignó un papel fundamental al Coeficiente de Estabilización de Referencia —confr. art. 11 de la ley 25.561, texto según ley 25.820, ley 25.713 y art. 4 del decreto 214/2002 (Adla, LXII-A, 44; LXIV-A, 38; LXIII-A, 50; LXII-A, 117)—, sin perjuicio de lo cual, en la búsqueda del restablecimiento de un adecuado equilibrio de las prestaciones, a través de una distribución proporcional de las cargas, el bloque normativo de emergencia dejó abierta la posibilidad de recurrir a otras vías cuyo tránsito debe ser abordado con arreglo al principio de equidad."

"...Teniendo en cuenta los cambios económicos producidos a partir del dictado de las leyes de emergencia, para determinar el monto de la obligación derivada de un mutuo hipotecario por un valor que excede los U\$S 250.000, y no configurándose ninguna de las excepciones de la ley 25.713 (Adla, LXIII-A, 50), la solución con mayor aptitud para el resguardo de los derechos constitucionales de las partes es la distribución proporcional del esfuerzo patrimonial, en tanto materializa de modo más acabado el principio de equidad, lo cual implica, asimismo, dar un paso más en el proceso de homogeneización de las decisiones judiciales para situaciones análogas y evita que se generen desigualdades entre quienes ya han obtenido respuesta a sus demandas por parte de los tribunales inferiores y quienes aún la aguardan."

A los efectos de alcanzar una recomposición justa y razonable de las prestaciones, la utilización de los instrumentos creados por las normas de emergencia debe efectuarse de manera coordinada y sistemática, preservando la efectividad del rol que el legislador ha conferido al CER como factor esencial en el mecanismo de reestructuración de las obligaciones y que, para el supuesto de mutuos hipotecarios a los que —como en el caso— no les resulta aplicable las excepciones previstas en las leyes 26.167 y 25.713 (Adla, LXVII-A, 36; LXIII-A, 50), debe ser entendido como una



garantía para el acreedor a no ser constreñido a percibir montos inferiores de los que se obtengan mediante su aplicación."

En consecuencia, y si bien le asiste razón a los recurrentes en cuanto a que al momento de la liquidación la obligación deberá expresarse bajo las pautas que brinda el fallo citado, de conformidad a la circunstancia apuntada al inicio es que no cabe declarar la nulidad de la ejecución.

Esta decisión no implica una violación al principio de especialidad de la hipoteca, pues más allá de la excepcionalidad de las normas de la emergencia económica y las distintas expresiones jurisprudenciales relativas a determinar el modo que finalmente deberán satisfacerse las obligaciones, importante doctrina ha destacado que la determinación final de la deuda en la etapa de liquidación no afecta el principio aludido.

Así: "Es necesario poder constituir hipotecas de valor estable, de modo tal que la cosa esté gravada siempre en la misma suma a valores reales, aun cuando a valores nominales sea distinta. Debe existir proporción entre el gravamen y el valor del inmueble, sin llegar a abandonar la suma precisa; la suma debe ser determinada o determinable por una sencilla operación aritmética" (Elena Highton-"Hipoteca: la espacialidad en cuanto al crédito" Depalma-abril 2000- pág. 194)

Por último, la falta de previsión en el acto de celebración de la hipoteca, de los criterios que aquí se adoptan para determinar finalmente la suma que deberá abonarse, no obsta a lo anterior y ello así atento al carácter de orden público de las normas y la aplicación imperativa de las mismas.

En cuanto al agravio de LEOMAN, quien enfáticamente sostiene que ha mediado incongruencia al negarle el efecto novatorio que el propio Banco Provincia sostiene en estas actuaciones, son extensivos los argumentos antes expresados en relación al recurso tratado en primer término.

Así, no se trata de restar el efecto novatorio alegado, sino de interpretarlo en los términos en que fue confeccionado el reconocimiento de deuda.

Como quedara dicho, el texto del reconocimiento y la suscripción del mismo deja sentado claramente que la presencia en el acto fue por sí y en representación de la sociedad, de modo tal que tampoco sería procedente el efecto del artículo 804 del anterior Código Civil en cuanto señalaba que "El acreedor no puede reservarse el derecho de prenda o hipoteca de la obligación extinguida, si los bienes hipotecados o empeñados pertenecieren a terceros que no hubiesen tenido parte en la novación", pues la participación de los hipotecantes en nombre propio ha quedado fuera de toda duda.

Atendiendo ahora los recursos de Jáuregui, Castro y Pullella -fs. 404/423- encuentro que les asiste razón en el primero de ellos.

En ese sentido, y a esta altura del proceso queda claro que los hipotecantes no se obligaron personalmente en el mutuo que garantizaron, de modo tal que resultan terceros que no asumieron personalmente el crédito.

No comparto la conclusión a la que arriba la a quo, asistiéndole razón de este modo a los recurrentes en cuanto expresan que la falta de cuestionamiento a la providencia que despacha la ejecución no implica un consentimiento con el trámite ya que la interposición de las defensas es lo que trasunta esa disconformidad con ser citados en el mismo plano que LEOMAN SRL, quien se encuentra obligado con todo su patrimonio y no sólo circunscripto al valor del inmueble que garantizara el mutuo.

Al respecto: "Si la intimación de pago al deudor es necesaria aun cuando él mismo sea poseedor y propietario del inmueble pertenezca a un tercero constituyente de la hipoteca en los términos del at. 3121 del Cód. Civil.

Parece obvio que si por imposición legal y constitucional no se puede rematar un inmueble sin haber oído primero al deudor, menos que menos podrá rematárselo si pertenece a un tercero que no se ha obligado personalmente al pago de la deuda principal que se ejecuta. El deudor debe ser intimado de pago y citado a oponer excepciones en todos los casos, sea que continúe siendo propietario del inmueble hipotecado o el mismo esté en manos de un tercer poseedor, o que la hipoteca haya sido constituida por un tercero, aunque aclaramos: no es el tercero, sino el deudor, quien debe ser intimado de pago, ya que al tercero se lo cita en una etapa posterior." ("Juicio hipotecario"-Tomo 1- pág. 201/202-Elena Highton-hammurabi Jose Luis Depalma/Editor)



"Del juego armónico de los arts. 3162, 3163 y 3169 del Cód. Civil se desprende la necesidad de dictar sentencia de trance y remate en los términos del art. 498 del Cod. Procesal, respecto del deudor, para poder así continuar, si fuere el caso, la ejecución contra el tercer poseedor en virtud de lo dispuesto en el art. 3172 del Código citado y, en el caso, de lo pactado. CNCiv., Sala E, 13/7/65, LL 121-663)

A mayor abundamiento, a renglón seguido la autora hace expresa mención a como sería la situación para el caso que el hipotecante además hubiera asumido la deuda –situación que no es la que se da en autos- y así expresa Highton:

"Diferente es el caso en que hay un deudor originario y un tercer adquirente que se hizo cargo de la deuda, pues al ser él mismo deudor, puede intimárselo directamente".

A lo dicho cabe agregar lo normado por el artículo 599 del Código Procesal Civil y Comercial de nuestra provincia que con claridad zanja el debate:

"Tercer poseedor. Si del informe o de la denuncia a que se refiere el artículo anterior, resultare que el deudor transfirió el inmueble hipotecado, dictada la sentencia de remate contra aquel, se intimará al tercer poseedor para que dentro del plazo de cinco días pague la deuda o haga abandono del inmueble, bajo apercibimiento de que la ejecución se seguirá también contra él. En este último supuesto, se observarán las reglas establecidas en los artículos 3165 y siguientes del Código Civil".

En el examen de una cuestión similar, la Suprema Corte de Mendoza reseñaba en una sentencia lo razonado en la sentencia de grado que finalmente confirma: "En este orden de ideas, la Jurisprudencia Nacional ha dicho que: "Por eso la Dra. Highton puede concluir (aún en el ámbito de la regulación de C.P.C.N en que la citación al tercer poseedor es posterior al dictado de la sentencia –al igual que el nuestro, aclaro- que el apercibimiento de que se seguirá la ejecución contra él no implica su inclusión en una sentencia de condena pues no es deudor. Tiene el derecho a pagar pero no está obligado a ello. Es decir, que deberá soportar la ejecución del inmueble si no acude al remedio heroico de pagar para salvarlo, pero no quedará sujeto a condenaciones personales (art. 3165 Cód. Civil) y aun cuando se lo citara anticipadamente, no será condenado por la sentencia".(Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, sala III, Fecha: 27/03/2006 Partes: "Banco de Italia y Río de la Plata S.A. (en liquidación) c. Polinesi, Héctor y otro", Publicado en: LL Litoral 2006 SC ("PUERTA MARIA SUSANA EN J° 32.519/149.005 BANCO CENTRAL DE LA REPUBLICVA ARGENTINA C/ GONZALEZ LUIS GUILLERMO P/ EJ. HIPOT. S/S/ INC. CAS del 18/3/2011).

De este modo, es claro que la intimación de pago debía efectuarse a quien reviste carácter de deudor y los hipotecantes originales, a quienes los co-demandados sucedieron a distintos títulos, no revisten tal carácter sino solo garantes con el bien y hasta el monto de lo que aquel resulte.

Dicho lo cual, tampoco puede pasarse por alto que la ejecución fue ordenada tal como la actora lo solicitó, lo cual ha llevado a aquella a entender razonablemente que su pretensión era ajustada a derecho.

Esta situación, desde el punto de vista del Juez que despacha la ejecución también puede subsumirse en que al hacerlo el Juez efectúa un examen preliminar del título, así: "El juez, de acuerdo con los términos del CPCN, 531 Y normas concordantes, debe denegar la ejecución si verifica que el título invocado por el actor no es de los que el código u otras leyes consideran como ejecutivos, o que es inhábil en razón de no documentar la existencia de una obligación en dinero, líquida y exigible, o que alguna de las partes carece de legitimación procesal. Ese examen, por lo demás, no reviste carácter definitivo ni genera en consecuencia preclusión alguna, pues puede volver a efectuarse, aunque el ejecutado no haya opuesto excepciones, en oportunidad de dictarse la sentencia, cabiendo incluso la posibilidad de que la inhabilidad de título sea declarada de oficio por el tribunal de alzada, con motivo del recurso interpuesto contra dicha sentencia." (Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IX-260)

De todo lo expuesto, concluyo que es imprescindible destacar que el carácter de demandado en un proceso genera naturalmente el ejercicio del derecho de defensa y los recurrentes lo hicieron en el modo legalmente previsto, sin que obste a ello las manifestación del Banco en cuanto señala que si los apelantes no deseaban cargar con las costas debían abstenerse de efectuar planteos inconducentes y aguardar el pago total por parte de LEOMAN SRL o la subasta del bien hipotecado.

Es por todo lo expuesto que, a fin de resolver la cuestión y encontrando razones jurídicamente atendibles de ambas



partes para el desarrollo de las distintas posturas procesales adoptadas en el presente, he de proponer al Acuerdo que se haga lugar a la excepción de inhabilidad de título en cuanto los recurrentes no son deudores y sólo se deberá ir contra ellos una vez firme la sentencia en orden a la ejecución del bien, imponiéndose las costas en el orden causado (artículo 68, Código Procesal), aspecto sobre lo que he de volver.

En cuanto a la prescripción, TODOS los recurrentes por distintas vías se agravian del rechazo de la acción de prescripción y de la prescripción planteada como defensa.

En tal sentido, entiendo que las quejas no habrán de prosperar pues tratándose de la ejecución hipotecaria es preciso tener presente que el derecho real de hipoteca se encuentra ligado en forma inescindible con el crédito al que accede, de modo tal que no encontrándose prescripta la obligación principal no es posible la prescripción de la garantía y en consecuencia su extinción.

Del análisis de ambos procesos y la prueba producida principalmente las constancias del Acuerdo Preventivo extrajudicial y el de reajuste de prestación, no es posible sostener que hubo de parte del Banco Provincia un desinterés en la procura del crédito por un lapso de tiempo que permita declararla extinguida por prescripción.

Al respecto el fallo antes citado de la Corte de Mendoza expone: ""El carácter accesorio de la hipoteca trae como consecuencia que ésta siga la suerte del principal, y la extinción total de la obligación acarrea la extinción total de la hipoteca, a cuyo fin remite a los distintos modos extintivos de las obligaciones; producida la prescripción de la obligación principal, la garantía hipotecaria se vuelve ineficaz, lo cual no impide que la prescripción cumplida sea renunciada, o se tome improcedente por falta de invocación oportuna, y aún que sea dispensada cuando se dan los requisitos que exige la ley al efecto, recuperando en tales casos la acción para reclamar la obligación su plena exigibilidad y con ella la eficacia plena de la hipoteca que la asegura (Expediente n° 95.177- Citar Lexis N° 1/70058260-3).

Es en este sentido que la sentencia apelada hace referencia al carácter accesorio, tanto de los intereses como de la garantía, sin perjuicio de que la acción por la obligación tenga un plazo distinto que la de los intereses, pues a la primera cabe aplicarle la prescripción de una obligación personal y a los intereses el artículo 847 del Código de Comercio (art. 2.537 del Código Civil y Comercial).

Así, cabe destacar que no transcurrieron los diez años previstos por el anterior artículo 4.023 del Código Civil para tener por operada la prescripción de la acción por deuda exigible.

En ese aspecto, recalco que la referencia que efectúan los apelantes a que el propio Banco cuenta los diez años de prescripción desde la fecha de homologación del Acuerdo preventivo Extrajudicial, se trata de una afirmación que peca de parcialidad pues si bien se lee lo afirmado por el Banco a fs. 106 del expediente en que se ventiló la cuestión de la prescripción fue: "... la referida disposición concursal prevé que en todos los casos, el acuerdo homologado -sea judicial o extrajudicial- importa la novación de todas las obligaciones con origen o causa anterior al concurso, incluso las de carácter privilegiado... Si ello así, y aún tomando la interpretación más favorable a los intereses de la deudora, tenemos que el APE tramitado en el expediente N° 263476/1 comportó la novación de la obligación cuya prescripción aquí se solicita, siendo la fecha en que se verificó su homologación -20/09/2001- el punto de nacimiento de la nueva obligación y por consiguiente de su plazo de prescripción."

"En tales condiciones resulta entonces que recién el 20 de septiembre del corriente año habría podido la actora pretender válidamente instar la declaración de prescripción que aquí se repele."

Continuaba el Banco "Ahora, aún soslayando el efecto producido por el APE la obligación de la actora, tenemos que el segundo antecedente judicial ut supra referido trunca también del vamos la pretensión actuaral. Es que resulta a todas luces evidente que con la interposición de la acción instada en el expediente N° 330980/5 la accionante se ha servido en reconocer expresamente la deuda hipotecaria cuya prescripción pretende en autos"

De este modo, es claro que la defensa del Banco contra la prescripción se refirió tanto a la novación de la obligación como al efecto interruptivo que tuvo la promoción por parte de LEOMAN SRL de la acción para que su deuda fuera cedida al IADEP y se pesifique, pretensiones ambas que tuvieron resultado adverso a LEOMAN SRL.

Es por ello que corresponde rechazar los agravios referidos a la pretensión de declarar prescripta la acción por cobro



de la deuda con garantía hipotecaria perseguida por el Banco de la Provincia de Neuquén.

En cuanto a la prescripción de los intereses, la postura que propongo no comparte el argumento del Banco cuando al contestar los agravios expresa que el desdoblamiento de lo que se refiere a deuda por un lado e intereses por otro aplicando distintos plazos a uno y a otro, implicaría premiar al deudor moroso.

Ello así pues, es preciso tener presente lo ya señalado respecto a que la hipoteca garantiza un mutuo, y luego que los intereses del mutuo tienen previsto un plazo de prescripción particular.

En ese orden de ideas, no se puede perder de vista que la prescripción es un modo de desobligar al deudor ante la inacción del acreedor y que si el deudor no fuera moroso no tendría razón de ser el instituto.

Sin embargo, tampoco han transcurrido los cuatro años para declarar prescriptos los intereses, pues la liquidación de intereses obrante en la planilla de fs. 11, la cual indica un capital de U\$S 2.009.334,88 liquida los intereses desde el 30-06-2000 al 3-02-2002, sin que hayan transcurrido los 4 años ni desde el préstamo original a la fecha de homologación del Acuerdo Preventivo Extrajudicial, ni desde éste a la fecha de promoción del proceso por cesión de la deuda y reajusta de prestación cuyos efectos interruptivos ya han sido señalados.

Ahora bien, en cuanto al tema de las costas encuentro necesario diferenciar su tratamiento, dividiendo lo que se refiere a la acción de prescripción por un lado y la ejecución hipotecaria por el otro, estableciendo asimismo una diferencia en cuanto a los demandados en ésta última.

En referencia a la ejecución hipotecaria, se advierten diferencias entre la situación del obligado directo LEOMAN SRL y el resto de los demandados abordando la situación de éstos en primer término.

Dicho lo cual, si bien tengo como criterio que las costas se imponen a la parte vencida de conformidad, principio establecido por el art. 68 del C.P.C. y C., no es posible pasar por alto que la propia norma establece la posibilidad de la excepción.

En ese orden y como justificativo es de habitual uso forense utilizar fórmulas tales como: "...existencia de "razón fundada para litigar" constituye una "fórmula provista de suficiente elasticidad que resulta aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe consignar que la parte vencida actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho defendido en el pleito" (Palacio, "Derecho procesal civil", t.III, p. 373; CNCiv. Sala E, LL. 1980-D-339).

Así, en otras circunstancias he formulado críticas a ese fundamento y no porque no lo comparto sino porque entiendo que al hacer uso de aquel, es preciso fundamentar claramente a "qué razones fundadas para litigar" tuvo en cuenta el Juez y ello por la propia exigencia normativa y el carácter excepcional que le imprime (art. 68 2do. párrafo del C.P.c. y C.)

En tal sentido, las razones para creerse con derecho a litigar deben resultar de carácter objetivo y no resultar meramente subjetivas pues es –en principio- de toda lógica que quien se presenta a un litigio lo hace –la más de las veces- en el convencimiento de encontrarse con razón para ello y que en muchas ocasiones el resultado del pleito no refleja una irrazonabilidad del planteo.

En el caso de autos, resulta obvio destacar tanto la complejidad de las cuestiones como las distintas posturas doctrinarias de todos los aspectos aquí debatidos, como así también las decisiones judiciales que precedieron a las presentes y de cuya influencia ninguna de las partes se sustrajo.

En ese orden, se pueden mencionar desde el carácter de intervención de los terceros y el modo que se despachara la ejecución, como así también el monto por el que se promoviera y los aspectos relacionados con la pesificación de la obligación.

A lo dicho, se agregan los numerosos antecedentes jurisprudenciales que se refieren a la cuestión y que en el caso puntual de la pesificación ha sido por una mayoría ajustada, siendo éstos los aspectos que deben ser tenidos en cuenta al momento de valorar como "circunstancias objetivas" las que llevaron a los recurrentes de quienes me vengo refiriendo a creerse con razón para litigar, cada uno del modo que lo hizo.

Por todo lo expuesto, es que de compartir mi criterio el Acuerdo, las costas por la intervención de los Sres. Nelson Gabriel Pullella, Hernán Ariel Pullella, María Cristina Jáuregui, María Carolina Castro, María Milagros Castro y Ricardo



Pullella se impondrán en el orden causado, sin perjuicio del carácter de vencido o victorioso de cada uno de las partes en el resultado final del litigio.

Distinta situación se presenta en relación a LEOMAN SRL, pues en ambas acciones reviste el carácter de vencido, sin que puedan hacerse extensivas las mismas consideraciones referidas en cuanto a los demás demandados, razón por la cual, las costas por su actuación se imponen a esa parte en su carácter de vencido. (art. 68, Código Procesal).

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 de fs. 176/180 en cuanto rechaza la demanda de prescripción liberatoria interpuesta por LEOMAN S.R.L, como así también, en cuanto manda a llevar adelante la ejecución hipotecaria, la que prospera por la suma de U\$S 2.009.334,88 que deberán adecuarse a las pautas de liquidación señaladas en los considerandos que anteceden, limitando la responsabilidad de los sucesores de los terceros hipotecantes originales, al valor que resulte del inmueble.

II.- Imponer las costas de devengadas en la ejecución hipotecaria, en ambas instancias, en el orden causado por la actuación de Nelson Gabriel Pullella, Hernán Ariel Pullella, María Cristina Jáuregui, María Carolina Castro, María Milagros Castro y Ricardo Pullella, dejando sin efecto la regulación de honorarios y difiriendo la nueva, para el momento de contar con base para ello.

III.- Imponer las costas por ambos procesos y en ambas instancias en cuanto a su actuación a LEOMAN SRL (art. 68, Código Procesal), dejando sin efecto la regulación de honorarios y difiriendo asimismo la nueva, para el momento de contar con base para ello.

IV.- 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](#)

"CURIPE CARLOS ABELARDO C/ LIBERTY ART SA SOBRE ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –
Sala II – (Expte.: 428994/2010) – Sentencia: 18/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. ENFERMEDAD PROFESIONAL. HERNIA DE DISCO. HECHO OCURRIDO CON ANTERIORIDAD A LA SANCION DE LA LEY 26.773. ALCANCE TEMPORAL DE LA LEY. DERECHO APLICABLE. INDEMNIZACIÓN ADICIONAL. PRESTACIONES DINERARIAS. ACTUALIZACION. INDICE RIPE. DECRETO REGLAMENTARIO 472/14. INTERESES MORATORIOS. TASA. PERIODO. DISIDENCIA PARCIAL.

1.- [...] entiendo que la dolencia del actor –hernia de disco- ha sido ocasionada, o cuanto menos agravada, durante la relación de trabajo y en virtud de las tareas desarrolladas por el trabajador. Para así concluir tomo en cuenta no solamente la



inexistencia de los controles de salud, sino también que la labor desempeñada por el trabajador –carnicero- importa la realización habitual o esporádica de los actos que los dos informes médicos consideran causales de la enfermedad que hoy tiene el accionante. (Del voto de la Dra. CLERICI).

2.- Teniendo en cuenta que la actora no se agravia por la aplicación del piso mínimo previsto por el Decreto n° 1.694/2009, actualizado por índice RIPE, no corresponde proceder a una nueva liquidación del monto indemnizatorio, sino solamente agregar a la condena el adicional del art. 3 de la Ley 26.773. (Del voto de la Dra. CLERICI, en mayoría).

3.- Adhiero al voto de la Dra. Clérici en el tratamiento dado a la dolencia del actor como enfermedad profesional. (Del voto de la Dra. PAMPHILE).

4.- [...] ni el pago, ni la sentencia determinan el derecho aplicable, sino –y tomando para ello la formulación efectuada por la CSJN [in re: "Calderón Celia Marta c/ Asociart ART s/ accidente" del Dictamen de la Procuradora Fiscal, compartido por la CSJN, en mayoría]- el momento en que haya sido exigible el crédito. Sin embargo, también se advierte que, en orden a la doctrina sentada por la CSJN, la crítica en torno a la aplicación del Decreto 1694/9 se diluye, en tanto el dictamen de la Comisión Médica data de fecha 11/05/2010 (más allá de la calificación como enfermedad inculpable. (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en minoría.).

5.- [...] el artículo 3 de la ley 26.773 no es aplicable al caso, en tanto importaría una aplicación retroactiva de la ley, solución no posible al no estar prevista por el legislador. (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en minoría.).

6.- No es procedente la multiplicación del importe resultante de la formula prevista en el art. 14, por el índice RIPE, [...]. En rigor, lo que corresponde es actualizar por el coeficiente el piso mínimo, lo que determina que éste ascienda, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, a la suma de \$402.487,02 y aplicando a éste el porcentaje de incapacidad (42.20%), da la suma de \$169.849,52. (Del voto de la Dra. PAMPHILE, en minoría.).

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CURIBE CARLOS ABELARDO CONTRA LIBERTY ART SA SOBRE ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", (Expte. N° 428994/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL Nro.1 a esta Sala II integrada por las Dras. Patricia CLERICI y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse recusado el Dr. Federico GIGENA BASOMBRI, 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 recurso de apelación contra la sentencia de fs. 286/296, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.



El Dr. ... plantea recurso arancelario respecto de sus honorarios profesionales, por bajos.

a) La parte actora se agravia porque el juez de grado no declaró la inconstitucionalidad del inc. 5° del art. 17 de la Ley 26.773, tal como se solicitara al formular alegatos.

Dice que el sentenciante de primera instancia se limita a analizar el inc. 6° del art. 17 de la Ley 24.557, lo que conduce a una aplicación parcial de la ley, no expidiéndose sobre el expreso pedido formulado por su parte.

Sostiene que este análisis parcial que realiza el a quo importa una apartamiento de la jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones, tribunal que en reiterados pronunciamientos ha aplicado en forma inmediata las mejoras efectuadas por decretos o leyes modificatorias, aceptando la declaración de inconstitucionalidad de oficio. Citas distintos precedentes de esta Cámara de Apelaciones.

Entiende que invalidándose la manda del inc. 5° del art. 17 de la Ley 26.773, de ninguna manera puede afirmarse que la aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la misma ley citada constituya un supuesto de retroactividad. Agrega que el objeto de la prestación dineraria prevista por la Ley 24.557 es la reparación de un daño a la salud psicofísica del trabajador, producido por un accidente o una enfermedad profesional, al que hay que darle una entidad económica a efectos de permitir que el deudor cancele su obligación.

Concluye, entonces, en que se trata de una deuda de valor, correspondiendo que el valor económico sea asignado en la oportunidad de dictarse la sentencia de grado, que determina la existencia de la minusvalía y la consecuente obligación de indemnizar el perjuicio.

Transcribe fallos de esta Cámara de Apelaciones.

Señala que la sentencia recurrida resulta arbitraria por incurrir en el vicio de incongruencia por omisión, ante la falta de tratamiento de los motivos esenciales planteados al juez de grado, como es la declaración de inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773.

Formula queja por la conclusión plasmada en el fallo cuestionado respecto a que el art. 3 de la Ley 26.773 no resulta de aplicación al supuesto de autos.

Vuelve sobre la omisión de la declaración de inconstitucionalidad, entendiendo que tal omisión es la que impide la aplicación de la norma referida, con cita de jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

b) La parte demandada se agravia por la conclusión del a quo referida a que la causa de la dolencia del actor es el trabajo realizado para su empleadora Cedicom S.A.C.I.F.A.

Señala que, al contestar la demanda, su parte negó en formas expresa que desde su ingreso a Cedicom S.A.C.I.F.A. el actor desempeñara tareas que le implicaban constantes esfuerzos y la adopción de incómodas posiciones; que el demandante padeciera una afección lumbar y que ello tuviera origen en las tareas desempeñadas para la empleadora; que el accionante debiera descargar sobre su hombro los asados parrilleros y las cajas con carne, desde el camión y hasta la cámara frigorífica.

Entiende que esta negativa expresa puso en cabeza del actor la tarea de demostrar la existencia de los hechos controvertidos o la verdad de las proposiciones afirmadas, que fueron desconocidas; carga que no fue satisfecha por el demandante.

Insiste que en autos no se encuentran probadas las tareas que cumplió el trabajador, por lo que mal puede atribuirse a su parte el incumplimiento de las Resoluciones nros. 43/97 y 28/98.

Manifiesta que tampoco se encuentra probado en autos que la empleadora hubiera denunciado ante la ART que el accionante se encontraba expuesto a los agentes de riesgo del Decreto n° 685/96, agravándose porque el sentenciante de primera instancia pretende justificar la condena en la falta de exámenes periódicos.

Considera que esto constituye un grave error de derecho, ya que no era obligación de su parte la realización de exámenes periódicos, en tanto no conocía que el trabajador hubiera estado expuesto a agentes de riesgo, conforme Resolución n° 43/97 de la SRT.

Tilda de aberración jurídica concluir en que era obligación de la ART la realización del examen de egreso, desde que el art. 6°.2 del Decreto n° 43/97 dispone que el mismo reviste carácter de optativo, no pudiendo, entonces, constituir una presunción en contra de la demandada.



Afirma que el mismo actor reconoce la falta de exposición a factores de riesgo, toda vez que plantea la inconstitucionalidad del Decreto n° 658/96.

Cuestiona que el fallo apelado tenga por probado el nexo causal entre las tareas y la enfermedad del actor con el informe pericial médico. Precisa que la sola manifestación del perito médico de que la patología del señor Curipe pudo haber sido influenciada por factores relacionados con el trabajo, no conforma un elemento de juicio suficiente como para relacionar la incapacidad con el desempeño laboral, en tanto la pericia no ha llevado a cabo investigación alguna respecto de las características de las tareas desempeñadas por el actor, sino que se basó en los dichos de este último.

Destaca que en el sub lite no estamos ante un accidente de trabajo y/o ante una enfermedad profesional, respecto de los cuales rige la responsabilidad objetiva de la ART, sino que es el propio demandante quién plantea que estamos ante una enfermedad-accidente no contemplada en la LRT, por lo que estaba a su cargo no sólo probar la existencia de la incapacidad sino la relación causal entre ésta y la labor cumplida.

El segundo agravio de la demanda refiere a la aplicación al caso de autos del Decreto n° 1.694/2009, con fundamento en que la enfermedad se evidenció el día 21 de febrero de 2011, extremo que se contrapone con el escrito de demanda, donde se denuncia que la primera manifestación invalidante se produjo el día 22 de agosto de 2009. Y en esta ocasión, dice el apelante, se encontraba vigente el Decreto n° 1.278/2000.

De igual modo se agravia por la aplicación de la Ley 26.773.

Sostiene que la aplicación de la Ley 26.773 representa una violación a la manda del art. 3 del Código Civil.

Entiende que el transcurso del tiempo no es motivo suficiente para avalar la aplicación retroactiva de la Ley 26.773, ya que el mecanismo de resguardo de las indemnizaciones está dado por la condena accesoria al pago de intereses moratorios, a modo de resarcimiento por los perjuicios que padece el acreedor por no contar con el dinero en la oportunidad debida.

Afirma que el perjuicio para su parte está dado por el hecho de tener que afrontar el pago de una importante suma de dinero, sin haber recibido contraprestación acorde.

Considera que la constitución de una situación o relación jurídica se rige por la ley vigente al momento de su formación.

Recuerda que es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que si bien una ley puede tener efectos retroactivos, ello es así bajo la condición obvia e inexcusable de que la retroactividad no afecte garantías constitucionales.

Desarrolla su opinión respecto de la aplicación de la ley en el tiempo.

Pone de manifiesto que el consumo jurídico no se produce al tiempo de la sentencia condenatoria, la que sólo tiene efecto declarativo, ni al tiempo de la cancelación del crédito indemnizatorio, sino que proviene de una situación de hecho, que es la producción del daño al trabajador y que se exterioriza con la primera manifestación invalidante, siendo éste, entonces, el hecho constitutivo que otorga eficacia generadora de un derecho de crédito. Cita jurisprudencia.

Especialmente se refiere al precedente "Lucca de Hoz" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y considera que tiene preeminencia respecto de lo que anteriormente resolviera el mismo tribunal en el caso "Camusso c/ Perkins", ya que el primero es específico sobre la materia y posterior en el tiempo.

Como tercer agravio se refiere a que la sentencia de grado aplica intereses desde el 22 de agosto de 2009, cuando la incapacidad recién se determinó con la sentencia definitiva, de fecha 24 de junio de 2015, no siendo exigible hasta entonces la obligación a cargo de esa parte.

Señala que tampoco pueden aplicarse intereses por el período 22/8/2009-31/10/2012, cuando de la sentencia se desprende que la indemnización ha sido actualizada por aplicación del índice RIPTE, por lo que entiende evidente que se está en presencia de una doble actualización.

Hace reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la accionada a fs. 325/337 vta; en tanto que la



demandada hace lo propio respecto del memorial de su contraria a fs. 339/349.II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, he de comenzar por una cuestión lógica, por la queja de la demandada referida a la ausencia de nexo causal entre la dolencia del actor y las tareas realizadas para su empleadora.

La demanda de autos se ha planteado sosteniendo que la dolencia del trabajador constituye una enfermedad profesional, producida por la reiteración de tareas de esfuerzo y la adopción de posturas antifuncionales. Asimismo plantea la primera manifestación invalidante el día 22 de agosto de 2009 cuando, al levantar del piso una caja de carne envasada de un peso aproximado de 30 kilos, siente un dolor agudo en la región lumbar, continuando con sus tareas habituales hasta el horario de salida del mediodía, no pudiendo reintegrarse a trabajar en el horario vespertino debido a la intensificación del dolor, por lo que concurre al médico, quién le indica reposo laboral con diagnóstico de lumbalgia.

En base a estos hechos se ha defendido la demandada, por lo que por respeto al principio de congruencia procesal, a ellos también se debe circunscribir el análisis judicial.

La Comisión Médica n° 9 ha concluido en que la dolencia del actor es una enfermedad inculpable (fs. 206/210). Para así concluir, dicha Comisión señala que las hernias discales –tal la patología del actor- constituyen anomalías o lesiones producidas por la degeneración del disco intervertebral, siendo una patología que afecta a una gran parte de la población y por igual a ambos sexos, y una importante causa de baja laboral en las personas menores de 45 años. Agrega que a partir de los 30 años de edad se produce la deshidratación y los cambios degenerativos a nivel del núcleo pulposo del disco intervertebral, los cuales se encuentran dentro del proceso de senectud normal de la persona; y lo habitual es que las hernias discales se den a lo largo del tiempo y cumpliendo etapas; es por ello que se dice que las hernias del disco intervertebral son afecciones no causadas directamente por la actividad laboral, salvo contadas excepciones (por ejemplo, traumatismos severos, esfuerzos desmedidos y no habituales para el trabajador), no siendo éste el caso del demandante de autos ya que el mecanismo productor se atribuye al levantamiento reiterado de cargas excesivas y movimientos reiterativos.

De igual modo, la demandada negó la existencia de enfermedad profesional no habiendo brindado ninguna prestación al trabajador en los términos de la Ley 24.557.

Por su parte, el perito médico de autos sostiene que cuando el disco intervertebral es sometido a tensiones repetidas a lo largo del tiempo puede sufrir una degeneración de las fibras del anillo fibroso que rodean al núcleo pulposo, permitiendo de esta forma una deshidratación de las estructuras, así como pequeños desgarros denominados fisuras discales. Si la situación traumática se mantiene, aparece una deformación de las fibras: la protusión, que puede derivar en hernia discal (fs. 175).

Al contestar concretamente los puntos de pericia formulados por las partes, el experto considera que existe nexo causal entre la dolencia y el accidente de trabajo sufrido (entendiendo por éste a la primera manifestación invalidante descrita en la demanda). Luego desarrolla los distintos criterios que lo llevan a entender que existe aquél nexo causal, siendo el que aquí interesa considerar el etiopatogénico, más del contenido de su desarrollo nada surge toda vez que el perito se limita a afirmar que "se puede considerar acreditado y demostrado debido al origen determinante de las patologías que padece el paciente (hernia de disco lumbosacra)" (fs. 177).

Si bien este informe pericial fue impugnado por la parte demandada, el perito al contestar la impugnación se limita a ratificar el informe ya realizado, sin brindar otras aclaraciones (fs. 193).

De lo dicho se sigue que para la Comisión Médica n° 9 se requiere de un movimiento anormal, extraordinario para que la hernia de disco pueda atribuirse al trabajo, o sea se requiere de un accidente de trabajo; en tanto que para el perito médico, si bien considera que lo que entendió como accidente de trabajo fue apto para la producción de la dolencia del actor, el desarrollo de la enfermedad necesita de tensiones repetidas y de mantenimiento de la situación traumática.

De todos modos, no se encuentra acreditado en el expediente ni el acaecimiento de la primera manifestación invalidante ni el tipo de tareas que desarrollaba el actor para su empleadora. Lo único que conocemos, de acuerdo con los recibos de haberes de fs. 29/42, es que la tarea desempeñada era la de carnicero.



No obstante ello, al sentenciar la causa "Monzón c/ PROFRU Coop. Seguros Ltda." (expte. n° 422.929/2010, P.S. 2014-VI, n° 178) sostuve que: "Conforme lo señala Gastón A. Vázquez Fernández ("Aspectos médico-legales de la lumbalgia", RDLSS, Ed. AbeledoPerrot, T. 2012-B, pág. 1873), "la lumbalgia es una de las afecciones más comunes, relacionada a patologías del disco intervertebral con afectación de las vértebras y características propias como la claudicación y la radiculopatía. Más del 80% de la población general refirió dolor dorsal alguna vez en su vida y constituye una de las principales causas de ausentismo laboral...la multicausalidad y la subjetividad de la patología hacen difícil establecer la causalidad y en tal caso el grado de severidad".

"Ante situaciones como éstas, y tal como lo pone de manifiesto el autor citado, adquieren relevancia los exámenes preocupacionales y periódicos. La realización de un examen inicial que determine si el actor ya presenta degeneración de la columna, o si es portador de factores predisponentes para las discopatías, y el control médico periódico que permite detectar precozmente la aparición de esta patología son, indudablemente, las herramientas más eficaces a efectos de acreditar la con causalidad de elementos congénitos y/o ajenos al trabajo en la aparición y desarrollo de la enfermedad".

Si bien en autos se trata de una hernia de disco y no de una lumbalgia, siendo patologías columnarias que, en parte, son producto del desgaste natural del organismo, entiendo que cabe la aplicación del criterio señalado a efectos de superar la contradicción de los informes técnicos y el déficit probatorio.

El actor de autos cuenta con examen psicofísico de ingreso, en el que fue encasillado como Apto A. Este extremo no se encuentra controvertido.

Luego, no se cuenta en el expediente ni con los exámenes de salud periódicos ni con el post ocupacional. Estos hechos tampoco han sido discutidos por las partes.

Consecuentemente, entiendo que la dolencia del actor ha sido ocasionada, o cuanto menos agravada, durante la relación de trabajo y en virtud de las tareas desarrolladas por el trabajador. Para así concluir tomo en cuenta no solamente la inexistencia de los controles de salud, sino también que la labor desempeñada por el trabajador – carnicero- importa la realización habitual o esporádica de los actos que los dos informes médicos consideran causales de la enfermedad que hoy tiene el accionante.

La aseguradora ha invocado que no era su obligación la realización de los exámenes periódicos, sin embargo el art. 3° inc. 3 de la Resolución n° 43/1997 de la Superintendencia de Riesgos del Trabajo determina que la realización de estos controles es obligación de la ART, sin perjuicio que ésta pueda convenir con el empleador su realización. Sin perjuicio que en autos no se ha acreditado la existencia de este acuerdo, de todos modos, de existir, el mismo no resulta oponible al trabajador, frente a quién tiene que responder la aseguradora de riesgos del trabajo (art. 26, Ley 24.557).

En cuanto a la falta de denuncia de riesgo por parte de la empleadora, no es a ésta a quién corresponde determinar la existencia de factores de riesgo, sino que es deber de la ART la evaluación periódica de los riesgos existentes y su evolución (art. 4° apartado 2° inc. a, Ley 24.557).

Finalmente, y si bien asiste razón a la demandada respecto a que el examen de salud de egreso es opcional (art. 6° inc. 2°, Resolución n° 43/1997, SRT), en todo caso, siendo el medio idóneo para acreditar el estado de salud del trabajador al término de la relación laboral, la opción por su no realización hace que la ART cargue con las consecuencias de su decisión: la presunción de que el trabajador egresó portando la dolencia por la que reclama la indemnización; presunción que aquí se ve avalada por los certificados médicos de fs. 216/223, que dan cuenta de la manifestación de la enfermedad durante la vigencia del contrato de trabajo.

Consecuentemente, se confirma el resolutorio de grado en cuanto cataloga a la dolencia del actor como enfermedad profesional.

III.- Avanzando en el tratamiento de los agravios de las partes, corresponde analizar el encuadramiento jurídico otorgado por el a quo al caso de autos.

La actora se queja por la omisión de declarar inconstitucional el inc. 5° del art. 17 de la Ley 26.773; en tanto que la demandada cuestiona la aplicación al sub lite del Decreto n° 1.694/2009 y de la Ley 26.773, entendiendo que ello importa otorgar efecto retroactivo a la nueva legislación.



La sentencia de primera instancia ha aplicado el Decreto n° 1.694/2009, considerando que la enfermedad se evidenció el día 21 de febrero de 2011, cuando aquél ya se encontraba vigente. También aplica la Ley 26.773, en virtud de lo dispuesto por su art. 17 inc. 6°, por los motivos que explica, actualizando los pisos mínimos y haciendo lugar a la demanda por la suma de \$ 169.846,56 –piso mínimo actualizado por índice RIPE–, por ser superior al resultado de la fórmula del art. 14 de la LRT.

Comenzando por la aplicación del Decreto n° 1.694/2009, resulta evidente que la sentencia de grado incurre en autocontradicción, toda vez que a los fines de justificar dicha aplicación coloca el momento de manifestación de la enfermedad en el día 21 de febrero de 2011 (fs. 292 vta.), más para la liquidación de los intereses moratorios este momento se retrotrae al 22 de agosto de 2009 (fs. 295 vta.).

A efectos de zanjar la contradicción, he de estar al día 22 de agosto de 2009 ya que es el denunciado por el actor como fecha de la primera manifestación invalidante y, además, los estudios que detectan la hernia de disco y los certificados médicos se corresponde, todos, con el año 2009, no explicando el a quo porqué considera el día 21 de febrero de 2011 como momento en que se evidenció la dolencia.

No obstante la fecha de la primera manifestación invalidante, de todos modos resulta de aplicación el Decreto n° 1.694/2009. En efecto, al fallar la causa "Basualdo c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 391.051/2009, Sala III, P.S. 2011-II, n° 99) sostuve que el art. 16 del Decreto en cuestión era inconstitucional toda vez que "el Congreso de la Nación delegó en el Poder Ejecutivo Nacional la mejora de las prestaciones dinerarias (art. 11 inc. 3, LRT) y no el condicionamiento en la aplicación de estas mejoras, limitándola en el tiempo a aquellas contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera con posterioridad a la fecha de publicación de la norma en el Boletín Oficial. La alusión a las circunstancias económicas financieras generales del sistema lo es a los efectos de determinar la mejora, pero una vez establecida ésta se agotó la facultad discrecional del poder administrador en orden a evaluar estas circunstancias. Consecuentemente, el diferir en el tiempo la entrada en vigencia de la mejora de las prestaciones dinerarias no forma parte de la facultad de apreciar las condiciones económico-financieras, y, por tanto, resulta ser un exceso en el ejercicio de la potestad delegada.

"Además, la norma del art. 16 del Decreto n° 1694/2009 es contraria a la finalidad tenida en cuenta al momento del dictado de la ley que se reglamenta.

En efecto, en primer lugar tenemos que la materia de que trata la ley es, en definitiva, la cobertura de contingencias de la seguridad social, más allá que el legislador –por razones de conveniencia- haya puesto en cabeza del empleador el financiamiento del sistema. Los principios del derecho de la seguridad social determinan, entre otros aspectos, la inmediatez de las prestaciones, extremo que importa que producida la contingencia, la prestación de la seguridad social debe ser otorgada sin solución de continuidad. Esta inmediatez ha sido expresamente contemplada por la Ley 24.557 en su art. 43 inc. 1, en cuanto determina que el derecho a recibir las prestaciones nace a partir de la denuncia del siniestro o la enfermedad profesional, sin que la ART pueda condicionar su otorgamiento, por lo que no resulta válido que el poder administrador imponga un condicionamiento a este derecho.

"Por otra parte, mediante la Disposición Final Segunda de la LRT, el legislador previó un régimen progresivo para las prestaciones dinerarias, el que no podía exceder los tres años de sanción de la ley. Habiéndose llegado a este límite, el sistema se encuentra plenamente vigente, no encontrándose habilitado el Poder Ejecutivo para establecer una nueva escala diferencial para el otorgamiento de las prestaciones dinerarias.

"En síntesis, la autoridad reglamentaria solamente podía determinar la mejora de las prestaciones, pero no condicionar su entrada en vigencia. Este último extremo constituye un exceso en el ejercicio de la facultad delegada y, además, contraría el espíritu de la legislación que reglamenta. Ello determina que la norma del art. 16 del Decreto n° 1694/2009, al haber avanzado sobre la función legislativa, de exclusiva incumbencia del Congreso de la Nación resulta contraria la Constitución Nacional, contrariando además la manda del art. 14 bis de la misma norma constitucional en cuanto determina que los beneficios de la seguridad social tienen carácter de integrales e irrenunciables".

IV.- Ambas partes cuestionan la aplicación de la Ley 26.773, la actora por considerarla incompleta, y la demandada por entenderla retroactiva.



La posición asumida por la demandante en su alegato es confusa ya que comienza solicitando la aplicación del art. 17 inc. 6° de la Ley 26.773, pero luego muta al pedido de declaración de inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5° de la misma norma, sin que quede claro cuál es la real pretensión de la parte.

Teniendo en cuenta que se trata de una cuestión de naturaleza laboral, y lo dispuesto por el art. 9° de la LCT, he de entender que la pretensión de la parte ha sido la declaración de inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5° de la Ley 26.773 y la aplicación íntegra de esta última, por ser la situación más favorable al trabajador.

En autos "Huaquillan Curriqueo c/ Produc. Frutas Arg. Coop. Seg." (expte. n° 414.984/2010, P.S. 2013-III, n° 98) dije que: "...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" diríg. 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.

"Finalmente, cabe recordar que el convencional de 1957 Mario Giordano Echegoyen destacó que la seguridad social, entre otras contingencias, debe cubrir los accidentes y enfermedades profesionales, por lo que va de suyo que para el constituyente de 1957 esta materia se encuentra comprendida dentro de la seguridad social a la que alude el art. 14 bis de la Constitución Nacional (cfr. Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957, T. II, pág. 1232).

"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.

"...Confirmada la invalidez de la manda del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773, conforme lo ha resuelto el a quo, de ninguna manera encuentro que la aplicación de lo dispuesto en el art. 3 de la ley citada constituya un supuesto de retroactividad.

"He sostenido in re "Basualdo" que la regla general establecida por el art. 3 del Código Civil en cuanto establece que "a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes"... determina que no habiéndose consolidado la situación de autos con anterioridad a la entrada en vigencia de la mejora de las prestaciones establecida por el decreto referido, ya que si bien el siniestro ocurrió con fecha 18 de julio de 2008, la discusión sobre el porcentaje de incapacidad definitiva fue traída a los estrados judiciales y resuelto con la sentencia que aquí se apela, corresponde que la reparación del daño sea determinada en base a los nuevos parámetros legales, conforme lo hizo la a quo.

Esta determinación judicial del porcentaje definitivo de incapacidad –no discutido por las partes–, constituye una de aquellas consecuencias de relaciones jurídicas preexistentes que son alcanzadas por la nueva legislación, sin perjuicio de la validez de los actos cumplidos con anterioridad a la entrada en vigencia de aquella, descartándose, entonces, la existencia de retroactividad en su aplicación.-

"Jurisprudencialmente se ha dicho que la aplicación inmediata de una nueva ley a los efectos pendientes no constituye un supuesto de retroactividad y en el ámbito de la Ley 24.557 es factible la aplicación de la norma vigente al momento de cada etapa prevista por la normativa en relación al daño más allá de la fecha de la verificación de la contingencia, y que la aplicación de las mejoras introducidas por el Decreto n° 1694/2009 a los infortunios ocurridos con anterioridad pero no cancelados a la fecha de entrada en vigencia de la norma no afecta el derecho de propiedad



de las aseguradoras sino que protege a los trabajadores que no han visto cancelados oportunamente sus créditos y han debido recorrer un proceso administrativo o judicial, durante cuyo transcurso cambiaron las circunstancias económicas, reconociendo la nueva legislación la exigüidad del régimen original por lo que no cabe castigar al trabajador otorgándole una indemnización depreciada al momento de percibirla, conclusión que concuerda con el principio de progresividad (art. 75, inc. 23, Constitución Nacional)..."

"Aplicando tales principios al supuesto de autos, si bien el accidente ocurrió el 4 de diciembre de 2008 y la Comisión Médica dictaminó que no existía incapacidad laboral en fecha 26 de mayo de 2009, la trabajadora en tiempo y forma planteó acción judicial tendiente al reconocimiento de la incapacidad y su reparación. Por ende, la indemnización de la incapacidad laboral que presenta la accionante es una de aquellas consecuencias de una situación jurídica anterior –accidente de trabajo–, que se encuentra alcanzada por la nueva legislación.

"Recuérdese que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó la aplicación inmediata de la norma que instituía la actualización de los créditos laborales (Ley 20.695), en un caso en que su fecha de entrada en vigencia era posterior al dictado de la sentencia, señalando que la aplicación de la nueva ley en la etapa de ejecución de sentencia no implicaba retroactividad alguna, pues en el caso "...no se había satisfecho el crédito del accionante...", por lo que "...resulta por tanto aplicable la doctrina del artículo 3º del Código Civil, primera parte, ya que tan sólo se alteran los efectos en curso de aquella relación nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entrada en vigencia del nuevo texto legal..." (autos "Camusso vda. de Marino c/ Perkins S.A.", Fallos 294:445).

"...Existe también otro argumento que habilita la aplicación del art. 3 de la Ley 26.773, y es el referido al instituto de las deudas de valor, que ha sido esgrimido por el a quo como fundamento de su decisión.

"Jorge Joaquín Llambías define a la deuda de valor como aquella que se refiere a un valor abstracto, constituido por bienes, que luego habrá que medir en dinero: sin duda, el deudor solventará la deuda entregando dinero, que es el común denominador de todos los bienes. Pero como él no era un deudor de dinero, sino del valor correspondiente a los bienes en cuestión, hasta tanto no sobrevenga el acuerdo de las partes, o la sentencia judicial que liquide la deuda y determine cuál es la cantidad de dinero que deberá aquél satisfacer al acreedor, su obligación será una deuda de valor, que sólo pasará a ser una deuda de dinero luego de practicada esa determinación (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Civil – Obligaciones", Ed. Abeledo-Perrot, 2012, T. II-A, pág. 127/128).

"Recuerda Félix A. Trigo Represas que la doctrina y jurisprudencia nacionales acudieron al distingo entre deudas de dinero y deudas de valor (cuya elaboración se atribuye a Ascarelli, pero que inicialmente fue formulada por la doctrina alemana de la primera postguerra) en procura de poner un coto a la inequidad derivada de la distorsión entre el valor escrito y el real poder adquisitivo de la moneda, en épocas de tremenda inflación. Con cita de Puig Brutau señala que el nominalismo se funda en algo que casi siempre es, en parte, una ficción: que el valor jurídico y el económico coinciden, o que la igualdad nominal es al mismo tiempo una igualdad real; pero se funda en ella a pesar de todo, por entenderse que lo normal será que tal ficción no pase de cierto límite, excedido el cual ya no podrá servir de base para ninguna solución jurídica (cfr. aut. cit., "Deudas de dinero y deudas de valor.

Significado actual de la distinción", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2001-2, pág. 30/31).

"Más allá de la coyuntura que permitió el acogimiento de la deuda de valor dentro de nuestra jurisprudencia, los tribunales nacionales vienen considerando, casi invariablemente y aunque no se diga expresamente, que el resarcimiento por daños constituye un ejemplo de aquellas deudas de valor.

Adviértase que generalizadamente la valuación del daño causado por un hecho ilícito se hace a la fecha de la sentencia que determina el monto de la indemnización. Sin embargo existen tribunales que lo han admitido expresamente.

Así el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro (autos "Loza Longo c/ R.J.U. Comercio e Beneficiamiento de Frutas y Verduras", sentencia del 27/5/2010, LL on line AR/JUR/19177/2010); la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (autos "Labaronnie c/ Madeo", sentencia del 4/11/2009, LL on line AR/JUR/52950/2009); y la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala G, autos "Burzaco c/ Ozzuna", sentencia del 22/8/2005, LL on line



AR/JUR/3833/2005).

“Esta Cámara de Apelaciones también ha receptado el concepto de deuda de valor. Las Salas I, en anterior composición, y III consideran que la reparación de daños y perjuicios es una deuda de valor (autos “Muñoz c/ San Agustín S.A.”, P.S. 2008-V, n° 186 y autos “Calantoni c/ Municipalidad de Neuquén”, P.S. 2012-II, n° 45, respectivamente), extendiéndolo esta última Sala a las deudas por reparaciones en el inmueble locado (autos “Cuello c/ Beniz”, P.I. 2012-I, n° 33), y a las deudas alimentarias (autos “Arroyo c/ González”, P.I. 2006-III, n° 222).

“Tal como lo indica Ricardo Cornaglia (“La tasa activa de intereses en los accidentes de trabajo con relación con las deudas de valor”, LLBA, diario octubre/2011, pág. 948) la deuda por la reparación de los infortunios del trabajo, reclamada en sede judicial, es una deuda de valor. Ello es así por tratarse de la reparación de un daño, cual es la incapacidad laborativa del trabajador y sus consecuencias.

“El objetivo de la prestación dineraria prevista por la Ley 24.557 es la reparación de un daño a la salud psicofísica del trabajador producido por un accidente de trabajo o una enfermedad profesional, al que hay que darle una entidad económica a efectos de permitir que el deudor cancele su obligación. O sea, se trata de una típica deuda de valor, ya que la indemnización es por el daño, traducido en dinero. Y este valor económico corresponde que sea asignado en oportunidad, en este caso, de dictarse la sentencia de grado, que determina la existencia de la minusvalía y la consecuente obligación de indemnizar el perjuicio, a cargo de la demandada, de acuerdo con las pautas vigentes a ese momento”.

Las conclusiones antedichas no se ven alteradas por la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación plasmada en la causa “Lucca de Hoz/ Taddei” (sentencia del 17/8/2010, LL diario del 13/9/2010). En efecto, el supuesto de hecho sobre el que se expidió la Corte en el precedente citado fue la muerte del trabajador, producida con anterioridad a la entrada en vigencia del Decreto n° 1278/2000, habiendo otorgado la aseguradora la prestación prevista en la LRT en ese momento. Indudablemente en este caso la consecuencia se encontró consumada antes de la entrada en vigencia del nuevo texto legal, ya que la integración del presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento (en palabras de la Procuradora General, que la mayoría de la Corte hace suyas) fue concomitante con el siniestro. Pero, en autos esta integración se produce recién con la sentencia de grado, que es la que determina el porcentaje de incapacidad del trabajador, no siendo aplicable, conforme lo adelanté, la doctrina del fallo “Lucca de Hoz”.

Conforme lo dicho, corresponde que se adicione a la indemnización determinada en la sentencia de grado, el porcentual establecido por el art. 3 de la Ley 26.773.

Teniendo en cuenta que la actora no se agravia por la aplicación del piso mínimo previsto por el Decreto n° 1.694/2009, actualizado por índice RIPTÉ, no corresponde proceder a una nueva liquidación del monto indemnizatorio, sino solamente agregar a la condena el adicional del art. 3 de la Ley 26.773, como ya se señaló.

V.- Resta por analizar la queja de la parte demandada referida a la liquidación de los intereses moratorios.

Con relación a la fecha de inicio del cómputo de los intereses moratorios, la considerada por el a quo se corresponde con la doctrina del Tribunal Superior de Justicia provincial plasmada en la causa “Mansur” (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), la que también es aplicada en forma unánime por esta Cámara de Apelaciones.

En cuanto a la pretensión de que no se liquiden intereses por el período de actualización por importar una doble potenciación de la deuda, no asiste razón al recurrente.

Los intereses moratorios compensan la privación de uso del capital, por lo que corresponde se abonen desde el momento de la mora, independientemente de la actualización o no de aquél capital.

Esta actualización sí influye en la tasa en base a la cual se ha de liquidar el interés moratorio. Es por ello que la sentencia de grado, correctamente, determina una tasa pura de interés del 12% para el período de actualización, y luego la aplicación de la tasa activa hasta el efectivo pago. Criterio que, por otra parte, es el adoptado por las tres Salas de la Cámara de Apelaciones.

VI.- Dado el resultado de los recursos planteados por las partes, que determinan la modificación del capital de condena, deviene abstracto el tratamiento de la apelación arancelaria.



VII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y hacer lugar al de la parte actora. En consecuencia se modifica parcialmente el resolutorio de grado, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 203.815,87, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC, habiendo variado el capital de condena, se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia; fijando los emolumentos profesionales en el 11,2% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20, Ley 1.594) para cada uno de los letrados apoderados de la parte actora Dres. y; y en el 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada Dr., de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios de los peritos de autos, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, se fijan en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos, Dr. y Lic.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se establecen en el 6,72% de la base regulatoria para el Dr. y en el 4,70% de la base regulatoria para el Dr., conforme lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero al voto de la Dra. Cléici en el tratamiento dado a la dolencia del actor como enfermedad profesional (considerando II).

Sentado lo anterior, me abocaré al análisis de la vigencia y posibilidad de aplicación –y, en su caso, alcance- de la ley 26.773, en tanto he disentir parcialmente en la línea argumental de mi colega y, por consiguiente, con la solución a la que arriba.

1. El contexto de decisión: Debo comenzar el análisis, afirmando que la sucesión normativa que se ha producido en esta materia y la técnica legislativa empleada, unida a la demora en el dictado de las reglamentaciones, ha tornado muy compleja la labor interpretativa judicial.

Por una parte, la naturaleza de los derechos en juego, la desactualización y consiguiente insuficiencia –en algunos casos- de las indemnizaciones, ha exigido acudir al más extremo remedio en la tarea judicial de aplicación normativa, cual es la declaración de inconstitucionalidad.

Este panorama, a su vez, se vio nuevamente complicado a raíz del dictado de la última normativa y el excesivo tiempo transcurrido en el dictado de su reglamentación, lo que exigió de los operadores una puesta en marcha del sistema, prescindiendo de ella, en tanto la respuesta no podía hallarse sujeta a la actividad de un órgano administrativo y cuya omisión resultaba violatoria de garantías constitucionales.

Lo cierto es que, en el momento actual, se ha dictado el decreto reglamentario 472/2014, lo que exige efectuar un nuevo análisis de la cuestión y reformular en algunos aspectos el tratamiento que de esta materia se había realizado.

Con la prevención, entonces, que la solución que aquí se acordará involucra una respuesta, en ciertos aspectos, diversa a la dada en los análisis anteriores, revisión que encuentra su justificación en el reexamen de la cuestión a la luz de las modificaciones normativas y los pronunciamientos jurisprudenciales, que, como fuentes del derecho debo ponderar, me abocaré al tratamiento de los agravios introducidos en esta instancia.

2. Aplicación retroactiva e inmediata de la ley.

El embate recursivo de la demandada, se centra en la aplicación de las disposiciones del Decreto 1694/09 y de la ley 26.773 a un accidente cuya manifestación invalidante fue anterior a su entrada de vigencia.

2.1. Ahora bien, sostuve en las numerosas causas que han venido a resolución de esta Sala, con antecedente directo en los desarrollos que efectuara en la causa "Vinet", que si una ley pretende aplicarse a situaciones en curso, es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación que no podrán ser alcanzadas sin retroactividad y las partes posteriores, para las cuales la ley nueva sí debe aplicarse y siempre tendrá efecto inmediato.

Señalaba, entonces, que las situaciones jurídicas y con más razón las relaciones jurídicas, se constituyen, modifican o extinguen, porque los sujetos producen ciertos hechos o actos jurídicos a cuya presencia el ordenamiento liga



particulares efectos... La ley nueva posterior, no puede regular lo que quedó jurídicamente consolidado bajo la ley anterior, salvo un efecto retroactivo que expresamente le confiera el legislador.

Concluía, que el sistema del efecto inmediato consiste en que la ley nueva toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron.

Por lo tanto: todo aquello que se ha perfeccionado debe quedar bajo la égida de la misma ley: Los hechos pasados que han agotado la virtualidad que les es propia, no puede ser atrapados por la nueva ley (juega la noción de consumo jurídico) y si se los afectara se incurriría en retroactividad. (cfr. Marigo, Marta Susana "El artículo 37 de la ley 22.250 como norma de solución de conflictos de leyes sucesivas", DT 1982-B, 1235, a quien seguí al efectuar los desarrollos en la causa citada).

2.2. Ahora, traídos estos conceptos al caso de los accidentes de trabajo, tenemos que el "consumo jurídico" no se produce al tiempo de la sentencia condenatoria que sólo tiene efecto declarativo, ni al tiempo de la cancelación del crédito indemnizatorio. (cfr.en extenso, autos "Vinet" del registro de la Sala II).

3. EL precedente Calderón.

La CSJN ha señalado en autos "Calderón, Celia Marta C/ Asociart", haciendo suyos los términos de la Procuradora Fiscal que: "el fallo judicial que impone el pago de una indemnización por infortunio laboral, sólo declara la existencia del derecho que lo funda, que es anterior a ese pronunciamiento; por ello la compensación económica debe determinarse conforme a la ley vigente cuando ese derecho se concreta, lo que ocurre en el momento en que se integra el presupuesto fáctico previsto en la norma para obtener el resarcimiento, con independencia de la efectiva promoción del pleito que persigue el reconocimiento de esa situación y de sus efectos en el ámbito jurídico (Fallos 314:481; 315:885); sostener lo contrario conllevaría la aplicación retroactiva de la nueva ley a situaciones jurídicas cuyas consecuencias se habían producido con anterioridad a ser sancionada (Fallos 314:481; 321:45)..."

Y se aclara más adelante que tal circunstancia determinante del régimen aplicable se origina cuando la obligación es exigible, esto es "cuando es declarado el carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente y no con la primera manifestación invalidante –que fue considerada por los jueces de la causa-... La LRT establece pautas conceptuales para distinguir los momentos en que el trabajador tiene derecho a que se le paguen las prestaciones previstas legalmente, que difieren de aquéllos en que se produce la primer manifestación invalidante, en el presente caso: el accidente. Ello es así, porque el art. 9 de la LRT dispone que la situación de la incapacidad laboral permanente (ILP) que diese derecho al damnificado a percibir una prestación de pago mensual, tendrá carácter provisorio durante 36 meses... Es por ello que entiendo que...si el objeto mismo del reclamo nunca pudo ser exigido antes de la declaración del carácter definitivo de la incapacidad laboral permanente, resultaba razonable que se aplique la norma vigente al momento en que es exigible dicho crédito para su cobro..."

Y concluye: "Desde esta perspectiva, deberá examinarse los principios del precedente Aveiro en cuanto destaque que si el decreto en juego, según sus propios considerandos perseguía fines perentorios e impostergables, así como procuraba dar respuesta a la posibilidad y la necesidad de mejorar el régimen de la LRT de inmediato con el propósito de dar satisfacción a necesidades impostergables del trabajador o de sus derecho habientes originadas en el infortunio laboral, la interpretación del citado art. 19 debía realizarse con arreglo a tales premisas..." (cfr. del dictamen de la Procuradora que la mayoría de la CSJN hace suyo en la sentencia dictada en "Calderón Celia Marta c/ Asociart ART s/ acc." (C. 915, XLVI), de fecha 29 de abril de 2014. El resaltado es propio)

A partir de las consideraciones anteriores, reafirmo entonces mi posición, en punto a que ni el pago, ni la sentencia determinan el derecho aplicable, sino –y tomando para ello la formulación efectuada por la CSJN- el momento en que haya sido exigible el crédito. Sin embargo, también se advierte que, en orden a la doctrina sentada por la CSJN, la crítica en torno a la aplicación del Decreto 1694/9 se diluye, en tanto el dictamen de la Comisión Médica data de fecha 11/05/2010 (más allá de la calificación como enfermedad inculpable. 3.1. El precedente del TSJ en autos "Mansur". Su implicancia.

En lo que hace estrictamente a la aplicación de la ley 26.773 y en línea a los razonamientos iniciales, el



pronunciamiento del tribunal confluye con dicha línea, puesto que más allá de analizar el tópicos relativo a los intereses, desliza:

"...La diferente solución normativa reclama que se analice si el nuevo texto resulta o no aplicable al sub lite, debiendo tenerse presente que el infortunio sucedió el 12/7/06 y la Comisión Médica N°9 resuelve la definitividad de la incapacidad total permanente el 13/11/2007 cuando emite su dictamen (ver fs.223/228).

La Ley 26.773, en el Art. 17 (Disposiciones Generales), reza:

"5. Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha."

Cabe indicar que la publicación en el mencionado boletín data del 26/10/2012.

Se tiene, por consiguiente, que la singular hipótesis aquí debatida no se encuentra alcanzada por el nuevo régimen legal..." (el resaltado es propio. Acuerdo 20/13).

En definitiva y, en lo que aquí importa, entiendo que es cierto que la ley 26.773 no es lisa y llanamente aplicable a este caso, pero sí lo es, en las precisas condiciones de vigencia que ha establecido el legislador.

4. La aplicación de la ley 26.773 al caso. Disposiciones específicas de vigencia. El alcance de los incisos 5 y 6 del artículo 17. Excepción a la irretroactividad de la ley.

En efecto, como planteara más arriba, una ley nueva posterior, no puede regular lo que quedó jurídicamente consolidado bajo la ley anterior, salvo un efecto retroactivo que expresamente le confiera el legislador.

Y esto encuentra un punto de anclaje en las disposiciones de la ley 26.773, específicamente en lo que hace a la distinta previsión contenida en los apartados 5 y 6 de su artículo 17.

Siguiendo los lineamientos anteriores, entiendo que a este caso no le es aplicable el artículo 3 de la ley 26.773, en cuanto se encuentra inserto en las previsiones del inciso 5º: 'Las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha'.

Me remito a los desarrollos que efectuara con mayor extensión en la causa "Vinet" en punto a la diferenciación entre la aplicación inmediata y retroactiva de la ley, los que explican que, según lo entiendo, la aplicación del artículo 3º de la ley 26.773 constituiría un supuesto de aplicación retroactiva.

4.1. Sin embargo, el ap. 6º del mismo artículo expresa: 'Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decr. 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1º de enero del año 2010'.

La distinta redacción y la existencia misma de dos preceptos diferenciados estaría "...demostrando que en materia de ajuste (índice RIPTÉ) la ley no ha seguido el criterio general de aplicación ceñida a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produjera luego de su publicación, sino que dispone su directa operatividad sobre las prestaciones adeudadas (es decir que juega sobre contingencias ocurridas con anterioridad). De otro modo la diferenciación no tendría sentido práctico ni jurídico (cfrme. Formaro, Juan J. Riesgos del Trabajo. Leyes 24.557 y 26.773, Acción especial y acción común. 1ª edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2013, pág. 174/5).

En este punto debo señalar que no desconozco la interpretación que sustenta que el inc. 6 vendría a complementar las disposiciones del inc. 5 (cfr. Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, Sala Laboral en el caso "Martín, Pablo Darío c/ Mapfre" Sentencia 3/2014); Ackerman, Mario E. "El RIPTÉ y su ámbito temporal de aplicación" DT 2014, julio, 1927).

Sin embargo, como he señalado, no comparto tal interpretación.

Aquí y más allá de las consideraciones anteriores, entiendo que confluyen otras razones que también me persuaden de la corrección de la solución escogida:

a) A diferencia del inc. 5), que hace alusión a "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero y en especie "de esta ley" entrarán en vigencia a partir...", el art. 17, inc. 6) no se refiere a la hipótesis prevista en el art. 17, inc. 5), sino



que contempla a "Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la Ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el Decreto 1.694/09...". Esto demuestra su aplicación a las contingencias anteriores, que se calculan sobre la base de dichas normas).

b) El último "ajuste" a estas prestaciones dinerarias del "sistema" ocurrió en el año 2.009 con la sanción del Decreto 1.694/09 y solamente para aquellas contingencias laborales cuya "primera manifestación invalidante" fueran posterior a su publicación en el B.O., dejando sin "ajuste" alguno a aquellas cuya "primera manifestación invalidante" fueran anteriores a su publicación en el B.O.

Y coadyuva a esta interpretación, el mensaje de elevación del P.E. del proyecto de ley, al sostener que: "Se prescribe, en otro orden, un ajuste general de los importes por incapacidad laboral previstos en las normas de reparación de acuerdo a la variación del índice RIPTE publicado por la S.S.S. del M.T.S.S."

Es decir, que el Estado Nacional, tenía el objetivo de ajustar las prestaciones dinerarias por incapacidad permanentes producidas durante la vigencia de la L.R.T, el Decreto 1.278/00 y el Decreto 1.694/08, dado que de lo contrario hubiera hecho referencia solamente a las prestaciones dinerarias que cayeran bajo la vigencia temporal de la nueva ley y no a un "... ajuste general de los importes por incapacidad laboral previstos en las normas de reparación..." tal como, en definitiva, quedó plasmado en el mensaje de elevación, lo cual, reitero, resulta indudable que estaba haciendo alusión no solo a las prestaciones alcanzadas por la nueva legislación, sino a todas "... las normas de reparación...", lo cual lleva a sostener, sin ninguna hesitación, que comprendía a las que cayeron bajo la vigencia de la L.R.T., al Decreto 1.278/00 y al Decreto 1.694/09.

Ese, por lo demás, fue uno de los declamados objetivos de la nueva legislación por parte de aquellos funcionarios del P.E.N. y legisladores nacionales que impulsaron su sanción (cfr. en este aspecto, los desarrollos efectuados en "Godoy Diego Maximiliano c. MAPFRE argentina ART S.A. p/accidente", Cámara del Trabajo, Mendoza, 12/11/12).

c) Y, fundamentalmente, porque esto permite efectuar una interpretación del texto normativo, conforme a la Constitución: Una norma puede admitir varias interpretaciones; de éstas, algunas pueden llevar al reconocimiento de una inconstitucionalidad, otras consienten tomarla como compatible con el texto constitucional. El intérprete a través del método de interpretación conforme a la Constitución, tiene que inclinarse por esta última salida o vía de solución.

Y, desde allí, la norma interpretada conforme a la Constitución, será entendida como constitucional. (cfr. entre otros, Bonavides, Paulo, citado por Da Silva Virgilio Afonso. La interpretación conforme a la Constitución. Entre la trivialidad y la centralización judicial. Cuestiones Constitucionales 2005 3-28. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=88501201>. Fecha de consulta: 14 de agosto de 2014. Sobre estos aspectos, volveré más adelante).5. Ambito de aplicación del RIPTE. El impacto del Decreto 472/2014.

Queda sentado, entonces, que el artículo 3 de la ley 26.773 no es aplicable al caso, en tanto importaría una aplicación retroactiva de la ley, solución no posible al no estar prevista por el legislador.

Tampoco advierto que existan motivos de índole constitucional para apartarse de esta interpretación, en tanto su no aplicación no "liquida, ni pulveriza la indemnización"; no produce un menoscabo sustancial que determine un resultado injusto en términos constitucionales (me remito, a contrario sensu, a los desarrollos que efectuara en otras causas –entre otros, autos "Millaqueo Curamil"- en torno a la aplicación analógica de los parámetros establecidos en el decreto 1694/9).

Pero, por el contrario, sí es aplicable el RIPTE, por así contemplarlo –según lo entiendo y se ha dejado establecido más arriba- el inciso 6 del art. 17.

Ahora bien, llegados a esta altura, corresponde abordar una segunda cuestión, cuya solución se ve directamente impactada por la reglamentación de la ley, esto es, por el dictado del Decreto reglamentario 472/2014.

5.1. En efecto, como sostiene García Vior "La ley 26.773 ha dado lugar a numerosísimas propuestas interpretativas, en especial, con relación a las normas regulatorias del particular sistema de "ajuste" del régimen resarcitorio de los daños derivados de accidentes y enfermedades del trabajo —art. 8º y 17—, lo que ha delineado un panorama algo caótico que me llevó a sostener que nos encontrábamos bajo los "efectos psicodélicos" del RIPTE..." (cfr. García Vior, Andrea E., "Reglamentación de la Ley de Riesgos del Trabajo. Cuantificación actual de su resarcimiento", LA LEY 25/04/2014,



25/04/2014, 1 - LA LEY2014-C, 625 - DT2014 (mayo), 1335. Cita Online: AR/DOC/1275/2014).

Ahora bien, el art. 8° de la ley 26 773 establece: "Los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación, se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia".

Y, por su parte, el art. 17 inciso 6° de dicha normativa prevé que: "Las prestaciones en dinero por incapacidad permanente, previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, y su actualización mediante el decreto 1694/09, se ajustarán a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley conforme al índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social, desde el 1° de enero del año 2010. La actualización general prevista en el art. 8° de esta ley se efectuará en los mismos plazos que la dispuesta para el Sistema Integrado Previsional Argentino (SIPA) por el art. 32 de la ley 24.241, modificado por su similar 26.417".

Haciendo mías, nuevamente, las palabras de García Vior, diré que "En ese primigenio —y básico— contexto normativo y, ante la ausencia de normas reglamentarias que permitan darle a tales disposiciones un sentido claro y unívoco, desde la entrada en vigencia de tales disposiciones (26/10/12 —fecha de publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial) y hasta principios del año en curso —2014—, los jueces las han aplicado, según las circunstancias de cada caso particular, sobre la base de criterios diversos que, a veces, han resultado antagónicos"

En este contexto, irrumpió la legislación reglamentaria, indicando, en concreto y en lo que aquí importa, el artículo 17: "Determinase que sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/2009, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.773, considerando la última variación semestral del RIPTÉ, de conformidad a la metodología prevista en la Ley 26.417".

Como se podrá advertir, estas disposiciones impactan directamente en lo que aquí viene a recurso, puesto que si el RIPTÉ se aplica únicamente con relación a las compensaciones de pago único y a los pisos indemnizatorios, la solución propuesta por el magistrado se ajusta a la previsión normativa.

Y, si bien con anterioridad al dictado del decreto, he efectuado otra interpretación, un nuevo de análisis de la cuestión, me conduce a virar el eje decisorio y en una nueva interpretación integral de toda la normativa vigente, he de proponer al Acuerdo una solución diversa.

6. Argumentos por los cuales entiendo que el Decreto 472/2014 es aplicable. La ausencia de reparos constitucionales. Debo aquí, nuevamente, señalar la existencia de posiciones contrarias, aún a partir del dictado del decreto.

Hay quienes continúan con la solución anterior, en el entendimiento de que las disposiciones reglamentarias son inconstitucionales, propiciando su declaración en tal sentido (cfr. entre otros, Schick, Horacio "Análisis del decreto 472/14 reglamentario de la ley 26.773, DT 2014 (mayo) 1345).

Sin embargo, una reflexión meditada sobre la normativa implicada, en la que no escapa —además— los resultados efectivos de los pronunciamientos que se dicten, me conduce a no compartir esa posición.

Es que, tal como lo hemos remarcado en otras oportunidades y, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la declaración de inconstitucionalidad se constituye en el último recurso al que deben acudir los magistrados, en orden a determinar el derecho que rige la solución del caso.

Así, ha señalado que el análisis de la validez de una norma constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un Tribunal de Justicia; sólo es practicable si tal declaración se presenta como razón ineludible del pronunciamiento que la causa requiere. Por la gravedad de tales exámenes, debe estimárselos como la "ultima ratio" del orden jurídico, de tal manera que no debe recurrirse a ello sino cuando una estricta necesidad lo requiera (Fallos 303: 531, 790; 304: 849, 892, 1069; 305:1304; 307: 531, 1656, entre tantos otros).

En este sentido y retomando conceptos anteriores, debe enfatizarse que "...en el proceso de interpretación constitucional en Cartas Fundamentales estructuradas bajo el principio democrático, los operadores e intérpretes



jurídicos de la Constitución deben presumir la buena fe y constitucionalidad de la obra del legislador y demás operadores jurídicos, salvo que de dichos enunciados normativos no sea posible extraer ninguna interpretación que sea conforme con la Carta Fundamental. Este es el principio constitucional de conservación normativa, conservación del derecho o de presunción de constitucionalidad de los actos legislativos que busca evitar la eliminación o desmantelamiento del ordenamiento jurídico de textos que pudieran ser interpretados en algún sentido en conformidad a la Constitución. Este principio junto con preservar el ordenamiento jurídico busca también asegurar y garantizar la mayor certeza y seguridad jurídica para sus destinatarios. La inconstitucionalidad sólo debe ser determinada cuando una norma jurídica en ninguna interpretación legítima es conforme a la Constitución..." (cfr. Gozaíni, Osvaldo A. "El efecto legislativo de las sentencias constitucionales", Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal 2013 (junio), 1).

7.1. Traídos estos conceptos al caso del decreto 472/14, entiendo que el mismo en el aspecto analizado, no incurre en un exceso reglamentario que pueda conllevar a su declaración de inconstitucionalidad.

En efecto, sobre el art. 8° de la ley 26.773 y la operatividad del RIPE, el reglamento dispone:

"Facúltase a la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social para que establezca los parámetros técnicos y metodologías de ajuste de las compensaciones dinerarias adicionales de pago único y de los pisos mínimos que integran el régimen de reparación".

Y, al reglamentar el artículo 17, con alusión al inciso 6) indica: "...sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto 1694/09, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPE (Remuneraciones Imponibles Promedio de los Trabajadores Estables), desde el 1° de enero de 2010 hasta la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 26.773, considerando la última variación semestral del RIPE, de conformidad a la metodología prevista en la Ley N° 26.417".

Tal como lo indica Maza, "Esta norma parece responder de una manera heterodoxa —"como quien no quiere la cosa", si se me permite la expresión vulgar— a uno de los puntos más debatidos de la ley 26.773, es decir a los alcances del ajuste al que aluden los arts. 8° y 16 apartado 7° y el reglamento parece —y digo así pues el lenguaje usado no da certeza absoluta— seguir la tesis hermenéutica restrictiva que considera que tales ajustes sólo recaen sobre los montos mínimos de referencia de los arts. 14 y 15 de la ley 24.557, sobre las prestaciones adicionales de pago complementario de los incisos a), b) y c) del art. 11 apartado 4° de esa ley —conforme la mejora que le introdujera el DNU 1278/00— y el valor mínimo del art. 3° de la ley 26.773 para la indemnización complementaria destinada a compensar otros daños no cubiertos por las fórmulas de aquellos artículos.

La expresión inicial del precepto "...sólo las compensaciones adicionales de pago único, incorporadas al art. 11 de la Ley N° 24.557, sus modificatorias, y los pisos mínimos establecidos en el Decreto N° 1694/09, se deben incrementar conforme la variación del índice RIPE..." parece clara al limitar la operatividad de los ajustes y, de alguna manera, descartar que ese ajuste pueda recaer sobre indemnizaciones..."

¿Importa esto una restricción inconstitucional a la preceptiva de la ley? Todo dependerá del alcance que entendamos tiene el texto legal reglamentado.

7.3. Al respecto indican Formaro y Barreiro: "...Ya referimos que la ley 26.773 se caracteriza por su deficiente técnica legislativa, habiendo su rauda tratamiento derivado en la existencia de múltiples disposiciones que causan dubitación. Uno de los interrogantes atañe, en lo que interesa a este aporte, al "objeto" del ajuste. Es decir: ¿A que "importes" refiere la ley? ¿A los pisos y sumas adicionales fijas o también a los montos resultantes de la aplicación de las formulas en cada caso concreto?

Es necesario, lógicamente, atender en primer lugar a la redacción de la ley.

El art. 8° establece que se ajustarán "los importes por incapacidad laboral permanente". Importe significa "cuantía de un precio, crédito, deuda o saldo".

Por otra parte, el inc. 6° del art. 17 dispone que se ajustarán "las prestaciones en dinero por incapacidad permanente". Las prestaciones, es obvio decirlo, se identifican con el total a que asciende el monto dinerario que corresponde al acreedor.



Ramírez sostiene que una interpretación literal lo llevaría a pensar que se actualiza el resultado de las formulas, aunque termina afirmando que esa no sería la voluntad del legislador. En el mismo sentido —por la aplicación del índice sólo sobre "pisos" y "adicionales"— se han expedido Maza y Ackerman, entre otros... Aún cuando la literalidad de la ley (al utilizar los términos "importes" y "prestaciones") podría remitir en su primera parte a un ajuste particular del monto total indemnizatorio en cada caso concreto, el texto del art. 8° señala que las prestaciones "se ajustarán de manera general" y luego aduna que ello ocurrirá "semestralmente". Por esas razones, al tratarse de un ajuste general que se realiza en períodos determinados, puede concluirse que de acuerdo a la ley lo que se pretende es el ajuste de los pisos (incluyéndose el previsto en el segundo párrafo del art. 3° de la ley 26.773) y sumas adicionales..." (cfr. Barreiro, Diego A. Formaro, Juan J. "El ajuste por RIPE establecido por la ley 26.773", Publicado en: DT 2013 (agosto), 2016).

Esta interpretación se presenta razonable, si se piensa, en términos de Grosso, que "justamente lo que pretendió el artículo 17 inciso 6) de la Ley Nro. 26773 es incrementar únicamente los pisos y las compensaciones dinerarias adicionales de pago único y por ello la norma expresamente alude las prestaciones en dinero por incapacidad permanente previstas en la ley Nro. 24557 y sus modificatorias y su actualización mediante el decreto Nro. 1694/09 se ajustaran a la fecha de entrada en vigencia de la ley conforme el índice RIPE...desde el uno de enero del 2010.

Las únicas prestaciones dinerarias por incapacidad permanente que consagra la Ley Nro. 24557 y que se actualizaron mediante el decreto Nro. 1694/09 son las prestaciones adicionales del artículo 11 de la Ley Nro. 24557 y los pisos mínimos.

Creemos que es esto lo que pretendió el legislador, ya que el decreto Nro. 1278/00 agregó en la Ley Nro. 24557 el apartado 4 del artículo 11 creando las compensaciones dinerarias adicionales de pago único. Posteriormente y después de 9 años se dictó el decreto Nro. 1694/09 que actualizó las compensaciones adicionales, eliminó los topes y se fijó un piso, es decir que la incapacidad no podía ser inferior al porcentaje de 180.000 por el porcentaje de incapacidad...

Aplicando éste criterio, que es compartido por varios autores, se solucionaría la confusión que ha traído aparejada la aplicación del RIPE a las prestaciones dinerarias del artículo 14 y para casos anteriores a la vigencia de la ley y posteriores a enero del 2010... Creemos que con el criterio jurisprudencial de aplicar el índice RIPE sobre la indemnización del artículo 14 de la Ley Nro. 24557 se está aplicando una cláusula de ajuste o gatillo a una prestación dineraria..." (cfr. Grosso, Miguel, "Ley 26.773 y aplicación del RIPE.

Incremento notorio de los montos indemnizatorios y del litigio con su aplicación a las prestaciones dinerarias de los artículos 14 y 15 de la ley 24.557. Visión jurisprudencial de la provincia de Mendoza", Publicado en: LLGran Cuyo 2014 (abril) , 265)

Y, coadyuva a mi convencimiento los desarrollos efectuados por Maza, en tanto indica: "...que "el texto de los arts. 8° y 17 apartado 6° no dispone la actualización de las obligaciones indemnizatorias adeudadas sino de los importes del art. 11 apartado 4° de la ley 24.557 y de los valores de referencia de los arts. 14 y 15, convertidos en mínimos garantizados por el decreto 1694/2009, montos a los que los jueces deben acudir a la hora de determinar la cuantía dineraria de las reparaciones correspondientes" y que "la ley 26.773 no ha introducido un mecanismo de indexación de las obligaciones en excepción a la prohibición vigente nacida de las leyes 23.928 (art. 7°) y 25.561 (art. 4°) sino solamente el ya descripto método automático de "mejoramiento" de las prestaciones del art. 11 apartado 4° y de los mínimos de referencia de los arts. 14 y 15 LRT con las mejoras del decreto 1694/2009... si el Congreso Nacional hubiese decidido generar una excepción a una regla tan trascendente como la establecida en la ley 23.928 —tan importante que fue ratificada con reiteración por la ley 25.561— lo hubiese hecho de manera clara y expresa. No encuentro aceptable admitir un cambio en la política del Congreso en una materia tan sensible como la económica y que se relaciona con el valor de la moneda por la vía de la interpretación ya que ello constituye un camino discutible, incierto y peligroso, siendo del caso recordar con énfasis que los jueces deben hacer un análisis cuidadoso de las consecuencias futuras y generales que sus decisiones particulares pueden generar (...). En este plano me parece insoslayable valorar la advertencia que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hiciera en ocasión de validar la constitucionalidad de aquella doble prohibición de indexar en el caso "Massolo, Alberto José c. Transporte Del Tejar S.A" del 20/4/2010..." (cfr.



Surra Fernando Rafael , CNAT, Sala II, 28/2/14, citado por García Vior, op. cit. En similar línea, más restrictiva aún, Ackerman, Mario E, "El RIPE y su ámbito de aplicación", DT 2014 (julio) 1927).

7.4. Como conclusión de los desarrollos efectuados en este punto, entiendo que el decreto reglamentario no limita el alcance de la ley, ni la distorsiona y que, a partir de su dictado, las dudas que inicialmente existieron se disipan, teniendo para mí que la actualización se aplica sólo a esos dos conceptos.

Esta interpretación del alcance material y temporal en la aplicación del artículo 17 inc.6) permite efectuar una labor de hermenéutica judicial, sin traspasar el límite de modificar pretorianamente el sistema de la ley (cfr. Gabet, Alejandro, LLGran Cuyo 2013, diciembre 1161).

En definitiva, he de concluir con los ya citados Barreiro y Formaro: "La norma es clara: el ajuste se hace a la fecha de entrada en vigencia de la ley (26/10/2012). La razón se halla en que de otro modo el período que va desde noviembre de 2009 hasta el dictado de la nueva ley quedaría desactualizado.

Es decir que se actualizan automáticamente las prestaciones del art. 11 de la ley 24.557 (\$80.000, \$100.000 y \$120.000), y los pisos de sus arts. 14 y 15 (\$180.000). Para estas contingencias no habría suma adicional por otros daños por imperio del art. 3º de la ley 26.773, salvo que se requiriese la consideración de las mejoras tarifarias por su aplicación a los hechos no reparados, en función de la equidad, o mediante declaración de inconstitucionalidad. Sobre estas cuestiones, que ya han sido tratadas por la jurisprudencia y la doctrina, volveremos al final.

Es entonces la ley la que determina las fechas a computar (desde cuando y hasta cuando se actualiza) y el índice a utilizar (RIPE).

Según la publicación del MTEySS, el índice de enero de 2010 es 344,73 y el de octubre de 2012 es 770,83 (17). Esto arroja un coeficiente para actualizar de 2,236039.

Es decir que cualquier prestación dineraria adeudada al 26/10/2012 deberá respetar los pisos actualizados conforme al coeficiente 2,236039 (esto implica un aumento del 123%)..." (op.cit. En igual sentido se pronuncia García Vior, Andrea E. "La psicodelia del "RIPE". Los "ajustes" por el índice RIPE de la ley 26.773. El decreto 472/14 y los criterios interpretativos vigentes" Publicado en: LA LEY 25/04/2014 , 1 • DT 2014 (mayo) , 1335)

8. La aplicación de los desarrollos anteriores al caso analizado:

Sentada de este modo la interpretación que, entiendo, en términos generales o como regla, es aplicable a la materia en análisis, y trasladada al caso de autos, la aplicación del art. 3 de la ley 26.773 no es procedente.

La multiplicación del importe resultante de la fórmula prevista en el art. 14, por el índice RIPE, tampoco.

En rigor, lo que corresponde es actualizar por el coeficiente el piso mínimo, lo que determina que éste ascienda, a la fecha de entrada en vigencia de la ley, a la suma de \$402.487,02 y aplicando a éste el porcentaje de incapacidad (42.20%), da la suma de \$169.849,52.

Por lo tanto, siendo que el resultado de la fórmula es inferior –tal como lo indica el magistrado– debe estarse a aquél importe, confirmándose el pronunciamiento de grado en tanto la diferencia es intrascendente, producto de los decimales computados en la fórmula de actualización.

A dicho importe deberá adicionarse los intereses que se han fijado en el pronunciamiento, distinguiéndose entre los periodos en que ha mediado actualización (hasta el 26/10/12) y los posteriores.

En cuanto al comienzo del cómputo, adhiero a la solución y desarrollo efectuado por la Dra. Cléricali, en tanto así corresponde fijarlos por aplicación de la doctrina fijada en autos "Mansur", más allá de la opinión personal que pudiera tener la suscripta sobre tal aspecto, en las circunstancias del caso.

Con relación a las costas, en atención a la complejidad de la cuestión y la existencia de diversas posturas doctrinarias y jurisprudenciales, estimo que las costas de esta Alzada deben imponerse en el orden causado.

En cuanto a la apelación arancelaria, entiendo que pese a los esfuerzos efectuados, el recurrente elude el artículo 14 de la ley 1594, que no fue motivo de modificación y en mérito al cual, no habiendo existido manifestación expresa de la parte o el apoderado, subsiste el patrocinio letrado, aunque las actuaciones no hubieren sido firmadas por el profesional. Nada se argumenta en este sentido, desde lo cual, las críticas efectuadas y que se circunscriben al impacto de la reforma introducida por la ley 2.933 son insuficientes para revocar el pronunciamiento.



Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando M. GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, ésta Sala II POR MAYORIA,

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente el resolutorio de fs. 286/296, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de \$ 203.815,87, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia; fijando los emolumentos profesionales en el 11,2% de la base regulatoria (que incluye capital e intereses, art. 20, Ley 1.594) para cada uno de los letrados apoderados de la parte actora Dres. y; y en el 15,68% de la base regulatoria para el letrado apoderado de la parte demandada Dr., de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594. Los honorarios de los peritos de autos, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, se fijan en el 3% de la base regulatoria para cada uno de ellos, Dr. y Lic.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada, en el 6,72% de la base regulatoria para el Dr. y en el 4,70% de la base regulatoria para el Dr., conforme lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI-Jueza Dra. CECILIA PAMPHILE-Jueza Dr. FERNANDO
GHISINI-Juez MICAELA ROSALES-Secretaría

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

**"MUÑOZ JESUS ALBERTO C/ CHOCALA APARICIO JACOBO 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 II – (Expte.: 419117/2010) – Sentencia: 25/16 – Fecha: 08/03/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

COLISION ENTRE AUTOMOTOR Y MOTOCICLETA. RELACION DE CAUSALIDAD. CULPA DEL
CONDUCTOR DEL AUTOMOTOR. INDEMNIZACION POR DAÑO.

Resulta responsable del accidente de tránsito protagonizado entre un automóvil y una motocicleta el conductor del rodado mayor, en tanto ello resulta la pericial accidentalógica que da cuenta que el automotor fue el móvil embistente, lo cual resulta concordante con el informe realizado en sede penal; y si bien es cierto que en la moto circulaban más de dos personas, no se advierte relación de causalidad entre dicho hecho y el accidente, toda vez que este se produce, como se señaló, por haber sido embestida la moto por el auto, por lo cual, el hecho que hubiera una o más personas resulta irrelevante en relación al accidente, el que se hubiera producido igualmente.

Texto completo:



NEUQUEN, 8 de Marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUÑOZ JESUS ALBERTO C/ CHOCALA APARICIO JACOBO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. EXP N° 419117/2010), 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 Secretaría actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 392/403 hace lugar a la demanda deducida por Muñoz, condenando a Jacobo Chocala Aparicio y a su aseguradora Provincia Seguros S.A., a abonar la suma de \$167.800 con más sus intereses y las costas del juicio.

Asimismo, rechaza la demanda planteada por María L. Insulza, con costas.

La decisión es apelada por ambas partes. La actora a fs. 435/338 y la demandada a fs. 431/434.

II.- Agravios de la demandada.

Sostiene que la prueba demuestra que la conducta del actor la exime de responsabilidad y que la misma no fue valorada adecuadamente por la jueza.

Así, luego de aludir a la relación de causalidad y la pericia y su valor probatorio en función de los elementos existentes en la causa, señala que no fueron considerados y que, por ende, no se tuvo en cuenta la violación a lo previsto por los artículos 20, 40 inc. g y 48 inc. j de la Ley de tránsito.

En segundo término, cuestiona el elevado monto fijado en concepto de daño moral.

Agravios de la actora Muñoz.

En primer término, considera reducido el monto otorgado en concepto de indemnización por el daño físico.

Sustenta el agravio en el daño que sufrió y explayándose en cuestionar la fórmula de la matemática financiera que aplica la jueza.

Indica que dicha postura fue descartada por la Corte Suprema y que la jurisprudencia se ha inclinado por la fórmula Méndez, citando un precedente de la Sala III e invocando la postura existente en la vecina provincia.

Agrega que la Cámara señaló que la fórmula es un parámetro y que deben atenderse a las particularidades del caso.

Considera que se han apreciado incorrectamente los ingresos del actor, ya que se acreditó que, al momento del hecho, percibía \$4.800 y que la jueza se aparta de ello al determinar los ingresos en la suma de \$3.000.

En segundo lugar, considera reducido el monto fijado en concepto de daño moral dada la entidad de las lesiones y lo que resulta de la pericia psicológica.

El tercer agravio se refiere al rechazo de los daños materiales por gastos de asistencia médica, ya que tanto la Sala I como la III han indicado que dichos gastos deben presumirse.

El cuarto agravio se refiere a los daños ocasionados en la moto, y entiende que los mismos se encuentran acreditados conforme el informe técnico del sumario penal, así como de la pericia accidentalológica.

Objeta el rechazo del rubro privación de uso, dado que al haberse acreditado la existencia de daños en el rodado, resulta clara la procedencia del reclamo.

Agravios de Insulza.

Comienza por indicar que no es cierto que haya resultado ileso del accidente, ya que fue trasladada al hospital por la existencia de lesiones y que las mismas además quedan acreditadas por el dictamen médico que estableció un porcentaje de incapacidad del 15%, resultando clara la relación de causalidad entre el hecho y las lesiones, citando a su favor en este caso un precedente de esta Sala.

Cuestiona que se haya desestimado el rubro daño moral, ya que existieron lesiones y se ha prescindido de la pericial psicológica.

Reclama la reparación de gastos de farmacia, asistencia médica, traslados y vestimenta.

Por último, objeta el rechazo de los daños futuros.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo pertinente examinar, en primer lugar, los agravios



de la demandada con relación a la responsabilidad que les cupo a los protagonistas en el accidente.

Tal como lo ha señalado esta Sala en reiteradas oportunidades, cuando se produce un accidente entre un auto y una moto, resulta de aplicación el artículo 1.113 del Código Civil, correspondiendo al conductor del vehículo mayor la acreditación de la culpa de la víctima o de un tercero por el que no deba responder y, en dicho supuesto, la demostración de la conducta eximente debe apreciarse con estrictez.

En el caso y conforme resulta de la pericial accidentológica del expte.

"Insulza" y la obrante en este proceso, queda claro que el automotor fue el móvil embistente, lo cual resulta concordante con el informe realizado en sede penal.

Dicha conclusión, a la que también arriba la sentenciante, no fue debidamente cuestionada en la expresión de agravios, por lo cual y por sustentarse en constancias probatorias suficientes, tengo por demostrado el hecho aludido.

Afirma el quejoso, sin que ello lo lleve a cuestionar las pericias antes aludidas, que el juez debe valorar dicha prueba en función de los restantes elementos existentes en la causa y, en tal sentido, advierte que no se tuvo en cuenta la violación, por parte del actor, de los artículos 29, 40 inc. G y 48 inc. J, de la Ley de tránsito.

Ahora bien, no advierto que en el caso concreto se haya violado lo previsto por el artículo 29 de la ley mencionada, sin perjuicio de señalar que no se ha indicado en qué consistiría, en forma concreta, la violación de la norma en cuestión.

Con respecto al artículo 40 inciso g, cierto es que en la moto circulaban más de dos personas, pero no advierto relación de causalidad entre dicho hecho y el accidente, toda vez que este se produce, como se señaló, por haber sido embestida la moto por el auto, por lo cual, el hecho que hubiera una o más personas resulta irrelevante en relación al accidente, el que se hubiera producido igualmente.

En definitiva, no encuentro acreditada la relación causal entre la violación con respecto a los pasajeros transportados y el accidente.

Finalmente, tampoco aparece demostrada la violación a lo dispuesto por el artículo 48 inciso j, en función de las pericias accidentológicas y las constancias del sumario penal, que se tiene a la vista.

Agrego que, como bien lo indica la jueza, no se ha demostrado que el actor circulara a velocidad excesiva, cuestión esta no controvertida en esta Instancia.

En conclusión, y sin perjuicio de compartir el análisis que, sobre el tema, realizó la sentenciante, no encuentro razones que justifiquen la procedencia de los agravios vertidos por la demandada.

IV.- El monto por incapacidad para Muñoz.

Tomando como parámetro la fórmula de la matemática financiera, fijando la incapacidad en un 22%, e ingresos por \$3.000, la jueza determina el monto de la indemnización por el rubro en la suma de \$129.000.

La actora entiende que dicha determinación es insuficiente, para lo cual, invoca las lesiones que padeciera, la insuficiencia reparatoria que presenta la fórmula utilizada, la postura de la Cámara en cuanto ha indicado que no corresponde ceñirse estrictamente al resultado de la fórmula y que deben atenderse a las particularidades del caso, y que el salario tomado en cuenta es incorrecto, toda vez que el informe del empleador agregado a fs. 221/227 indica que el salario era de \$4.800 mensuales.

Analizando esta cuestión, señalo que no se encuentra controvertido el porcentaje de incapacidad fijado en la sentencia.

En realidad, la diferencia estriba en la edad hasta que debe fijarse la determinación de la indemnización y el salario a tener en cuenta.

Hecha esta aclaración, se advierte que las manifestaciones que se formulan en relación a las consecuencias que tuvo la lesión en su vida no aparecen realmente esgrimidas, y mucho menos detalladas o fundadas en constancias de la causa.

En relación, entonces, a la aplicación de la fórmula matemática financiera y los parámetros a considerar, señalo que esta Sala desde hace tiempo, y sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen un cambio de postura, ha dicho que debe tomarse como límite la edad jubilatoria, dado que a partir de dicho hecho, la pérdida posible de ganancia laboral queda descartada en función de la jubilación del trabajador y las consecuencias que la misma acarrea en



relación al desempeño de tareas en relación de dependencia.

Así, hemos dicho:

"Al respecto, señalo que la aplicación de la fórmula matemático financiera como pauta orientadora de la indemnización la hemos sostenido reiteradamente entre otras en la causa Expte. N° 325.778-CA-2005:

"Procede aplicar la fórmula matemático financiera de uso común en la jurisdicción, a los efectos de cuantificar el lucro cesante futuro derivado de incapacidades laboral. Tal metodología conduce a la objetivización del daño, otorgando pautas previsibles que colocan a las partes al resguardo de la mera discrecionalidad judicial" ("Villalba Miguel Ramón C/ Cadesa S.A. S/ Accidente Acción Civil", P.S. 1998 -V- 995/1001, Sala I, 29/12/1998, LEX DOCTOR).

De igual forma, que:

"Si bien es cierto que los magistrados cuentan con amplias atribuciones para encuadrar la fijación del monto resarcitorio (arts. 1073 y 1074 del C.C. y arts. 165 del C.P.C.C.) no resultando imperativo acudir a estrictos y precisos criterios matemáticos para evaluar y graduar el monto de los perjuicios sufridos por quien reclama la reparación pecuniaria con fundamento en el derecho común, no es menos cierto que tal fijación tienen como objetivo actualizar el estado patrimonial anterior a los daños sufridos o reparar el daño sufrido al estado patrimonial futuro del damnificado, y en este aspecto entiendo que se tienen que individualizar y ponderar los elementos de juicio que sirven de base a fin de garantizar un eventual control de legalidad, certeza y razonabilidad de lo resuelto, todo ello con arreglo a elementos objetivos que resulten de la causa y a datos necesarios para que puedan reconstruirse las operaciones aritméticas que deban efectuarse. Considero que no se puede estar al mero arbitrio del juzgador, sino que éste debe brindar argumentos que permitan deducir porqué se llegó a una suma determinada y no a otra. Por tal razón estimo prudente recurrir a la fórmula matemático-financiera como pauta de referencia dentro del cual, sea en más o sea en menos, conforme las particularidades del caso, se determinará el monto indemnizatorio. Tengo para ello en cuenta que dicha fórmula se vale de elementos tales como los montos salariales, la edad de la víctima y la renta que produciría la suma a determinarse." (P.S. 1998 -III- 460/462, Sala II, "Cabeza German C/ Moño Azul S.A. S/ Accidente Acción Civil", LEX DOCTOR)."

En cuanto al salario a considerar, se advierte que el que alude en el informe citado por el apelante no corresponde que sea considerado, toda vez que es posterior al accidente. En tal sentido, y conforme lo esgrimido por el propio peticionante en su escrito de demanda, es que debe estarse al de \$3.000.

En tales condiciones, y toda vez que no se advierten particularidades que autoricen a una modificación sustancial del resultado al que arriba la jueza, circunstancias que en concreto no fueron ni esgrimidas ni acreditadas, es que estimo como correcta la suma fijada, en virtud de que la misma es acorde con la postura de la Sala en relación al tema.

V.- El monto del daño moral.

Sobre el tema sostuvimos:

"Con relación al daño moral, hemos dicho: que reúne el mismo carácter resarcitorio que el daño material, y la fijación del importe tendiente a resarcirlo no es de fácil determinación ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente exteriorizados. Su monto debe quedar librado a la interpretación que haga el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas. La relación entre el monto establecido para reparar el daño moral y material ha sido desestimado, generalmente, por nuestra doctrina y jurisprudencia como base para fijar el monto indemnizatorio.

"Asimismo que para determinar la cuantía del daño moral, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia. En cambio hay que atenerse a su diferenciación según la gravedad del daño, a las



particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite " la índole del hecho generador" en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del Código Civil) (JUBA7-NQN-Q0000470)".

Es en base a tales principios, reiterados por la Sala, que cabe examinar el presente, considerando también lo que hemos venido fijando en distintos pronunciamientos relacionados con la cuantificación del daño.

De este modo, y teniendo en consideración la índole del hecho generador, las consecuencias que las lesiones ocasionaron o debieron ocasionar, al actor –sin que quepa referirse a las lesiones en sí como se postula en los agravios toda vez que ello fue considerado al determinarse la incapacidad física-, así como las conclusiones a que arriba el perito psicológico, es que estimo que la suma fijada por la jueza resulta adecuada.

Acoto, en relación a la última prueba aludida, que el perito solamente indica que el accidente le produjo al actor una fobia específica respecto a la conducción de motos, que provoca incomodidad y temor, y concluye que la incapacidad es parcial y temporal si se realiza el tratamiento psicoterapéutico (fs. 306).

VI.- Gastos por asistencia médica.

Indica la parte en su demanda que, como consecuencia del accidente, debió realizar varios gastos en farmacia, radiografías y consultas médicas.

Entiendo que asiste razón al quejoso en este punto, toda vez que dichos gastos se presumen y que la prueba producida demuestra que a pesar de las lesiones no figura que fuera atendido en el hospital, por lo cual, cabe presumir erogaciones en relación al tratamiento posterior, las que se fijan en la suma de \$2.000.

Gastos por reparación de la moto.

En relación al tema, también asiste razón al quejoso en función del informe existente sobre el estado de los rodados elaborado con posterioridad al hecho, y por cuanto resulta razonable que, como consecuencia del impacto, la moto haya sufrido daños.

Si bien no se ha demostrado concretamente el alcance de los daños, su existencia resulta acreditada, razón por la cual y de conformidad con la facultad conferida por el artículo 165 del Código de rito, tomando en cuenta el informe al que se aludió, entiendo pertinente fijar en \$2.000 pesos dicho ítem.

Asimismo, y dada la existencia de daños en el vehículo y, por lo tanto, la necesidad de repararlo, es que resulta pertinente el reclamo por privación de uso, el que se determina en \$500.

VII.- Corresponde a continuación analizar los agravios relacionados con la actora Insulza.

Al respecto, la cuestión que debe analizarse se refiere a si, como consecuencia del accidente, la actora padeció alguna incapacidad.

Al demandar, la accionante manifestó que tuvo graves consecuencias derivadas del hecho, tales como politraumatismos varios, de cráneo con pérdida de conocimiento, cervicalgia y lumbociatalgia, severo traumatismo costal y de cadera, esguince de tobillo derecho, escoriaciones en extremidades superiores e inferiores, que debió guardar reposo durante un largo tiempo y que fue trasladada al hospital en ambulancia y en donde continúa su tratamiento de rehabilitación.

Pues bien, analizadas las constancias de la causa, entiendo que no asiste razón al quejoso, toda vez que no hay relación de causalidad entre el hecho y lo informado por el perito médico.

Por de pronto, no es cierto lo afirmado en la demanda, dado que ni la propia actora sostiene ahora en su pieza recursiva las lesiones que afirmara haber sufrido como consecuencia del accidente, tales como los severos traumatismos.

Tampoco se demostró que se le indicara reposo y menos que continúe, desde aquella época algún tratamiento de rehabilitación; reitero, dichas conductas no fueron acreditadas a lo largo del proceso y ni siquiera han sido mantenidas en la expresión de agravios.

Del informe del hospital que obra a fs. 92 resulta que sufrió escoriaciones varias, que se le hicieron placas y que las



mismas resultaron normales, y que se le dio el alta médica.

Por lo tanto, no resulta razonable que transcurridos un lapso considerable de tiempo desde el accidente a la fecha de la pericia -casi tres años-, aparezca ahora con una limitación en el tobillo derecho derivada del accidente, cuando la constancia del hospital solamente revela escoriaciones y las radiografías fueron normales, máxime si se tiene en cuenta que las escoriaciones son irritaciones cutáneas que presenta la piel cuando se roza contra ella.

En tal sentido, la relación de causalidad en modo alguno se encuentra demostrada, prueba esta a cargo de la demandante.

Al no prosperar el rubro en cuestión, tampoco tendrán andamio los restantes reclamos que derivan de su procedencia, conforme lo reconoce el propio apelante, quien parte del supuesto de aceptarse su postura en relación a la incapacidad para reclamarlos.

VIII.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en los sustancial, modificándose el monto de condena a favor de Muñoz, el que se eleva a la suma total de \$172.300.

Costas de Alzada en el orden causado, atento la forma en que se resuelven los recursos planteados por las partes. Los honorarios se diferirán 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 en lo sustancial la sentencia de fs. 392/403, modificándose el monto de condena a favor de Jesús Alberto MUÑOZ, el que se eleva a la suma total de \$172.300.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, por los motivos explicados en los Considerandos (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para el momento procesal oportuno (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. SRL Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 457753/2011) – Sentencia: 26/16 – Fecha: 08/03/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO CON CAUSA. CHOFER. DERRAME DE LIQUIDO CON HIDROCARBURO. INJURIA LABORAL. DIFERENCIAS SALARIALES. VACACIONES NO GOZADAS.

1.- La notificación de la suspensión que se le aplicó al actor, conforme constancia y reconocimiento de su firma a implica que conoció en ese momento la existencia de un reglamento interno que motivó la sanción de 3 días de suspensión que le fue aplicada en el año 2009.

2.- Más allá del instructivo, de la capacitación y de la falta de antecedentes



disciplinarios concomitantes al suceso del 21/05/11, el retiro del actor del lugar del hecho, cuando con su desenvolvimiento de tareas ocasionó el derrame de líquido empetrolado, con la consecuente contaminación ambiental que ello implica, además de afectar la normal prestación del servicio de la empresa, se erige en una actitud desaprensiva que, sumada a la falta de informe sobre lo ocurrido, torna intolerable su proceder y justifica la decisión asumida por la empleadora.

3.- Siendo que el incidente que originó el distracto, [derrame de líquido con hidrocarburo] ocurrió el 21/05/2011 y que posteriormente el actor fue suspendido en sus funciones hasta tanto se resolviera su situación, y que la ruptura del vínculo laboral fue decidida el 10/06/11, conforme CD, todo ello impidió que el actor pudiera ejercer su derecho a la licencia anual antes del 31/05/11, lo cual, justifica la aplicación del art. 156 de la LCT.

Texto completo:

NEUQUEN, 08 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BLANCO JUAN ORLANDO C/ GABINOC. CORREA CIA. SERV. S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. N° 457753/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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 sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 472/477 que condena a la demandada a abonar la suma de \$12.522,29 en concepto de proporcional de vacaciones año 2010 y 2011 y SAC sobre las mismas, la parte actora y demandada interponen recurso de apelación a fs. 490/496 vta. y fs. 485/486 vta., respectivamente, cuyos traslados ordenados a fs. 497 y 487, en igual orden, son contestados por la demandada a fs. 505/509 y por el actor a fs. 498/503.

A fs. 484, la letrada del actor apela sus honorarios por bajos, señalando que se le regularon conjuntamente con los del posterior letrado del actor cuando éste no participo de las etapas.

II.- Agravios del actor: como primer agravio, ataca la causal de despido, alegando que se analizó livianamente la prueba documental, se prescindió de la aplicación de los principios esenciales y directrices del fuero, y se omitió considerar la carencia de antecedentes disciplinarios de gravedad del actor, sobrevalorando el hecho que tiene por acreditado y asignándole entidad suficiente al suceso tenido por probado, para justificar el distracto.

Se queja de que el a quo haya tenido por reconocido por el actor el código de ética de la empresa cuando, conforme lo manifestado a fs. 224, ítem. A ap. 2, lo ha desconocido expresamente, lo que motivó la ampliación de la providencia de prueba a fs. 249.

Expresa que un indicio vehemente de que dio aviso es el contenido en la planilla de supervisión de fs. 200, allí el supervisor Rojas, el mismo día del hecho (21-05-11), menciona el informe que el actor tenía que realizar de acuerdo a la planilla que el le proveería y que efectivamente el actor informó, brindando un detalle de lo sucedido, confirmatorio de lo anticipado verbalmente que quedó en poder de la empresa y que, suspicazmente, no se ha presentado con el nutrido legado de fs. 42 a 213.

Manifiesta que el sentenciante resuelve justificar el despido decidiendo tener por probado que el actor violó la política disciplinaria, de seguridad, de medio ambiente y del rodado, fundándolo en el art. 5 de la Política

Disciplinaria (de la empresa), y que ello resulta contradictorio con los artículos que disponen la clasificación de las sanciones porque solo en los arts. 6 y 7 prevén como sanción el despido y el juez, lejos de convalidar el encuadre dado



primigeniamente por el empleador en el art. 6, lo fija en otro que tiene prevista sanción de suspensión, pero no de despido.

Critica que el juez funde su sentencia casi con exclusividad en los dichos de los testigos –empleados jerárquicos de la empresa- propuestos por la demandada, sin hacer un análisis minucioso acerca de su credibilidad, objetividad e imparcialidad; y también, que haya decidido con tanta rigurosidad el desistimiento tácito de los propuestos por el actor, menos aun por cuestiones atinentes al interrogatorio, incurriendo en un exceso ritual manifiesto.

Invoca que el a quo ha prescindido de los principios sustanciales y directrices del derecho laboral, en tanto que juzga justificado el despido sin evaluar la falta de antecedentes disciplinarios del actor, la ausencia de acreditación de la gravedad de las presuntas faltas y sus consecuencias, todo ello con afectación a los principios de proporcionalidad, progresividad, de conservación del empleo, de causalidad. Asimismo, que los hechos no se han evaluado a la luz del principio favor operari.

Como segundo agravio, ataca la exigüidad del monto reconocido por vacaciones no gozadas, alegando que el monto para efectuar el cálculo de la compensación dineraria por vacaciones debe partir de lo señalado por el experto a fs. 316 (\$14.767,05), conforme lo prevé el inc. d), realizando los cálculos previstos por art. 155 inc. a) de la LCT.

En tercer lugar, expresa que no cuestiona el rechazo de la multa solicitada con relación a la confección del certificado de trabajo, atento su entrega a fs. 274, pero que solicita se condene a la demandada a confeccionar uno nuevo que contenga la real fecha de ingreso establecida en la sentencia (25-02-2005) y la real fecha del cese, es decir 13-06-2011, conforme las constancias de recepción de cartas documento, reconocidas por el actor a fs. 351.

Solicita, conforme el art. 80 y art. 89 agregado de la LCT, se indique en el certificado de trabajo la calificación personal o puestos de trabajo, para lo cual, deberán considerarse las capacitaciones y especializaciones acreditadas a fs. 450/454 de tal legajo.

Como cuarto agravio, deja solicitado que se impongan las costas en su totalidad a la demandada, en ambas instancias, conforme el nuevo pronunciamiento que se dicte.

En quinto lugar, solicita que se considere mejor remuneración, mensual y habitual la suma de \$ 14.767,05 con más el proporcional mensual de aguinaldo, citando antecedente de esta Sala ("Giacolla Caruso", exp. n° 368730/08).

Efectúa reserva de derechos para la impugnación de determinación de la tasa de justicia y sostenimiento de caso federal.

IV.- Agravios del demandado: sostiene que no surgen de la pericial contable los importes fijados por el juez en concepto de proporcional de vacaciones e intereses, ya que el experto –en la pericia, pto. "d", cuestionario parte actora-, procede a realizar dos planillas en base a los rubros que se reclama en el escrito de demanda, tal como la actora así lo requirió, pero que ello no quiere decir que el perito entienda como adeudados.

Invoca que el experto responde afirmativamente acerca de que la liquidación final que se abonó es la correcta, dentro de lo previsto por los art. 242 y 243 de la LCT., es decir, que allí se consignaron montos por vacaciones no gozadas por motivos del distracto, por lo cual, el rubro vacaciones no gozadas año 2011 y su SAC proporcional se encuentran abonado de manera correcta.

Asimismo, con relación a las vacaciones año 2010, el perito indica en el punto 7 de la pericia de la demandada que el actor se tomó vacaciones en dos tramos, del 25/02/11 al 03/03/11 y del 04/03/11 al 10/03/11, que en total los días por vacaciones fueron 15 días y que el actor reclama 21 días correspondientes a 2010, y según la pericial contable, solo quedaron pendientes de goce 7 días por vacaciones correspondientes al año 2010.

Por otra parte, expresa que debió ser rechazado el reclamo, en base a lo que establecen los arts. 156 y 157 de la LCT, en tanto no fueron gozadas.

Con relación a las vacaciones proporcionales año 2011, dice que están abonadas, conforme surge de los recibos acompañados, como así también del punto 7 formulado por el demandado.

V.- Entrando al estudio de los agravios, comenzaré por el recurso del actor, en tanto ataca la decisión que justifica el despido decidido por la empleadora, y adelanto que el mismo no habrá de prosperar.

En efecto, a esta altura del proceso y conforme el contenido de la expresión de agravios, no están cuestionados ni el



"empacho de la bomba" ni el "derrame" de líquido ocasionado con el camión que conducía el actor, teniendo presente que en la pieza recursiva sólo se criticaron cuatro cuestiones: a) falta de notificación del código de ética de la empresa obrante a fs. 53, b) la gravedad del incidente y su alegado ocultamiento, c) la clasificación y calificación de la falta por parte de la empleadora y del juez y, d) valoración la declaración de los testigos.

Respecto a la primera (la falta de notificación del código de ética de la empresa), no prosperará porque tal como lo señala la demandada, la notificación de la suspensión que se le aplicó al actor, conforme constancia de fs. 196 y reconocimiento de su firma a fs. 351, implica que conoció en ese momento la existencia de un reglamento interno que motivó la sanción de 3 días de suspensión que le fue aplicada en el año 2009.

Pero más allá del instrumento obrante a fs. 53, el actor fue capacitado en "PO carga y descarga" conforme planilla obrante a fs. 207 y reconocimiento de fs. 351, y el instructivo sobre tal capacitación (a fs. 211), prescribe que "Los operarios... bajo ningún concepto deben descargar los fluidos sobre el terreno", y si bien, fue desconocida esta documental (a fs. 225/226), tales disposiciones coinciden con las declaraciones de Centeno, en cuanto dijo "todos tenemos capacitación y procedimiento de evacuación, cuesta de derrame y acordonamiento de lugares. Blanco tiene que estar preparado para eso. Ninguno opera los camiones sin tener cursos hechos porque lo exige la empresa contratista".

Por su parte, Rojas, declaró "Blanco manejaba un camión recuperador. Tenía que ver lo que iba a recuperar, extender manguetones, poner en funcionamiento la bomba para generar el vacío del tanque y comenzar la succión. La empresa tiene dentro de su manual de gestión el procedimiento para el uso y manejo de camiones de vacío o recuperadores."

Respecto a la queja del actor en cuanto a la calificación de gravedad del incidente y su alegado ocultamiento, entiendo que tampoco le asiste razón.

Muy por el contrario, considero que si bien el empacho de la manguera podría abrir un prisma sobre la gravedad de la conducta desplegada por el actor, el abandono deliberado del lugar al ocurrir el derrame sella la suerte de cualquier intento de justificación para atemperar la peligrosidad de su conducta.

En efecto, más allá del instructivo, de la capacitación y de la falta de antecedentes disciplinarios concomitantes al suceso del 21/05/11, el retiro del actor del lugar del hecho, cuando con su desenvolvimiento de tareas ocasionó el derrame de líquido empetrolado, con la consecuente contaminación ambiental que ello implica, además de afectar la normal prestación del servicio de la empresa, se erige en una actitud desaprensiva que, sumada a la falta de informe sobre lo ocurrido, torna intolerable su proceder y justifica la decisión asumida por la empleadora.

Sostengo ello porque se probó con la declaración del testigo Rojas, a fs. 353/354 vta., en ese entonces supervisor del actor, que Blanco le avisó telefónicamente del empacho de la bomba, mas no del derrame, que él se entera por el relevo de Blanco, o sea, el Sr. Carlos Centeno, y que si bien el actor presenta un informe por escrito a los dos días, no pudo dar las explicaciones, "como que quiso desconocer el derrame", aclara el testigo.

Asimismo, explica que en caso de un accidente así, "el chofer debe controlar el derrame, que no se siga derramando y dar aviso inmediato al supervisor, hay que palear, cavar hasta que no haya humedad en la tierra y ésta se pone en un contenedor" (la negrita me pertenece).

En sentido concordante, el testigo Centeno (a fs. 355 y vta., relevo del actor el día del derrame), relata que Blanco ese día le dejó el turno y se fue, que no le dijo nada de tal derrame (de líquido con hidrocarburo), que obviamente no ayudó al saneamiento del lugar, que el camión estaba en perfectas condiciones porque el siguió trabajando con el mismo, y que el saneamiento se hizo con gente del equipo de la empresa contratista y gente que trajo la empresa Correa.

Gómez (a fs. 356 y vta., supervisor de Centeno ese día), dijo "Sé que se saneó en ese momento porque tuvimos que colaborar con camiones. El derrame incide en todos los aspectos, primero el impacto ambiental y después que el equipo no puede seguir operando hasta que no se sanee el derrame. Sé que se sacó unos 3 metros cúbicos de tierra empetrolada. Me entero de la situación cuando tomo el turno a Ariel Rojas que estaba de supervisor en ese momento". Por otra parte, no advierto de todas las declaraciones mencionadas que exista algún indicio que me lleve a dudar de



cualquiera de estos testimonios y, si bien, el apelante cuestiona la credibilidad de todos ellos, no especifica los motivos en que funda tal queja, más allá de la jerarquía laboral de los mismos, que no resulta por sí misma un descalificativo de los dichos de aquellos testigos. Tampoco es relevante el domicilio denunciado porque los testigos pueden concurrir a declarar por gestión personal de la parte que los ofreció, tal como lo prevén los art. 32 y 54 de la ley 921 y art. 434 del Código procesal.

Otro tanto puede decirse de la crítica a la validación que efectúa el a-quo del encuadre que realiza la empresa en la comunicación del despido al actor, ya que en primer lugar, el juez efectúa un prolijo íter de los hechos y si bien al citar la normativa de la empresa consigna sólo el art. 5 del Reglamento de Política Disciplinaria de la empresa (y no el art. 6), ello no invalida tal decisión, puesto que el artículo aplicado antes de enumerar los supuestos de falta grave, se aclara "y siempre que no implique una mas grave" con lo cual echa por tierra el argumento del quejoso en el sentido de que las únicas infracciones sancionadas con el despido son las enumeradas en el art. 6, del mencionado Reglamento. Consecuentemente, estos agravios serán rechazados.

VI.- Con relación a la queja sobre los montos reconocidos en concepto de vacaciones no gozadas, serán tratados conjuntamente con los agravios de la demandada.

VII.- Respecto a la solicitud de confección de un nuevo certificado (art. 80 de la LCT), debe tenerse en cuenta que en el obrante a fs. 274 no se consigna la fecha real de ingreso, ya que allí figura 01/09/2005, y no como fuera fijado en la sentencia a fs. 474 pto. 3.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar a lo solicitado, intimando a la demandada para que en el plazo de diez (10) días confeccione uno nuevo, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05.

VII.- Con relación a las costas, me expediré cuando finalice el tratamiento de los agravios del actor.

VIII.- Abordando el recurso de la demandada, que se agravia respecto de la condena a abonar los ítems "vacaciones correspondientes al año 2010" y "proporcional de vacaciones año 2011", serán tratados conjuntamente con los agravios del actor, en cuanto al importe para su liquidación.

En cuanto al devengamiento de las correspondientes al año 2010, debo señalar que el perito señala que "no se advierte liquidación de vacaciones en los recibos de sueldos dentro del período comprendido vacacional", siendo la única constancia del período año 2010 la obrante a fs. 174, que comprendía desde el 25/02/2011 al 03/03/2011.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que tal como lo señala el actor, el referido instrumento no puede valorarse como la concesión de tal período vacacional porque no deja de ser una solicitud, la demandada no ha exhibido ningún otro documento que permita tener por acreditado que se efectivizó tal licencia, llamando a atención que no surja su pago (conf. art. 155, LCT) dentro de los correspondientes recibos de haberes (ni de febrero ni de marzo /2011, conforme recibos respectivos y obrantes a fs. 166/167).

Así, y atento el juego armónico de los arts. 154, 155, 156 y 162 de la LCT, el actor contaba hasta el 31 de mayo del 2011 para tomarse las vacaciones correspondientes al año 2010.

En tal sentido, ilustra Grisolia "Si el trabajador no se tomó vacaciones antes del 31 de mayo -ya sea porque el empleador no se las otorgó o porque el trabajador no hizo uso del derecho a tomarlas por sí-, pierde el derecho a gozarlas y a que se las paguen, es un plazo de caducidad" (en "Derecho del Trabajo y de la seguridad Social- Descansos, Feriados, Vacaciones y Licencias, T.II, p. 825).

Traspolando tales conceptos al caso de autos, siendo que el incidente que originó el distracto, ocurrió el 21/05/2011 y que posteriormente el actor fue suspendido en sus funciones hasta tanto se resolviera su situación, y que la ruptura del vínculo laboral fue decidida el 10/06/11, conforme CD obrante a fs. 20/21, todo ello impidió que el actor pudiera ejercer su derecho a la licencia anual antes del 31/05/11, lo cual, justifica la aplicación del art. 156 de la LCT.

Ahora bien, abordando la queja sobre la base salarial que invoca el actor para liquidarlas (de \$14.767,05, conforme acáp. B) de fs. 495), no prosperará, en primer lugar porque el actor reclama la inclusión de ítems "no remunerativos" que nunca fueron objeto de debate en la instancia de origen, mucho menos de ofrecimiento de prueba (conf. pto. 15, ap.e), fs. 33/34, ya que no fueron introducidas por el actor en su demanda y, por lo tanto, resulta conjuntamente con su



quinto agravio (pto. e) de fs. 495 vta.), una cuestión ajena al tratamiento de este recurso (conf. art. 277 del Código procesal).

Por lo tanto, considero que el importe que condena el juez adoptando valores de la pericia contable, resulta ajustado a derecho.

IX.- Yendo a la queja sobre la condena en concepto de "vacaciones proporcionales año /2011" que argumenta la demandada como pagadas, considero que prosperará bien que parcialmente.

Efectivamente, el perito determina tal ítem en la suma de \$ 3.818,82 -pericia que no mereció observación alguna de las partes-, y tal como lo reconoce el propio actor y del recibo de liquidación final (obrante a fs. 270/272), le fue abonado al actor la suma de \$3.591,33 (\$3.315,07 + \$276,26); razón por la que corresponde hacer lugar parcialmente a este agravio, fijando por este concepto la suma de \$227,49.

Consecuentemente, corresponde reducir la suma de condena impuesta a la suma de pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$9.081,77), en concepto de capital y reliquidar el de intereses, que queda también reducido a la suma de pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$ 8.230.80)

X.- En función de lo resuelto, y conforme lo dispuesto por el art. 279 del Código procesal, considero que corresponde modificar las costas fijadas en la instancia de grado, estableciéndolas para el actor en un 40% y para la demandada en un 60% y asimismo, dejar sin efecto los honorarios establecidos en la instancia de grado, procediéndose aquí a una nueva regulación.

Asimismo, y teniendo en cuenta la apelación deducida por la Dra. ... a fs. 484, en su carácter de letrada del actor invocando la exclusividad en las tareas desarrolladas en el proceso, advierto que le asiste razón, ya que el Dr. ... se presentó al proceso con posterioridad al llamado de autos para sentencia, conforme fs. 471, 472/477 y 482.

Por lo tanto, deberá considerarse a la apelante, única letrada por la parte actora hasta el dictado de la sentencia, al efectuarse la nueva regulación de honorarios, conforme dispusiera precedentemente.

XI.- Por todo ello, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso del actor y se haga lugar parcialmente al del demandado, modificándose la sentencia dictada a fs. 472/477: a) reduciéndose el importe de condena a la suma de pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$ 9.081,77) en concepto de capital (\$ 8.034,22 + \$ 820,06 + \$ 227,49), b) modificándose el importe de intereses los que se reliquidan a la suma de pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$ 8.230.80), c) Intimar a la empleadora para que dentro de los diez días (10) días de notificada confeccione un nuevo certificado de trabajo (art. 80 LCT) y a los fines que el obrante a fs. 274, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05 y d) Se modifique la condena en costas de la instancia de grado, fijándola en un 40% a cargo del actor y en un 60% a cargo de la demandada (art. 279 del Código Procesal), como también los honorarios de la instancia de grado que se dejan sin efecto, procediéndose aquí e a una nueva regulación. Costas de Alzada en el orden causado, determinándose los honorarios conforme pautas del art. 15 de la ley 1594.

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.- Modificar la sentencia dictada a fs. 472/477, y en consecuencia: a) Reducir el importe de condena a la suma de pesos nueve mil ochenta y uno con 77/100 (\$9.081,77) en concepto de capital (\$8.034,22 + \$820,06 + \$227,49), b) Reducir el importe de intereses los que se reliquidan a la suma de pesos ocho mil doscientos treinta con 80/100 (\$8.230.80), c) Intimar a la empleadora para que dentro de los diez días (10) días de notificada confeccione un nuevo certificado de trabajo (art. 80, LCT) y a los fines que el obrante a fs. 274, teniendo en cuenta las fechas de ingreso determinadas en la sentencia, es decir, del 25/07/05 al 13/08/05 y que reingresó o el 01/09/05 y d) Modificar la condena en costas de la instancia de grado, fijándola en un 40% a cargo del actor y en un 60% a cargo de la demandada (art. 279, Código Procesal), como también, los honorarios de la instancia de grado que se dejan sin efecto, procediéndose a una nueva regulación.



II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento el resultado del recurso (art. 17, ley 921).

III.- Hacer lugar a la apelación deducida por la Dra. ... a fs. 484, considerándola como única letrada por la parte actora hasta el dictado de la sentencia, al efectuarse la nueva regulación de honorarios.

IV.- Fijar los honorarios de la instancia de grado, estableciéndolos en las siguientes sumas: para la Dra. ... -apoderada y patrocinante del actor-, en la suma de pesos cuatro mil trescientos sesenta y tres (\$4.363); para el Dr. ... -apoderado y patrocinante de la demandada-, de pesos tres mil novecientos veinte seis (\$3.926) (conf. arts. 6, 7, 9, 20, 39 y ccdtes., ley 1594); y para el perito contador ... de \$ 3.000.

V.- Establecer como honorarios de Alzada de los Dres. ... -apoderado y patrocinante del actor-, de pesos un mil trescientos ocho (\$1.308) y ... -apoderado y patrocinante de la demandada- de pesos un mil ciento setenta y ocho (\$1.178) (art. 15, ley 1594).

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaría

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"RUIZ DIAZ RAUL ALEJANDRO C/ SANDOBAL ERNESTO FERNANDO 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 II – (Expte.: 472651/2012) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

INEMNIZACION POR INCAPACIDAD FISICA. FORMULA MATEMATICO FINANCIERA. PARAMETROS. EDAD JUBILATORIA.

Cabe confirmar el monto fijado en la instancia de grado por la incapacidad física de actor, toda vez que en relación a la aplicación de la fórmula de la matemática financiera y a los parámetros a considerar, señalo que esta Sala desde hace tiempo y sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen un cambio de postura, ha dicho que debe tomarse como límite la edad jubilatoria, dado que a partir de dicho hecho la pérdida posible de ganancia laboral queda descartada en función de la jubilación del trabajador, y las consecuencias que la misma acarrea en relación al desempeño de tareas en relación de dependencia.

Texto completo:

NEUQUEN, 8 de marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RUIZ DIAZ RAUL ALEJANDRO C/ SANDOBAL ERNESTO FERNANDO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 472651/2012), 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 Secretaría actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:



I.- La sentencia de fs. 257/262 hace lugar a la demanda y, en consecuencia, condena a Ernesto F. Sandoval y a su aseguradora Integrity Seguros Argentina S.A. a abonar la suma de \$130.600 con más sus intereses y las costas del juicio. La decisión es apelada por la actora, en los términos que resultan del escrito de fs. 278/279, cuyo traslado es respondido a fs. 287.

Cabe señalar que si bien la aseguradora apeló la sentencia su recurso fue declarado desierto conforme providencia de fs. 285, que no fuera cuestionada.

La crítica del quejoso se dirige a cuestionar el monto fijado por la incapacidad física, dado que lo considera insuficiente en virtud de las consecuencias que, en todos los aspectos de su vida, le ocasionan las secuelas del hecho, citando en su favor precedentes de esta Cámara.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, y como bien señala la demandada, no se encuentra controvertido el porcentaje de incapacidad fijado en la sentencia, así como tampoco, el salario que se tuvo en cuenta.

En realidad, la diferencia estriba en la edad hasta que debe fijarse la determinación de la indemnización.

Hecha esta aclaración, se advierte que las manifestaciones que se formulan en relación a las consecuencias que tuvo la lesión en su vida no aparecen realmente esgrimidas, y mucho menos detalladas o fundadas en constancias de la causa ya que, reitero, la diferencia entre lo fijado y lo pedido se basa en la distinta edad que cabe considerar.

En relación, entonces, a la aplicación de la fórmula de la matemática financiera y a los parámetros a considerar, señalo que esta Sala desde hace tiempo y sin que se adviertan razones suficientes que justifiquen un cambio de postura, ha dicho que debe tomarse como límite la edad jubilatoria, dado que a partir de dicho hecho la pérdida posible de ganancia laboral queda descartada en función de la jubilación del trabajador, y las consecuencias que la misma acarrea en relación al desempeño de tareas en relación de dependencia.

En tales condiciones y toda vez que no se advierten particularidades que autoricen a una modificación sustancial del resultado al que arriba el juez, circunstancias que en concreto no fueron ni esgrimidas ni acreditadas, es que estimo como correcta la suma fijada, en función, como dije, de la postura de la Sala en relación al tema.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada, con costas a la actora vencida, regulándose los honorarios profesionales bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

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 de fs. 257/262 en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta Alzada, Dres. ... –en el doble carácter por los demandados- y ... –en el doble carácter por la accionante-, en el 30 % de lo que se determine en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

IV.- 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](#)

"ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 398700/2009) – Sentencia: 28/16 – Fecha: 15/03/2016



DERECHO CIVIL: Contratos.

MUTUO HIPOTECARIO. SEGURO DE VIDA COLECTIVO. RESPONSABILIDAD DEL BANCO.
RESPONSABILIDAD DE LA ASEGURADORA. DAÑO MORAL.

1.- Corresponde confirmar la sentencia que responsabiliza al banco frente a su deudor, al omitir incorporarlo en tiempo y forma en la póliza colectiva. Al suscribir el contrato de mutuo con garantía hipotecaria el banco demandado se comprometió al aseguramiento. Si bien es cierto que durante ese año y medio de atraso no cobró la prima pertinente a los deudores, tal circunstancia pudo, con alto grado de probabilidad, no ser conocida por el actor.

2- Existe una indudable conexidad contractual entre ambos negocios jurídicos (mutuo hipotecario y contrato de seguro de vida), en tanto que la entidad bancaria – predisponente contractual-, con la finalidad de cubrirse del riesgo que importa el fallecimiento del deudor, incorpora un seguro colectivo de vida, que ya ha contratado con un determinado asegurador elegido por el banco. Además, el mismo banco se erige en cobrador de las primas.

De ello también se sigue que el actor no es un tercero respecto del contrato de seguro de vida, ya que esta contratación forma parte del negocio jurídico que celebró con el banco y, además, es quién afronta el pago de las primas. De lo dicho se sigue que la entidad bancaria demandada debe responder frente al actor conforme lo ha determinado la a quo,

3.- La enfermedad que ocasionó la muerte de la persona asegurada fue conocida, diagnosticada, dentro del período de carencia, por lo que corresponde que la aseguradora brinde la cobertura comprometida, aún considerando que la incorporación a la póliza colectiva se produjo el día 1 de enero de 2007, conforme lo reconoce la compañía demandada. A todo evento tampoco ha acompañado la aseguradora exámenes de salud realizados a los asegurados o declaraciones de éstos, de las que surja que la actora tuviera conocimiento de su enfermedad antes del alta en la cobertura.

4.- Resulta procedente reparar el daño moral sufrido por el actor. En efecto, el actor se vio sometido a una situación de preocupación y de afectación espiritual, agravada por el duelo por la muerte de su esposa, que no tendría que haber padecido si las demandadas [entidad bancaria y aseguradora] hubieran cumplido las obligaciones asumidas. Luego, el banco demandado, lejos de reconocer su error y falta de diligencia, y ante la negativa de la cobertura por parte de la aseguradora, reclamó las cuotas del crédito al restante codeudor, y ante su mora, comunicó la situación al



BCRA, quién lo incorporó al sistema VERAZ como deudor incobrable, con las consecuencias que ello puede tener para la actividad comercial del demandante. En tanto que también obligó al actor a pedir dinero prestado para evitar la ejecución de la hipoteca y consecuente remate del inmueble familiar.

Iguals consideraciones caben para la aseguradora, ya que su negativa injustificada a cumplir con la cobertura comprometida, fue concausa del sufrimiento moral que tuvo que soportar el demandante. En cuanto al quantum de la reparación por daño moral, entiendo que el monto fijado por la a quo -\$ 10.000,00- resulta exiguo a efectos de reparar los padecimientos que se entiende pudo haber sufrido el accionante en la esfera extrapatrimonial, proponiendo se eleve a la suma de \$ 25.000,00.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROVEDA CARLOS ALBERTO C/ BANCO PROV. DEL NEUQUEN S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", (Expte. N° 398700/2009), 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.- Todas las partes plantean recursos de apelación contra la sentencia de fs. 670/675 vta., que hace lugar a la demanda, condenando a las demandadas a restituir la suma que se determinará en la etapa de ejecución con más la de \$ 10.000,00 en concepto de indemnización por daño moral –todo con sus intereses-, teniendo por cancelada la deuda proveniente del mutuo con garantía hipotecaria, con costas a las vencidas.

a) La parte actora se agravia por el quantum del daño moral, entendiendo que la suma fijada en tal concepto es exigua.

Dice que surge de la prueba de autos que el hecho que motivó el presente proceso fue un acontecimiento estresante y extremo, ya que el actor se sintió indignado e injuriado en su nombre.

Señala que se vio compelido a pedir dinero a sus allegados para evitar perder su vivienda, e incluso sospechado de haber encubierto la enfermedad de su esposa.

Realiza consideraciones sobre el daño moral, con cita de jurisprudencia.

b) La demandada Banco Provincia del Neuquén se agravia por entender que la sentencia recurrida no aplica el derecho vigente, concretamente en lo que refiere a los efectos del seguro de vida.

Dice que con motivo de la celebración de contratos bancarios como el de autos, es de práctica que el acreedor se encuentre facultado a exigir un seguro de vida dirigido a asegurar los riesgos del fallecimiento del deudor hipotecario, en lo que al pago de un eventual saldo deudor refiere. Agrega que la pretensión del acreedor es que el fallecimiento de su deudor no afecte su posición, evitando los riesgos de una sucesión insolvente.

Sigue diciendo que en este marco, y aquí entiendo que radica el error de la a quo, el deudor hipotecario no es más que un simple tercero, carente de prerrogativas para exigir el cumplimiento de todos o algunos de los efectos del seguro contratado.

Reitera que el deudor hipotecario es parte del contrato de mutuo, más no de los vínculos asegurativos generados por su acreedor con terceros, manifestando que esta conclusión no se altera por el hecho que los costos de contratación de los seguros sean trasladados al deudor, ya que por ello no adquiere la condición de parte contractual. Señala que estos gastos los absorbe, directa o indirectamente, como consecuencia de la operación, pero ello no modifica su status de simple tercero.

Concluye, entonces, en que ni el deudor hipotecario ni sus eventuales sucesores tienen derecho a exigir a su acreedor



tornar efectivo un seguro en el que no ha sido parte, aunque se haya verificado el riesgo asegurado.

Entiende que frente a la muerte de su deudor, el acreedor hipotecario puede optar por procurar el cobro del seguro de vida, o bien instar el recupero de la deuda, haciendo efectivo el derecho real de garantía, e incluso avanzar sobre otros bienes de la sucesión. Por ello, sostiene el apelante, en el caso de autos, ante el fallecimiento de uno de los codeudores, el banco podía, además, exigir al sobreviviente el cumplimiento de las amortizaciones adeudadas.

Expresa que nada influye en esta conclusión el hecho que el banco haya contratado el seguro recién en la cuota n° 20, toda vez que es el BCRA quién exige que toda operación de crédito se resguarde con un seguro de vida a favor de la entidad financiera, con el objeto de proteger el patrimonio de la entidad mutuante y con ello la salud del sistema financiero en general.

Afirma que el seguro de vida cuya operatividad exige es para el actor una contingencia y no un derecho.

Denuncia que la sentencia de grado presenta un defecto argumental insalvable que determina su nulidad.

Así, dice el recurrente, de los Considerandos I y II puede colegirse que el fundamento por el cual se hace lugar a la demanda no tiene que ver con la presunta demora en la contratación del seguro, sino con el hecho que la aseguradora no pudo demostrar que la enfermedad que terminara con la vida de la esposa del actor tuviera carácter preexistente.

Se pregunta entonces por qué se ha condenado a su parte.

En forma subsidiaria se queja de la procedencia del daño moral.

Señala que más allá de las molestias y sinsabores que para cualquier persona supone enrolarse en una discusión contractual, considerar que la negativa de la contraparte se constituye en una afrenta a los sentimientos, con entidad suficiente para habilitar un reclamo por daño moral, es exagerado.

Formula reserva de acudir en casación y por la vía del recurso extraordinario federal.

c) La codemandada SMG Life Seguros de Vida S.A. se agravia porque se la ha condenado conjuntamente con la otra demandada.

Dice que fue a partir de enero de 2007 que el banco demandado ha incluido a la señora Mandzij –esposa del actor– en los listados pertinentes, y fue a partir de esa fecha que se comenzó a pagar la prima. Agrega que teniendo en cuenta la fecha del fallecimiento de la señora Mandzij –noviembre de 2007– la aseguradora rechazó el reclamo del actor entendiendo que la enfermedad que determinó el deceso ha sido preexistente al inicio de la cobertura del seguro. Pone de manifiesto que de la misma denuncia del siniestro presentada por el actor, y suscripta por la médica personal de la asegurada, se desprende que la enfermedad tenía entre 1 y 2 años.

Formula reservas recursivas.

d) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 714/715.

Dice que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por lo que reclama que se declare desierto el recurso.

Subsidiariamente contesta el agravio de la apelante, defiende la suma fijada por la a quo para la reparación del daño moral, en atención a que nos encontramos en un ámbito contractual y recuerda que su parte cuestionó la procedencia de este rubro.

e) La actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada a fs. 718/719.

Señala que el contrato de seguro de vida, celebrado en el marco de un préstamo con garantía hipotecaria, tiene la finalidad de proteger el recupero del crédito ante la eventualidad del fallecimiento del deudor, que es lo que sucedió en autos.

Transcribe la cláusula contractual pertinente, señalando que se constituyó un seguro con efecto cancelatorio de la deuda para el caso de muerte del prestatario, reclamando la aplicación de las normas de defensa del consumidor.

Cita jurisprudencia.

Destaca que la contratación del seguro no era optativa, sino que se trata de una condición sine qua non para el otorgamiento del crédito, por lo que su no contratación conlleva la inevitable atribución de responsabilidad a la demandada.



Defiende la procedencia del daño moral.

A fs. 721/722 vta., esta misma parte contesta el memorial de agravios de la citada en garantía.

Sostiene que no puede esgrimirse que se trataba de una enfermedad preexistente si no se requirió al asegurado examen médico alguno para adherirse al seguro.

Cita jurisprudencia.

Dice que resulta claro que la señora Mandzij fue diagnosticada de su enfermedad el 25 de enero de 2007, en tanto que la falta de inclusión en la nómina no puede ser atribuida a la parte actora. Cita jurisprudencia.

f) La aseguradora contesta el traslado de la expresión de agravios de la actora a fs. 726/729.

Entiende que se trata de una discrepancia meramente subjetiva del apelante, que olvida los fundamentos dados por la a quo para fijar la cuantía de la reparación del daño moral.

Formula reservas recursivas.

II.- En autos, el actor y su esposa –hoy fallecida- celebraron un contrato de mutuo con el Banco Provincia del Neuquén, plasmado en la escritura pública obrante a fs. 545/556. En garantía del crédito otorgado, la esposa del actor constituyó derecho real de hipoteca sobre un inmueble de su propiedad.

Como parte del contrato suscripto, en la cláusula III.4 se estableció: "Seguro de vida. Para protección del crédito, y sus accesorios, EL ACREEDOR podrá contratar en su beneficio un seguro de vida e incapacidad a nombre del DEUDOR, siempre y cuando éste revista el carácter de asegurable, en una entidad aseguradora debidamente autorizada para operar en el ramo por una suma asegurada equivalente al saldo de la cuenta derivada del crédito. El ACREEDOR titular de LA LETRA será el beneficiario de dicho seguro, que se contratará conforme las normas legales y de práctica, para lo cual EL DEUDOR autoriza al ACREEDOR a efectuar los actos necesarios y se obliga a cumplir con los actos personales que se requieran para dicha contratación y sus renovaciones, las cuales EL DEUDOR se compromete a llevar a cabo treinta días antes de su vencimiento. El costo del seguro estará exclusivamente a cargo del DEUDOR, quién deberá abonar las primas respectivas conjuntamente con las cuotas de amortización del crédito. La tarifa a aplicar se establecerá sobre el saldo deudor al inicio de cada período, y estará a disposición del DEUDOR en el domicilio del Banco Provincia del Neuquén S.A., o quién ejerza la administración del crédito por cuenta del ACREEDOR, con quince días de anticipación al comienzo del período respectivo. La falta de pago de las primas en la oportunidad convenida, o el no cumplimiento de los requisitos exigidos por la compañía aseguradora para la vigencia del seguro, hará incurrir al DEUDOR en mora de pleno derecho, y serán de aplicación las cláusulas de incumplimiento".

En la parte final del contrato se puede leer: "Que el Banco de la Provincia del Neuquén S.A. como Asegurador y el DEUDOR como asegurado, convienen en este acto en la celebración de un Seguro de Incendio del bien hipotecado con pago de prima total y un seguro de vida para cubrir el riesgo de muerte Carlos Alberto Roveda y Graciela Cristina Mandzij con pago de primas por períodos mensuales, con efecto cancelatorio del 100% de la deuda por el saldo de capital a vencer que se registre al momento del siniestro de cualquiera de los titulares que se mantendrán vigente durante la totalidad de la vigencia de LA LETRA, sujeto a la aplicación de las condiciones generales y particulares del citado Banco Provincia del Neuquén S.A. que el deudor declara conocer y aceptar".

Producido el fallecimiento de la señora Mandzij en fecha 22 de noviembre de 2007, la compañía de seguros rechaza la cobertura comprometida alegando que la enfermedad que causara el deceso de la asegurada era preexistente.

Ante la presentación del aquí actor, la compañía de seguros le informa que el alta del seguro respecto de la señora Mandzij fue dada el 1 de enero de 2007, no obstante que el mutuo hipotecario lleva fecha 9 de junio de 2005.

Hasta aquí los hechos.

Conforme la descripción de las relaciones habidas entre las partes, tenemos que ellas se encuentran vinculadas por un contrato de mutuo con garantía hipotecaria, y por otro de seguro de vida.

Del contrato suscripto entre el actor y la demandada Banco Provincia del Neuquén S.A. se advierte que la contratación del seguro de vida respecto de los tomadores del crédito si bien aparece como facultativo para la entidad bancaria en la cláusula III.4, luego, al finalizar el documento se concierta una contratación efectiva del seguro de vida con efecto cancelatorio del 100% de la deuda.



Por ello, no asiste razón a la demandada Banco Provincia del Neuquén respecto a que la contratación de este seguro era una facultad de su parte, sino que expresamente se convino la celebración del contrato de seguro.

Existe una indudable conexidad contractual entre ambos negocios jurídicos (mutuo hipotecario y contrato de seguro de vida), en tanto que la entidad bancaria –predisponente contractual-, con la finalidad de cubrirse del riesgo que importa el fallecimiento del deudor, incorpora un seguro colectivo de vida, que ya ha contratado con un determinado asegurador elegido por el banco.

Además, el mismo banco se erige en cobrador de las primas.

De ello también se sigue que el actor no es un tercero respecto del contrato de seguro de vida, ya que esta contratación forma parte del negocio jurídico que celebró con el banco y, además, es quién afronta el pago de las primas.

Corroborar la conexidad contractual señalada el hecho que fue el banco demandado, a través del Jefe de su Departamento Hipotecario, quién comunicó al actor el rechazo del pago del seguro de vida contratado (fs. 541).

Por su parte, el testigo Martín (acta de fs. 354/vta.) declara que tiene que existir un seguro de vida cuando se contrata un mutuo, que es un recaudo exigido por el Banco Central y que el deudor no puede negarse a la contratación del seguro de vida.

III.- Es en este marco, entonces, en que ha de analizarse la conducta de las demandadas frente al actor.

No se discute en esta instancia, antes bien se encuentra reconocido en el intercambio epistolar que, como ya se dijo, no obstante que el contrato de mutuo fue suscripto el día 9 de junio de 2005, que ese mismo día se depositó en la cuenta de los tomadores del crédito el monto comprometido (ver pericia contable de fs. 461/474) y se incorporó a los deudores a la póliza colectiva (se suscribió el contrato de seguro dice el banco demandado en su carta documento de fs. 437), el alta del seguro fue dada el día 1 de enero de 2007, cobrándose la primera prima en febrero de 2007. O sea, la cobertura asegurativa comprometida por el banco demandado se efectivizó un año y medio después de suscripto el contrato de mutuo.

Es por ello que la compañía de seguros, en atención a la fecha del fallecimiento de la asegurada (22 de noviembre de 2007) considera que se trata de una enfermedad preexistente, invocando la cláusula contractual pertinente:

“Se conviene un plazo de carencia de cobertura con primas pagas de 12 meses a partir de la vigencia inicial de cada certificado individual. Este plazo de carencia de cobertura no podrá ser invocado por la Compañía cuando el fallecimiento del asegurado que se produzca en su transcurso, sea consecuencia de un accidente acaecido en el plazo de carencia o de una enfermedad contraída durante el mismo. La Compañía no pagará la indemnización solamente cuando el fallecimiento de un asegurado se produjera como consecuencia de una enfermedad preexistente a la fecha de vigencia inicial de su certificado individual que, luego de vigente éste, y durante el plazo de carencia, le produjera directa o indirectamente la muerte. Se entiende por enfermedad preexistente a aquellas enfermedades que el asegurado padeciere, le haya sido diagnosticada o por la que haya recibido tratamiento médico o acudido a consulta médica con anterioridad a la vigencia inicial de su certificado individual de incorporación a la póliza. Dicha enfermedad será tenida en cuenta a los fines de esta exclusión de la cobertura cuando resulte desencadenante del proceso de fallecimiento, fuera base del mismo, o tuviere conexión principal con él”.

El banco demandado no ha dado razón alguna de la demora en dar el alta en el seguro a la esposa del actor. Se escudó en que era una facultad que podía ser ejercida cuando la entidad financiera lo considerara conveniente, pero ya vimos en el apartado anterior que ello no es así, porque en la parte final del contrato el banco comprometió la efectiva contratación del seguro de vida.

Lo dicho lleva a que se concluya en que la demandada Banco Provincia del Neuquén ha obrado, cuanto menos con culpa, frente a su deudor.

Alejandro Drucaroff Aguiar sostiene que se encuentra fuera de todo debate que las entidades financieras deben desempeñarse con un elevado estándar de profesionalismo, siendo éste el punto de partida obligado para el encuadramiento de la responsabilidad bancaria. Sigue diciendo el autor citado, “antes nos referíamos a la importancia dada a la confianza, elemento decisivo en los contratos bancarios y determinante en orden al esclarecimiento de la



responsabilidad. Por eso, cuando se analiza la conducta de una entidad financiera, se tiene presente que de ella se espera, en un grado claramente superior al común, que satisfaga las expectativas legítimas y fundadas de sus clientes. En suma, se requiere de ella la prestación diligente de un servicio acorde con las prescripciones legales o reglamentarias" (cfr. aut. cit., "Principios Generales de la Responsabilidad Bancaria", en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-1, pág. 42/43).

Como enseña Félix A. Trigo Represas, toda persona que ejercita una profesión debe poseer los conocimientos teóricos y prácticos propios de ella, y obrar conforme con las reglas y métodos pertinentes, con la diligencia y previsión indispensables; y si bien no existe un concepto de culpa profesional diferente del que describe el art. 512 del Código Civil de Vélez Sarsfield –normativa de aplicación en autos en atención al momento en que sucedieron los hechos–, "el banco no es cualquier persona, sino, al contrario, es un profesional especializado en su negocio, que tiene que cumplir en esa función una diligencia especial, que la doctrina ha decidido llamar o identificar como la del buen banquero..." (cfr. Camerini, Marcelo A., "La Actividad Bancaria y la Responsabilidad Civil" en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-1, pág. 72/73).

En estos términos surge clara la responsabilidad del banco demandado frente a su deudor, al omitir incorporarlo en tiempo y forma en la póliza colectiva.

Al suscribir el contrato de mutuo con garantía hipotecaria el banco demandado se comprometió al aseguramiento. Si bien es cierto que durante ese año y medio de atraso no cobró la prima pertinente a los deudores, tal circunstancia pudo, con alto grado de probabilidad, no ser conocida por el actor.

De acuerdo con el informe pericial contable de fs. 461/474, los descuentos de las cuotas correspondientes al crédito, de la cuenta de los deudores, se hizo por montos globales, sin discriminar los distintos conceptos que ella involucraba. Consecuentemente, teniendo en cuenta que en el contrato se había establecido que dichas cuotas incluían "los importes correspondientes a las primas de los seguros del inmueble y de vida, cuya contratación se compromete por el presente" (cláusula I.1), y en virtud de la buena fe y la confianza que se deposita en la entidad financiera, va de suyo que el actor pudo legítimamente entender que estaba abonando la prima del seguro de vida.

Cierto es que en los recibos o liquidaciones de fs. 558/579 se detallan los distintos rubros que componen la suma descontada en concepto de cuota, figurando la indicación de \$ 0,00 en el ítem seguro de vida, en la mayoría de ellos, pero no se ha probado que el actor haya retirado estos comprobantes de la sede de la institución bancaria.

De lo dicho se sigue que la entidad bancaria demandada debe responder frente al actor conforme lo ha determinado la a quo, aunque no en la extensión establecida en la sentencia de grado, conforme se explicará más adelante.

IV.- El argumento en base al cual la aseguradora ha negado la cobertura asegurativa no es directamente la demora en el alta de la asegurada, pero es una condición que es consecuencia de esa demora, ya que si tal atraso no hubiera existido la cobertura asegurativa no hubiera sido denegada, cuanto menos en base a la causa invocada. De todos modos, y aún cuando se considerara el alta del seguro dada el día 1 de enero de 2007, la causa de la denegación de la cobertura no está justificada, y es esta circunstancia la que determina la diferencia en la extensión de la responsabilidad entre el banco y la compañía de seguros.

De la pericia médica de fs. 350/351 vta. surge que la causa del fallecimiento de la esposa del actor –codeudora del crédito– ha sido un melanoma multifocal o multicéntrico, diagnosticado el día 25 de enero de 2007.

Sigue diciendo el perito médico, en respuesta a los puntos de pericia propuestos por la demandada, que el origen objetivo del melanoma, por la naturaleza de esta enfermedad, es imposible de fijar en el tiempo, siendo el único dato concreto la fecha del diagnóstico. Y agrega el experto, "la causa de la muerte de la Sra. GRACIELA CRISTINA MANDZIJ guarda relación causal únicamente con el melanoma, y con ninguna de las enfermedades que padecía anteriormente... no existe en las constancias de autos ningún dato que permita afirmar taxativamente si ya padecía o no el melanoma el 1º de enero de 2007.

Ninguno de nosotros podemos afirmar rotundamente que en este preciso momento no tenemos algún pequeño tumor canceroso gestándose en algún lugar de nuestro organismo".

De lo dicho se sigue que la enfermedad que ocasionó la muerte de la persona asegurada fue conocida,



diagnosticada, dentro del período de carencia, por lo que corresponde que la aseguradora brinde la cobertura comprometida, aún considerando que la incorporación a la póliza colectiva se produjo el día 1 de enero de 2007, conforme lo reconoce la compañía demandada.

La jurisprudencia ha dicho que es procedente la demanda por cumplimiento de contrato de seguro de vida colectivo por saldo deudor de un préstamo personal del que el titular resultara fallecido, pues si bien la enfermedad que padecía el titular existía antes de la celebración del contrato, se encuentra acreditado que el asegurado no tenía conocimiento de ella, sino que tuvo conocimiento con posterioridad (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Rosario, Sala I, "Corna c/ La BS. AS. New York Life Seguros", 3/5/2007, LL on line AR/JUR/4101/2007).

A todo evento tampoco ha acompañado la aseguradora exámenes de salud realizados a los asegurados o declaraciones de éstos, de las que surja que la señora Mandzj tuviera conocimiento de su enfermedad antes del alta en la cobertura.

La condena se confirma también respecto de la demandada aseguradora.

V.- En cuanto a la extensión de la responsabilidad de una y otra demandada, teniendo en cuenta que la conducta del banco demandado ha sido condición pero no causa de la denegatoria de la cobertura, la condena debe ser diferente para ambos accionados.

Así la aseguradora demandada debe ser condenada al cumplimiento del contrato de seguro, o sea a cancelar el saldo pendiente de pago correspondiente al crédito de autos, existente al momento del fallecimiento de la esposa del actor. Tal cumplimiento debe consistir en el reintegro de las sumas abonadas en más por el actor con sus intereses, y la cancelación del saldo del mutuo, si éste existiere.

En cuanto al banco demandado, su responsabilidad se ha de circunscribir, en forma conjunta con la aseguradora, al pago de la indemnización por daño moral.

VI.- Ingresando, entonces, al tratamiento de las quejas referidas al daño moral, no procede declarar desierto el recurso de apelación de la parte actora, en tanto éste reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, pudiendo conocerse, de su lectura, cuál es el aspecto que se critica de la sentencia recurrida y por qué.

Luego, y sin perjuicio de tener en cuenta que nos encontramos en el ámbito de la responsabilidad contractual, considero que resulta procedente reparar el daño moral sufrido por el actor. Ello, sin dejar de señalar que en el Código Civil y Comercial se ha superado la diferencia entre daño contractual y extracontractual.

En efecto, el actor se vio sometido a una situación de preocupación y de afectación espiritual, agravada por el duelo por la muerte de su esposa, que no tendría que haber padecido si las demandadas hubieran cumplido las obligaciones asumidas.

Y esta alteración espiritual no es la que puede entenderse como normal o tolerable ante inconvenientes en el cumplimiento de un contrato. En primer lugar, por la posición contractual y el profesionalismo de las demandadas.

Luego, el banco demandado, lejos de reconocer su error y falta de diligencia, y ante la negativa de la cobertura por parte de la aseguradora, reclamó las cuotas del crédito al restante codeudor, y ante su mora, comunicó la situación al BCRA, quién lo incorporó al sistema VERAZ como deudor incobrable, con las consecuencias que ello puede tener para la actividad comercial del demandante.

En tanto que también obligó al actor a pedir dinero prestado para evitar la ejecución de la hipoteca y consecuente remate del inmueble familiar.

Iguales consideraciones caben para la aseguradora, ya que su negativa injustificada a cumplir con la cobertura comprometida, fue concausa del sufrimiento moral que tuvo que soportar el demandante.

En cuanto al quantum de la reparación por daño moral, entiendo que el monto fijado por la a quo - \$ 10.000,00- resulta exiguo a efectos de reparar los padecimientos que se entiende pudo haber sufrido el accionante en la esfera extrapatrimonial, proponiendo se eleve a la suma de \$ 25.000,00.

VII.- Si bien el resultado de la apelación determina que la demanda se rechaza parcialmente respecto del Banco Provincia del Neuquén, entiendo que la condena en costas determinada en la sentencia de grado no debe ser modificada, ya que, tal como lo señalé, se trató de un único negocio jurídico, donde el banco fue la parte



predisponente y la que se comprometió a la contratación de la cobertura asegurativa, por lo que el actor razonablemente pudo entender que correspondía demandar el cumplimiento del contrato de seguro de vida respecto de la entidad bancaria (art. 68, 2da. párrafo, CPCyC).

VIII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora, y parcialmente al recurso de apelación de la demandada Banco Provincia del Neuquén S.A., y rechazar la queja de la demandada SMF Life Seguros de Vida S.A. En consecuencia, se modifica parcialmente la sentencia recurrida disponiendo que la condena a la restitución de la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más sus intereses, alcanza solamente a la aseguradora SMF Life Seguros de Vida S.A., en tanto que la condena al pago de la indemnización por daño moral con más sus intereses es a cargo de ambas demandadas, y elevando el monto de la reparación por este último daño, el que se fija en la suma de \$ 25.000,00, confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido (art. 71, CPCyC), se imponen en el orden causado respecto de la actuación de Banco Provincia del Neuquén S.A., y en lo demás a cargo de la demandada SMF Life Seguros de Vida S.A., difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Sin perjuicio de la postura restrictiva que sostengo en relación a la procedencia del daño moral en supuestos de daños contractuales, entiendo que el caso de autos presenta particularidades que justifican la condena por tal rubro, tal como señala mi colega en el voto que antecede y a cuyos fundamentos adhiero.

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 670/675 vta., disponiendo que la condena a la restitución de la suma que se determine en la etapa de ejecución de sentencia, con más sus intereses, alcanza solamente a la aseguradora SMF Life Seguros de Vida S.A., y que la condena al pago de la indemnización por daño moral con más sus intereses es a cargo de ambas demandadas; y elevando el monto de la reparación por este último daño, el que se fija en la suma de PESOS VEINTICINCO MIL (\$25.000,00), confirmándola en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido (art. 71, CPCyC), en el orden causado respecto de la actuación de Banco Provincia del Neuquén S.A., y en lo demás a cargo de la demandada SMF Life Seguros de Vida S.A.

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- 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](#)

"MARTINEZ DIANA SOLEDAD C/ MALDONADO MANUEL FRANCISCO 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.: 398228/2009) – Sentencia: 29/16 – Fecha: 15/03/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.



COLISION ENTRE CAMION Y PEATON. CULPA DE LA VICTIMA. IMPRUDENCIA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Cabe confirmar la sentencia de grado inferior que rechaza la demanda iniciada por daños y perjuicios producidos por un accidente protagonizado entre un camión y un peatón, toda vez que de la prueba penal y la declaración testimonial, resulta claro que la víctima salió debajo de su camioneta y sin que se sepa la razón, caminó hacia la ruta, momento en que es impactado por el camión. Notése, además, que existía suficiente distancia entre la camioneta y el lugar por el que circulaba el camión que hubiera permitido a la víctima pararse al lado de su auto sin que sufriera consecuencia alguna, por lo cual, queda claro que el accidente se produjo por la aparición de la víctima en forma sorpresiva e imprevisible sobre la calzada de una ruta, resultando inevitable el accidente ya que fue el peatón quien, con su accionar, originó el hecho al interponerse en la marcha del vehículo.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARTINEZ DIANA SOLEDAD C/ MALDONADO MANUEL FRANCISCO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)", (Expte. N° 398228/2009), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 516/525 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión fue apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 545/552, cuyo traslado fue respondido a fs. 554/560 por la Dirección Provincial de Vialidad y a fs. 561/566 por el demandado Maldonado y su aseguradora.

En primer lugar, señala que no resulta aplicable al caso el nuevo Código Civil.

Luego, refiere a que se tuvo por no acreditado que la Sra. Martínez era concubina de la víctima, ya que las partes al responder la demanda no negaron dicha situación.

En segundo lugar, afirma que la sentenciante se apartó de las prescripciones del artículo 1.113 del Código Civil, porque no se acreditó la culpa de la víctima.

Así, dice que el hecho de la víctima debe ser imprevisto e inevitable y que, cuando el juez civil se respalda en lo afirmado por el juez penal, no tiene en cuenta que el segundo se refiere a la responsabilidad penal.

Afirma que no se tuvo en cuenta la pericial accidentalológica y que del razonamiento del juez se aprecia la dicotomía entre dicha prueba y la restante, y concluye, que no se demostró en forma suficiente la culpa de la víctima, que debe ser contundente y no dejar duda.

Señala que existe incongruencia en la sentencia ya que, al comienzo, comparte su postura de que la sentencia penal no impide evaluar la responsabilidad civil, y luego omitir dicho análisis.

Entiende que media absurdo en la valoración de la prueba en especial al desechar el valor probatorio de la prueba pericial, siendo la misma la prueba por excelencia para acreditar los hechos.

Considera errónea la interpretación que se realiza de la sentencia penal, dado que la misma no dice que se introduce en el carril por el que circulaba el camión.

Cuestiona la eximición de responsabilidad de Vialidad Provincial, ya que si el perito citó una normativa y el juez la



desconoce, podría haber dictado una medida para mejor proveer y que por lo demás dicha disposición existe en internet.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, y analizada la prueba producida en base a las pautas previstas por el artículo 386 del Código de rito, concluyo que los agravios vertidos en modo alguno logran conmover los sólidos fundamentos de la sentencia los que resultan ajustados a los elementos probatorios incorporados al proceso y a las normas jurídicas aplicables al caso.

Señalo, así, que no advierto discrepancia entre las partes y el juzgado en relación a que el caso debe ser analizado en base a lo previsto por el artículo 1.113, segundo párrafo, última parte del Código Civil y es ello correcto, por tratarse de un accidente en el que los protagonistas son un camión y un peatón.

Ninguna duda cabe sobre ello, así como que el titular o dueño del vehículo debe acreditar suficiente y claramente la culpa de la víctima para eximirse de responsabilidad.

Tampoco cabe duda que la sentencia penal en los términos que fuera dictada, en modo alguno, determina al juez civil, ya que éste se encuentra plenamente facultado para indagar acerca de la responsabilidad civil.

Sobre dichos aspectos jurídicos, que la jueza ha señalado expresamente, no hay discrepancia entre las partes y coincido plenamente con el análisis jurídico que se realiza en la pieza cuestionada, sin dejar de remarcar que dichos temas también han sido enfocados correctamente por el apelante.

Pero la cuestión a dilucidar, en realidad, no es tanto jurídica sino fáctica, dado que es preciso saber si la demandada ha demostrado la culpa de la víctima en el hecho dañoso sin que existan dudas al respecto.

Pues bien, analizada la prueba conforme las pautas del artículo 386 del Código de rito, concluyo que no existen dudas acerca de la existencia de culpa de la víctima.

En primer lugar, recordemos que la víctima se encontraba con su auto estacionado en la banquina de la ruta 22 un 17 de marzo del 2009 aproximadamente a las 12 y 30, existiendo buena visibilidad, luz natural, sin viento, según resulta de las primeras constancias del sumario penal que se tiene a la vista.

Sobre el hecho, tanto en sede penal como en civil, declaró el único testigo que presencié el accidente.

Paz Vega, a fs. 44 de la causa penal, dice que circulaba atrás del camión y que vio que éste pasa al lado de una camioneta estacionada en la banquina, y que en eso "veo que una persona salió agachada delante de la camioneta y se fue derecho a la rueda del camión...", y añade luego que el camión circulaba a un metro y medio aproximadamente de la banquina.

Dicha declaración resulta concordante con el croquis que se elaboró en sede penal y que permite advertir que el camión circulaba a un metro treinta de la banquina, que entre la camioneta y la calzada, que obviamente es la ruta, había unos setenta y seis centímetros y que el lugar del impacto se produce a un metro setenta y cinco de la banquina.

Si como el mismo actor afirma al sostener que la banquina debe ser de tres metros, algo que no encuentra respaldo legal adelante, y que si ello hubiera sido así la víctima no hubiera sido atropellada, dado que esos veinte centímetros le hubieran bastado al estar parado al lado de la camioneta, según su versión, lo cierto es que la distancia entre la calzada y la posición de la camioneta era mayor a la afirmada como necesaria para evitar el accidente, lo cual demuestra que los hechos no ocurrieron como los presenta la demandante.

Al declarar nuevamente en sede civil, Paz Vega brinda un testimonio sustancialmente similar al dado en sede penal.

Así, afirma que "vi que delante del capot de la camioneta salió agachada una persona y se levanta como mareada y se fue contra el camión que iba pasando por el costado", y luego señala "lo que vi es que la camioneta estaba bien estacionada, ni muy arriba de la ruta ni muy cerca de la banquina y cuando pasó el camión estaba lejos de la camioneta, no es que haya pasado finito a la camioneta".

Como se advierte, entonces, de la prueba penal y la declaración testimonial, resulta claro que la víctima salió debajo de su camioneta y sin que se sepa la razón, caminó hacia la ruta, momento en que es impactado por el camión.

Notése, además, que existía suficiente distancia entre la camioneta y el lugar por el que circulaba el camión que hubiera permitido a la víctima pararse al lado de su auto sin que sufriera consecuencia alguna, por lo cual, queda



claro que el accidente se produjo por la aparición de la víctima en forma sorpresiva e imprevisible sobre la calzada de una ruta, resultando inevitable el accidente ya que fue el peatón quien, con su accionar, originó el hecho al interponerse en la marcha del vehículo.

Frente a dicho plexo probatorio, nos encontramos con la pericia accidentalológica.

Principio por señalar que dicha prueba en modo alguno obliga al juez, quien debe valorarla de conformidad con las pautas del artículo 476 del Código de rito.

Pues bien, las afirmaciones del perito acerca de cómo ocurrió el hecho no se sustentan más que en sus apreciaciones meramente subjetivas, que por cierto nada tienen que ver con el testigo cuyo testimonio el perito descarta por considerarlo subjetivo, apreciación esta insólita y carente de sustento.

A ello, se agrega que tampoco tiene en cuenta lo que resulta del croquis policial, pese a que lo menciona, ya que resulta inexplicable que el accidente se haya producido estando la víctima parada al lado de la camioneta siendo que, como ya se demostró, existía suficiente distancia entre dicho vehículo y la calzada, y mayor distancia si se tiene en cuenta el lugar por el que circulaba el camión.

Por cierto que sus afirmaciones médicas carecen de sustento científico toda vez que, conforme resulta de su presentación, es ingeniero mecánico y en ningún momento afirma sostener ser un experto en medicina forense.

Si bien es cierto que el juez desconoce la ciencia propia del perito y es por eso que se requiere su intervención, como se preocupa en señalar el perito, lo cierto es que ello no impide evaluar la suficiencia del dictamen en función de las constancias probatorias existentes, y ellas demuestran la evidente parcialidad de las afirmaciones del perito quien no tiene en cuenta, pese a así afirmarlo, lo que resulta de las constancias penales y ninguna explicación razonable ha dado al respecto.

Su pericia, entonces, carece de valor científico, por no basarse en los datos que tuvo a su disposición y que fueron descartados o ignorados sin explicación suficiente.

En definitiva, considero suficientemente acreditada la culpa de la víctima, conforme el análisis que se hiciera, razón por la cual y conforme el marco normativo mencionado al comienzo y sobre el que no media cuestionamiento, la demanda debe ser desestimada en su totalidad.

En relación al agravio formulado en primer término, sin perjuicio de señalar que devino abstracto dada la forma en que se resuelve, cabe acotar que la Dirección Provincial de Vialidad desconoció o al menos puso en duda la existencia del concubinato alegado por la actora demandada (ver fs. 178).

Y en lo que se refiere a que las banquetas deben tener tres metros, lo cierto es que no se ha podido demostrar en base a qué normativa concreta se sustenta dicha afirmación, y que de todas maneras, ello queda desmentido con el informe de Vialidad Nacional de fs. 458. Agrego que la página de internet citada resulta imposible de acceder, al menos desde la computadora que se nos provee.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la actora, debiendo diferirse para su oportunidad los honorarios.

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 de fs. 516/525, en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios intervinientes en esta instancia, para su oportunidad (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan a la instancia de grado.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria



[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial -
Sala II - (Expte.: 431193/2010) - Sentencia: 30/16 - Fecha: 17/03/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. ERROR DE DIAGNOSTICO. INDEMNIZACION POR DAÑO. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. DAÑO ESTETICO. DAÑO PISOLOGICO. AUSENCIA DE AUTONOMIA. INCAPACIDAD FISICA. DAÑO FISICO.

1.- En orden a considerar al daño estético y psicológico como autónomos cabe recordar que, esta Sala, desde hace tiempo, ha señalado que los mismos no tienen dicha categoría y que, por ende, no constituyen daños que deban ser reparados en forma independiente, sin perjuicio, claro está, que deban ser considerados y ponderados según que incidan en el daño patrimonial o moral. [...] en definitiva, si se otorga una indemnización por un daño que no sufrió, aquél que percibiera la indemnización estaría enriqueciéndose sin causa. Pero igualmente claro es que la indemnización a otorgar por los daños sufridos debe ser la del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos.

2.- No procede el reclamo por incapacidad física, toda vez que ninguna prueba existe que permita afirmar que para la apendicitis hubiera bastado una laparoscopia y no una laparotomía, diferencia que el perito en modo alguno explica y que, si bien, el juez no tiene por qué saber ya que excede el ámbito de su competencia, la podemos encontrar buscando en internet, pero allí también se indica que dicha intervención tampoco está exenta de riesgos y que de todas formas se requiere una incisión, por lo cual, queda claro que ambas producen una cicatriz, y que en todo caso la diferencia va a estar dada por su tamaño. De todas formas, estaba a cargo de la reclamante demostrar cual fue la incidencia de una cicatriz, (que era inevitable ya que debía ser operada), en el ámbito patrimonial y al respecto no existe prueba alguna sobre tal incidencia.

3.- En cuanto a la incapacidad determinada por el síndrome de estrés postraumático, en nada varía el análisis habida cuenta de la deficiencia de la pericia.

4.- Teniendo en cuenta los precedentes de esta Sala, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica, así como las consecuencias del error de diagnóstico, es que considero que la suma fijada debe ser elevada al importe de \$30.000.



Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DI NARDO MARIANA CELIA ALICIA C/ MONTERO SANDRA Y OTROS S/ D. Y P. - MALA PRAXIS", (Expte. N° 431193/2010), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse separada de la causa la Dra. 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. 405/421 hace lugar parcialmente a la demanda y en consecuencia condena a la Sra. Sandra Montero, Policlínico Neuquén, Instituto de Diagnóstico y Tratamiento Sociedad Anónima y SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., a pagar la suma de \$20.000 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs.440/457, y cuyo traslado es respondido a fs. 459/465.

II.- En primer lugar se agravia la quejosa por el rechazo del daño por incapacidad física.

Al respecto, entiende que lo decidido se aparta de las conclusiones de la pericia médica, y contradice las constancias de la causa, además de carecer de lógica.

En ese sentido, afirma que se cuestionó el erróneo diagnóstico inicial, y como consecuencia de ello, en vez de ser operada por una apendicitis fue intervenida por una peritonitis que es una operación mayor y que, inclusive, exigió una operación a cielo abierto.

Alude luego a la medida de la incapacidad, expresando que se ha acreditado el daño en las aptitudes físicas de un 10% y del 9% en el plano psicológico, y por ello, debe concederse resarcimiento por daño material y ponderar que lo que se trata de enjuagar es el riesgo actual de la minusvalía económica en que la víctima queda frente a la vida, por lo que la reparación debe tener en cuenta todos aquellos elementos demostrativos de la concreta influencia negativa de la minoración física en el campo laboral.

Afirma que el error de diagnóstico le ha provocado una lesión mayor a la esperable, a su integridad física, configurándose un daño biológico, vulnerándose el derecho a la integridad psicofísica y moral, y las proyecciones perniciosas de la lesión se dirigen a la faceta no patrimonial del individuo, citando precedentes a su favor en relación al tema.

Postula, más adelante, la aplicación al caso de la ley 24240 y que ante el error de diagnóstico el daño causado consiste en la pérdida de las chances de supervivencia o en el daño a la integridad psicofísica, en los términos a que antes aludiera.

El segundo agravio se refiere al rechazo del daño emergente derivado del reintegro de los gastos de reparación de la cicatriz que le quedó como consecuencia de la operación que le practicaron, remarcando la diferencia entre la operación de apendicitis y la de peritonitis que le realizaran, y sus distintas consecuencias.

En otro agravio puntualiza que se ha prescindido del daño psicológico, pese a la existencia de una pericia que los detalla.

Asimismo, cuestiona el rechazo del daño estético y que aun aceptando que no tiene entidad autónoma, lo cierto es que el daño la afectó como madre y esposa.

Se exploya luego sobre el monto del daño moral, detallando las consecuencias que padeció y, en tal sentido, postula un monto mayor al acordado.

Por último, cuestiona que la sentencia no condene a los demandados al pago de la tasa de justicia, contribución del colegio de abogados y gastos por edictos.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo pertinente señalar que la sentencia concluye que existió un error de diagnóstico por parte de la médica que atendió en primer término a la actora, y esa cuestión no se encuentra controvertida, por lo que ha quedado firme.



Asimismo, tampoco se discute lo actuado tanto por los médicos tratantes como por el policlínico, que la atención médica posterior fue la adecuada, y que era necesario operar a la actora por la existencia, en ese momento, de una peritonitis.

Dichos hechos tampoco resultan cuestionados por las partes, y así lo ha señalado expresamente la actora.

Expresado lo anterior, surge clara la responsabilidad de los demandados en relación a su obligación de reparar el daño causado.

Ahora bien, tal como indica la jueza, la actora reclamó por daños derivados de su incapacidad física, el daño material de las cirugías estéticas, el daño estético, el daño moral y el psicológico.

Con respecto al daño estético y psicológico como autónomos cabe recordar que, esta Sala, desde hace tiempo, ha señalado que los mismos no tienen dicha categoría y que, por ende, no constituyen daños que deban ser reparados en forma independiente, sin perjuicio, claro está, que deban ser considerados y ponderados según que incidan en el daño patrimonial o moral.

Así dijimos:

"Respecto a la falta de autonomía del daño psicológico con relación al daño moral, hemos sostenido en la causa "VALDEBENITO" (Expte. n° 350755/7, entre tantas otras).

"Esta Sala ha desestimado en reiteradas oportunidades el reclamo del daño psicológico como daño autónomo, sin perjuicio de valorarlo dentro del daño moral o patrimonial según corresponda."

"Así hemos dicho en la causa 325778/5: "Respecto a la cuestión del daño psicológico, la sentencia apelada recepta la doctrina de esta Sala respecto a no reconocer su carácter autónomo."

"...El daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral. Además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto, que es lo que se repara con la indemnización por daño moral, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurra se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (Cfe. CNCiv., Sala G 22-3-95, DJ del 7-2-96). Si bien no se desconoce la existencia de posturas contrarias a la aquí expuesta, destaco que esta Cámara no las comparte (PS.-94-I-157-Sala II).

Es que debe tenerse en cuenta que el hombre es un compuesto de cuerpo y alma pero que no interviene un tercer componente y que, la psiquis, en definitiva constituye una manifestación de su espíritu cuyas lesiones se encuentran compensadas por el daño moral." (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -III- 421/427, SALA II, CC0002 NQ, CA 932 RSD-421-96 S 4-7-96, Juez GIGENA BASOMBRIO (SD), CABRERA RAMON CARLOS c/ EMPRESA EL ÑANDU S.R.L. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO – GARCIA)."

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala I, al indicar en la causa sentenciada el 15 de diciembre de 2015, expediente N° 398329/2009:

Además: "según insistimos más adelante, emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)". (cfr. MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en "PARRA MATIAS c. VICTORIA ZAMORA ESTEBAN s/ D.Y P.", EXP N° 411950/10, "BARAVALLE MIGUEL c. DELGADO ACUÑA JORGE S/ D. y P., EXP N° 351035/7, "JARA JAIME c. NAVARRO RUBEN S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXP N° 321577/5).

Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión –en el caso, detrimento psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (cfr., ob. cit., p. 257).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo



moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)...." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Por estas consideraciones, que son trasladables al caso, entiendo que la ponderación de la afectación psicológica incidirá en el plano moral, pero su resarcimiento en forma autónoma, en términos generales, determinaría una duplicación indemnizatoria sin causa y por lo tanto, injusta.

7.2. Como lo adelantara, el hecho de que no pueda propiciarse una duplicación de las indemnizaciones, no significa que no deba meritarse bajo un correcto encuadre como daño moral.

Porque, en definitiva, si se otorga una indemnización por un daño que no sufrió, aquél que percibiera la indemnización estaría enriqueciéndose sin causa. Pero igualmente claro es que la indemnización a otorgar por los daños sufridos debe ser la del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos. (la negrita me pertenece).

En tal sentido, los agravios dirigidos a cuestionar la postura de la jueza en relación al tema no tendrán andamio, sin perjuicio de examinar su incidencia con respecto a la posible afectación en el ámbito patrimonial o extra patrimonial.

Ahora bien, conforme los argumentos que expone la quejosa, debe examinarse si resulta procedente la petición tendiente a que prospere el reclamo por incapacidad física.

Al respecto se advierte que, pese a los esfuerzos que se realizan en la pieza recursiva, la misma no tendrá andamio, debiendo señalarse que, a mi entender y conforme los argumentos expuestos, considero que los mismos están dirigidos a sustentar la incidencia de la lesión en el ámbito extra patrimonial.

Tal como resulta de las constancias de la causa y la postura de las partes, lo cierto es que la actora debió ser operada en función de la dolencia que padecía.

La diferencia es que, mientras la actora afirma que debió ser intervenida por una apendicitis, la realidad y el error de diagnóstico inicial, hizo que lo fuera por una peritonitis.

Con ello se quiere decir que en ambos supuestos la operación era inevitable.

Cierto es también que es más riesgosa una operación por peritonitis que una por apendicitis, pero en ambas existe riesgo y requieren una intervención.

De la pericial médica, que por cierto aparece como escasamente fundada, no se dictamina que diferencia concreta existente entre una u otra operación, y cabe recordar que la prueba de la existencia del daño y sus consecuencias constituye una carga probatoria a cargo de quien demanda la reparación de los perjuicios que le habrían sido ocasionados.

Así se ha dicho que:

"Sin daño no hay indemnización y, como elemento integrante de la responsabilidad civil, debe acreditarse su existencia. Constituye un principio básico en esta materia que quien lo alega tiene la carga de la prueba de la existencia. El fundamento de la carga probatoria radica en que el damnificado no debe enriquecerse a expensas del responsable y la reparación debe limitarse a restablecer el equilibrio del patrimonio sin que represente fuente de lucro para la víctima", (CNCiv., Sala D, voto del Dr. Bueres en autos "Luque, Juan Miguel c. Cuadrado, Roberto", 10/06/2003, AR/JUR/7697/ 2003) ("GATTI ELIZABETH PAOLA CONTRA PAEZ MARIO CESAR Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 386632/9, "ROBLEDO ROBERTO ALEJANDRO C/ PAREDES FIGUEROA ADOLFO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", EXP N° 354963/2007).

Así, y pese a las afirmaciones que se vierten en la expresión de agravios, ninguna prueba existe que permita afirmar que para la apendicitis hubiera bastado una laparoscopia y no una laparotomía, diferencia que el perito en modo alguno explica y que, si bien, el juez no tiene por qué saber ya que excede el ámbito de su competencia, la podemos encontrar buscando en internet, pero allí también se indica que dicha intervención tampoco está exenta de riesgos y que de todas formas se requiere una incisión, por lo cual y a mi entender, queda claro que ambas producen una cicatriz, y que en todo caso la diferencia va a estar dada por su tamaño.



En realidad, el perito expresa que de haberse operado correctamente y por una apendicitis, la cicatriz no hubiera sido mayor a cinco centímetros, pero en momento alguno dice el tamaño de la cicatriz existente como derivada de la operación que se le efectuara y ella tampoco surge de las posteriores intervenciones cuya reparación reclama, según resulta de la documental que adjuntara al denunciar los hechos nuevos y la informativa producida en relación a ello, de manera tal que solamente puede suponerse que la cicatriz fue mayor.

De todas formas, estaba a cargo de la reclamante demostrar cual fue la incidencia de una cicatriz, (que era inevitable ya que debía ser operada), en el ámbito patrimonial y al respecto no existe prueba alguna sobre tal incidencia.

Y por cierto que resulta irrelevante que la reclamante se desempeñe en el ámbito laboral o como ama de casa, ya que la incidencia patrimonial resulta una consecuencia necesaria en ambos supuestos.

Al respecto, la pericial médica que ya señalé resulta claramente insuficiente para acreditar este extremo, sin que la parte actora hubiera hecho diligencia alguna tendiente a subsanar dicho déficit; indica, entonces, sin sustento, que produjo una incapacidad física del 10% y un 9% por estrés postraumático.

Con relación a este último ítem, el perito carece de competencia, toda vez que dicha consecuencia resulta ajena a su ámbito profesional, y en todo caso y si ello no se compartiera, tal conclusión luce ausente de todo fundamento.

Si bien la parte ha insistido en que el juez, en principio debe respetar el dictamen médico, ello es así en la medida en que el mismo tiene fundamento en los términos del artículo 476 del Código de rito, y dichos recaudos lucen ausentes en el caso.

Así, se ha dicho en postura que se comparte en autos EXP N° 442397/11 de la Sala I:

Es que, como sostuvo la Dra. Pamphile en el precedente citado, “[...] debe recalcar que no basta que el perito adquiera convicción sobre lo que es materia de su dictamen debiendo, por el contrario, suministrar los antecedentes y explicaciones que lo justifiquen, pues su función es asesorar a los jueces”, los cuales no se desarrollaron en el informe analizado para avalar sus conclusiones conforme alega la recurrente.

Ello, teniendo en cuenta que: “[...] el valor del dictamen está relacionado con la seriedad de sus conclusiones, los métodos científicos empleados, el nexo lógico entre las premisas y las conclusiones, su coherencia, la calidad de sus fundamentos y el grado de su concordancia con los demás elementos de prueba.

Elementos estos que no se configuran en el supuesto de autos.”

“Las irregularidades detectadas en la pericia, consistentes en la ausencia o deficiencia de los fundamentos dados por el experto, la falta de claridad, de precisión y lógica de las conclusiones, permiten la descalificación probatoria de la prueba en cuestión”, (“TOLEDANO GLADYS RAQUEL CONTRA PREVENCION ART S.A. SOBRE RECURSO ART. 46 LEY 24557”, EXP N° 413196/2010).

Y por otro lado, y con relación al tema, en postura concordante de esta Cámara se ha sostenido en el 389523/2009 de la Sala I con cita de la Sala III:

“5. Y en cuanto a la incapacidad determinada por el síndrome de estrés postraumático, en nada varía el análisis que vengo haciendo en cuanto a la deficiencia de la pericia.

Pese a que en el informe pericial se consigna que los actores manifiestan diversas dolencias, ninguna prueba se ha ofrecido en autos, sino que las referencias se reducen a los dichos de los accionantes.

En este punto creo pertinente transcribir lo sostenido por la Sala III de esta Cámara, en cuanto entiendo es aplicable al presente. Así señaló: “...acerca de la acreditación del daño cerebral orgánico y síndrome postconmocional, considero que para valorar y concluir en una incapacidad permanente y estimarla, además de la certera vinculación causal con el accidente, se impone la adquisición de informes médico psiquiátricos y psicológicos, estudios y test específicos para determinar tales afecciones, sumándolas a informaciones o antecedentes del sujeto, resultando insuficiente a tal fin una mera entrevista o la apoyatura en un solo método técnico de evaluación, fundamentalmente por el carácter subjetivo de los síntomas somáticos y emocionales, de tal forma que no queden dudas respecto a que la disfunción analizada esté presente en el caso.

Como pauta orientativa del síndrome postconmocional, considero útil reproducir lo que explica Ma. José Muñoz Cenjos (Departamento de Psicología Básica –Proceso cognitivo de la Facultad de Psicología de la universidad Complutense



de Madrid <http://www.servicodc.com/congreso/congress/pass/conferences/Munoz-Cenjudo.html> 12/5/2003 02:29:02 II Congreso Internacional de Neuropsicología en Internet):

"...Con respecto a la evaluación, algunos autores recomiendan que se realice de forma individualizada, utilizando una batería neuropsicológica que incluya distintas pruebas en función de las necesidades de cada paciente.

En cuanto a los cuestionarios que evalúan y cuantifican la sintomatología, habría que decir que permiten sistematizar y cuantificar la información obtenida. Son útiles para valorar la evolución y realizar estudios de seguimiento. Citamos entre otros:

1.- Cuestionario de síntomas postconmocionales de Rivermead. Se utiliza para cuantificar la gravedad de los síntomas postraumáticos. Tiene 16 ítems que valoran síntomas en una escala de gradación de 0 (no presente) hasta 4 (muy intenso), siempre estableciendo una comparación con el estado previo al accidente. Tiene una buena fiabilidad intra e interjueces demostrada (King y cols., 1995; citado en 2).

2.- Cuestionario de síntomas postconmocionales. Adaptado a partir de la entrevista semiestructurada elaborada por Levin y cols., en 1987 (citado en 2) para estudio de los TCE leves. Recoge en 17 ítems los síntomas sensoriales, somáticos, cognitivos y afectivos más referidos por estos pacientes. Tiene una gradación de 0 (no presente) hasta 4 (grave o muy intenso) y siempre se comparan los resultados con el estado previo del accidente.

3.- European Brain Injury Questionnaire (EBIQ) (citado en 2). Tiene 63 preguntas dirigidas al paciente y a los familiares, que valoran las siguientes escalas: somático, cognitivo, motivación, impulsividad, depresión, relaciones sociales, estado físico, trastornos del lenguaje y problemas generales. Martin y cols., en 1996 (citados en 2) documentan la vulnerabilidad a la simulación y/o los intentos de sobreestimación de los síntomas de estos instrumentos si los comparan con test neuropsicológicos como: Multi-digit Memory Test, Dot Counting Test y Digit Span Test.

Una evaluación más exhaustiva de factores emocionales y psicopatológicos podríamos realizarla haciendo uso de entrevistas semiestructuradas y baterías compuestas del tipo:

- Escala Neuroconductual de Levin (Levin y cols., 1987; citado en 2).

- SCL-90 R.

- SCID (27).

- Entrevista Psiquiátrica Polivalente Estandarizada (Lobo y cols., 1993; citado en 2).

- Present State Exam (28).

- SCAN. Cuestionario para la evaluación clínica en Neuropsiquiatría (29). O bien utilizar escalas de evaluación (Wetzler y cols., 1991; citado en 2) en función de las necesidades de cada caso, como por ejemplo:

- Escalas de ansiedad: Hamilton; Zung y STAI.

- Escalas de depresión: Zung; Beck; Hamilton; Montgomery-Asberg.

- Escalas de TEPT: Trauma Symptom Inventory; Impact of Events Scale; Self Rating Scale de Carlier (Briere y cols., 1997; Horowitz y cols., 1979 y Carlier y cols., 1998; citados en 2).

- Escalas de fatigabilidad: Escala Analógica Visual para la fatiga; Fatigue Severity Scale (autoadministrada); Fatigue Impact Scale (autoadministrada) (La Chapelle y cols., 1998; citados en 2).

- Tests proyectivos: Rorschach y TAT.

- Evaluación de la personalidad premórbida: PAS de Tyrer; IPDE de Loranger; SCID-II de Spitzer y Williams; SIDP-IV de Pfohl; Millon Clinical Multiaxial Inventory.

- Cuestionario de estrategias de afrontamiento. Wais of Coping (23).

- Cuestionario multifásico de personalidad de Minnesota (MMPI). Nos aporta información que completa el estudio de la psicopatología del SP y nos orienta respecto a la etiopatogenia. Muestra una relación inversa entre puntuaciones elevadas de hipocondría, depresión e histeria y la gravedad del traumatismo.

Según Lezak en 1995 (citado en 2), no es apropiado para la valoración neuropsicológica porque no fue construido para tal propósito.

Con respecto a los instrumentos para la valoración de los trastornos cognitivos y concretamente, a la evaluación del déficit de atención y de velocidad de procesamiento de información, existen varias pruebas entre las cuales



destacamos:

- 1-. Subtests "dígitos inversos" y "clave de números" del WAIS.
- 2-. Symbol Digit Modalities Test.
- 3-. Test de Trazado (Trail Making Test) forma B.*
- 4-. La tarea de suma seriada auditiva en pasos (Paced Auditory Serial Addition Task, PASAT; Gronwall y cols., 1997; citados en 1). Es el test más utilizado en TCE leves y SP, porque es muy sensible a la hora de valorar estos déficit.
- 5-. Test de colores y palabras (Test de Stroop). Los pacientes con SP hacen más lentas las tareas que los controles, pero no se observa un marcado efecto de interferencia. Se ha modificado la prueba original incluyendo una condición adicional que hace más compleja la tarea; encuentran que esta condición adicional incrementa la sensibilidad de la prueba con pacientes con SP (Bohnen y cols., 1992; citados en 1).
- 6-. Test de rendimiento continuado (Continuos Performance Test; CPT). Permite valorar la tendencia del paciente a la distractibilidad -de esta forma valoramos la capacidad del paciente de mantener la atención de forma sostenida-, cuando lleva a cabo tareas que requieren mantener la concentración durante unos minutos, para una ejecución adecuada. Existen actualmente distintas versiones informatizadas de pruebas de rendimiento continuado, aunque también pueden utilizarse pruebas de papel y lápiz, como por ejemplo, el Test de Toulouse-Pierón.
- 7-. Test de atención cotidiana. Concretamente, la atención alternante -selectiva (13) sería apropiado medirla a través de las siguientes pruebas: Test de Stroop, test de dígitos y símbolos de Smith y Trailmaking formas A y B. La evaluación de las funciones ejecutivas (13) puede realizarse atendiendo a la necesidad de aplicación de alguna o algunas de las siguientes pruebas. Para medir la espontaneidad-productividad mental sostenida, podemos utilizar, por ejemplo, el Test de Fluidez verbal y/o el Test de Fluencia no verbal (Gotman-Milner). Para evaluar la planificación son convenientes los siguientes tests: el Test de las Torres (Londres, Toronto, Hanoi), el Test de Laberintos de Portens y el de Ejecución de la Figura compleja de Rey. Con respecto a la flexibilidad conceptual, podríamos hacer uso del Test de Clasificación de cartas de Wisconsin (WCST) y/o el Test de las categorías de Halstead-Reitan. La evaluación del pensamiento abstracto podemos realizarla a través de los subtest de historietas, aritmética, comprensión y semejanzas del WAIS, los test de palotes de Goldstein-Scheerer, el test de formación de conceptos de Hanfmann-Kasanin o el Test de Abstracción de Shipley.

En cuanto a la evaluación del tiempo de reacción, habría que decir que se utilizan aparatos diferentes o baterías computarizadas que evalúan el tiempo de reacción simple (ante un único estímulo damos una única respuesta en el menor tiempo posible) y el tiempo de reacción de selección de respuesta (ante un estímulo, hay varios, damos una respuesta, hay varias, en el menor tiempo posible).

Con respecto a la evaluación de la destreza motora o motricidad fina, se utilizan instrumentos como el Grooved Pegboard (Lowell y Cols., 1998; citados en 2) y el Finger Tapping Test, también utilizado para evaluar la fatigabilidad (La Chapelle y cols., 1998; citados en 2).

Las pruebas utilizadas para evaluar la memoria y el aprendizaje tienen distintas características entre las cuales destacamos, la de que intentan minimizar la influencia de los déficit de atención, valoran el aprendizaje y la memoria del material nuevo, la flexibilidad mental y el razonamiento abstracto y evalúan los distintos procesos funcionales de la memoria: registro y codificación, retención, evocación y reconocimiento. Serían algunas de ellas:

- 1.- Test de retención visual de Benton.
- 2.- Test auditivo - verbal de Rey. (Apr. Verbal)*.
- 3.- Test de recuerdo selectivo de Buschke. (Apr. Verbal).
- 4.- Test de Aprendizaje verbal de California (CVLT)*.
- 5.- Test de Rivermead de Memoria Conductual (cotidiana) o Rivermead Behavioural Memory Test.
- 6.- Figura Compleja de Rey (recuerdo; evalúa memoria visual)*. (*) los más sensibles.

Otras pruebas que pueden contribuir a ofrecer una imagen global del posible déficit presentes en el SP son:

Test de Clasificación de cartas de Wisconsin (WCST).

Test de Categorías"



Que en igual sentido los Dres. C. Pelegrín Valero (Servicio de Psiquiatría. Hospital "Miguel Servet". Zaragoza), S. Fernández Guinea (Departamento de Psicología Universidad de Jaén), J. Tirapu Ustarroz (Servicio de Neuropsicología. Fundación Argibide. Pamplona) y JM. Muñoz-Céspedes (Facultad de Psicología. Universidad Complutense de Madrid. España, al desarrollar la conferencia "DIAGNOSTICO DIFERENCIAL DEL SINDROME POSTCONMOCIONAL"..." (cfr. Sala III, "POBLETE PEDRO WALTER Y OTRO CONTRA SUCESESORES DE DIGIORGIO HILMAR S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" Expte. N° 350143/07).

Por ende, resulta evidente que en estas actuaciones no se encuentra acreditada la existencia del daño a que se alude, por lo que debe ser desestimado.

En cuanto a la incapacidad física, ya se indicó que la actora necesariamente debía ser operada, que ello tenía como consecuencia la existencia de una cicatriz, cuya diferencia en extensión no se ha demostrado y que estaba a su cargo la demostración de su incidencia en el ámbito patrimonial.

Ahora bien, entiendo que los elementos de la causa en modo alguno demuestran que como consecuencia de ella, la cicatriz, se haya podido producir una merma en el aspecto patrimonial, y ello reitero con independencia de si trabajaba o no.

Por el contrario, al describir el examen físico el médico señala que la actora presentaba un buen estado general, se desviste y se moviliza sin limitación funcional y al responder al punto 8 ofrecido por la propia actora señala "no hay consecuencias físicas...", para luego añadir al responder al punto 9 que "las secuelas físicas no pueden evaluarse porque se realizaron dos cirugías mas en la zona operada".

Cabe recordar que el punto 8 requería el experto que informara sobre las consecuencias físicas y psicológicas para la accionante y su hija –ver fs. 33.

Así, se ha indicado en autos EXP N° 390037/2009 de la Sala I:

En el caso, como bien apunta la magistrada de grado, no se ha acreditado que el daño estético apareje repercusiones económicas, por lo que solo cabe ponderar su incidencia en el ámbito espiritual, pues en definitiva se trata de una nueva fisonomía que no existía antes del suceso dañoso.

Nótese que si bien el perito aludió a la presencia de una cicatriz mediana infraumbilical y a nivel lumbar derecho, no surge de dicho informe que aquéllas representen alteración funcional, ni deformidad anatómica notoria, como tampoco que generan incapacidad física. Por lo que, reitero, es correcto el análisis realizado por la magistrada, al centrarse en la magnitud de la indemnización que, en el ámbito del daño moral, corresponde acordar.

Es por todo ello, y compartiendo lo manifestado por la sentenciante, que considero que el recurso no puede prosperar. Tampoco resulta posible acceder al reclamo por el costo de las operaciones posteriores, toda vez que en el caso la responsabilidad se sustentó en la existencia de un error de diagnóstico inicial, se estuvo de acuerdo en la intervención posterior y por cuanto en ambos supuestos, y conforme ya se señalara, necesariamente iba a tenerse como consecuencia la existencia de una cicatriz, sin que se haya demostrado el tamaño o importancia de la efectivamente existente en comparación con la que hubiese existido de haberse operado por apendicitis.

Es por ello, y dado el déficit probatorio de la accionante, que no puede tener andamio el reclamo que se formula.

Queda por considerar la cuantía del daño moral.

Al respecto, hemos dicho en la causa 456334/2011, y en reiteradas oportunidades,

"...reúne el mismo carácter resarcitorio que el daño material, y la fijación del importe tendiente a resarcirlo no es de fácil determinación, ya que no se halla sujeto a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación sobre la lesión a las afecciones íntimas del perjudicado, a los padecimientos que experimenta y a la incertidumbre sobre su restablecimiento, en síntesis, a los agravios que se configuran en el ámbito espiritual de la víctima, que no siempre resultan claramente exteriorizados. Su monto debe quedar librado a la interpretación que haga el sentenciante a la luz de las constancias aportadas a la causa, tratando siempre de analizar, en cada caso, sus particularidades, teniendo siempre presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o enriquecimiento injusto, pero que debe satisfacer, en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho, compensando y mitigando las afecciones espirituales sufridas. La relación entre el monto establecido para reparar el daño moral y material ha sido desestimado, generalmente, por nuestra doctrina y jurisprudencia como base para fijar el monto indemnizatorio"



(JUBA7-NQN- Q0000405).

Asimismo, que:

"...para determinar la cuantía del daño moral, debe descartarse la posibilidad de su tarificación, su proporcionalidad con el daño material, que llegue a conformar un enriquecimiento injusto y que su determinación se supedite a la mera prudencia. En cambio hay que atenerse a su diferenciación según la gravedad del daño, a las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de las reparaciones en casos semejantes, a los placeres compensatorios y a las sumas que pueden pagarse dentro del contexto económico del país y el general "standard de vida". Entre los factores que pueden incidir en la cuantía, se admite "la índole del hecho generador" en función del factor de atribución (culpa, dolo, responsabilidad objetiva o refleja -arg. arts. 1069 y 502 del Código Civil)" (JUBA7-NQN- Q0000470).

En el mismo sentido, y estando involucrado un menor, sostuvimos en la causa ya aludida, que "Si bien, respecto al daño moral es lugar común referir las dificultades que importa su cuantificación, los síntomas por los cuales se expresa la aflicción, el dolor y la angustia que lo caracterizan generan pautas que resultan observables dependiendo circunstanciadamente de las características propias de los damnificados..."

Asimismo, señala Orgaz en la obra antes citada que: "...el dinero no desempeña en la reparación de los daños morales el mismo papel que en la indemnización de los daños materiales: en estos últimos puede aceptarse que su finalidad es la de establecer una equivalencia, más o menos completa, entre el daño y al reparación. Con respecto al daño moral, en cambio, la indemnización representa un papel diferente, no de equivalencia sino de compensación o satisfacción: no se trata en efecto de poner "precio" al dolor o los sentimientos, pues nada de esto puede tener equivalencia en dinero, sino de suministrar una compensación a quien ha sido injustamente herido en sus afecciones íntimas." (ob. citada pág. 226).

En una reflexión oportuna, en orden a determinar pautas para determinar el quantum se ha dicho que: "...la magnitud del bien jurídico lesionado, la intensidad del dolor, la gravedad del padecimiento espiritual, la repercusión del agravio en el ser existencial. También manifiestan que a los fines de valorar la gravedad del padecimiento, debe tomarse en cuenta, en principio, el sufrimiento que a cada persona común ocasiona normalmente el hecho (criterio objetivo o abstracto) y en casos particulares la repercusión concreta generada en la víctima misma en función de su personalidad (criterio subjetivo o en concreto)..." ("La cuantificación del daño moral. Un abordaje novedoso y ejemplificador" Graciela Ritto-L.L 2008-B,334).

De este modo, y teniendo también en cuenta los precedentes de esta Sala, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica, así como las consecuencias del error de diagnóstico, es que considero que la suma fijada debe ser elevada al importe de \$30.000.

Finalmente, y en lo que se refiere a la no inclusión de los gastos a que se alude en el último agravio, cabe recordar que se encuentran comprendidos dentro de la condena en costas, por lo que el agravio alegado no puede prosperar por falta de existencia.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia en lo sustancial, modificándose el monto de condena el que se fija en \$30.000. Costas de Primera Instancia a la demandada y las de Alzada en el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para su oportunidad.

La Dra. Cecilia PAMPHILE 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. 405/421 en lo sustancial, modificándose el monto de condena el que se fija en la suma de PESOS TREINTA MIL (\$ 30.000).

II.- Imponer las costas de Primera Instancia a la demandada y las de Alzada en el orden causado (art. 68 y cdtes., CPCyC).

III.- Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia para su oportunidad (art. 15, ley 1594).



IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan a la instancia de grado.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. CECILIA PAMPHILE

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"DEHAIS JOSE S/ INCIDENTE E/A147424/95" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 41582/2004) – Interlocutoria: 01/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO PROCESAL: Subasta judicial.

SUBASTA JUDICIAL GANADO BOVINO. NULIDAD DE LA SUBASTA. INTERPRETACION. SUBASTE SIN BASE. PRECIO ALCANZADO. LUGAR DEL REMATE. VISTA AL AGENTE FISCAL. HONORARIOS.

1.- [...] como bien lo ha señalado la a quo, como regla general y en atención a su faz como acto procesal, la nulidad de la subasta está sujeta a los mismos principios que informan la teoría general de las nulidades procesales y que condicionan su admisibilidad (cfr. Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, "Dirección General de Rentas de la Provincia del Chubut c/ C.H. S.R.L."28/2/2005, Lexis nº 15/17429). Asimismo se comparte con la jueza de grado que el criterio de apreciación de la nulidad de la subasta es sumamente restrictivo, en primer lugar, por mediar la actuación de un auxiliar del tribunal, como es el martillero designado, y luego por la necesidad de dar seguridad y certeza a este tipo de enajenaciones.

2.- La parte apelante plantea, como fundamento de su pedido de nulidad, el precio obtenido en el acto de subasta, al que califica de irrisorio. [...] Cabe tener presente que no siempre en los remates judiciales se obtiene el precio óptimo, ni el correspondiente al de mercado. Por el contrario, la experiencia demuestra que los precios logrados en las subastas judiciales son, por regla, inferiores a los de plaza, e incluso particularmente bajos, y no por ello se habilita la nulidad de este acto. En todo caso, cabría analizar la nulidad de la subasta si este bajo precio fuera consecuencia de irregularidades comprobadas en el desarrollo de la subasta; irregularidades que en autos no han sido acreditadas.

3.- Si bien la adquirente en subasta y el depositario judicial no han cuestionado el precio de mercado informado por el recurrente, existen elementos, en estas actuaciones, que justifican el precio obtenido o, cuanto menos, cuestionan seriamente la calificación de irrisorio. Así, debe tenerse presente que la subasta fue ordenada sin base, decreto consentido por la recurrente. Esta modalidad de subasta



importa no contar con un parámetro de comparación a los fines de aceptar los precios ofertados; a la vez que determina que la enajenación debe ser realizada si o si, en tanto haya una oferta válida, más allá del precio ofrecido.

4.- No cabe duda que el lugar de realización de la subasta no favoreció la concurrencia de público interesado en adquirir la hacienda. Este hecho también fue consentido por la recurrente, quién podría haber requerido que los animales se trasladaran a la ciudad sede del juzgado oficiado, o a un lugar poblado cercano al de depósito, a efectos de su venta forzada, ya que el acceso hubiera sido mucho más fácil que trasladarse hasta el campo del depositario. Por lo dicho, teniendo en cuenta que la recurrente tuvo a su alcance la posibilidad de mejorar las condiciones del remate y no lo hizo; y que no se advierte la existencia de irregularidades en el acto de la subasta (ver acta de fs. 189), el precio obtenido, por más bajo que sea, no puede ser causa de la nulidad de aquella.

5.- No puede ser causa de la nulidad de la subasta, ni del resolutorio apelado la omisión de la a quo en proveer el pedido de vista Fiscal formulado por el nulidicente. Y es que, en este aspecto, no existe agravio para la parte apelante, ya que nada impide que radique la denuncia penal directamente ante el órgano fiscal correspondiente.

6.- Teniendo en cuenta el valor obtenido en la subasta, debe aplicarse el mínimo legal previsto en el art. 9 de la Ley 1.594, con la reducción determinada por el art. 35 de la misma norma. Consecuentemente, tomando el valor JUS vigente a la fecha del resolutorio de grado (\$ 615,58) se advierte que los honorarios regulados a los letrados apelantes resultan bajos.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DEHAIS JOSE S/ INCIDENTE E/A147424/95", (Expte. INC N° 41582/2004), 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, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- El tercero Muñoz del Toro & Muñoz del Toro S.R.L. apela la resolución de fs. 341/343 vta., que rechaza el planteo de nulidad de la subasta y aprueba la subasta realizada, a la vez que deja sin efecto la medida de no innovar dispuesta a fs. 248, con costas a los nulidicentes.

El apoderado de la compradora y del depositario judicial apela los honorarios que se le regularan en la resolución de fs. 341/343 vta., por bajos.

La letrada patrocinante de esta parte apela los honorarios regulados a fs. 353/vta., también por bajos.

a) El recurrente sostiene que de acuerdo con las constancias del expediente principal, se decretó la venta en pública subasta del ganado bovino secuestrado, sin base, al contado y al mejor postor, con una comisión del 10% a favor del martillero y a cargo del comprador, edictos a publicarse por dos días en el Boletín Oficial y diario que disponga el juez oficiado.



Dice que también se resolvió que, teniendo en cuenta el lugar donde se ubica el ganado, debía oficiarse al juez de igual clase de la IV Circunscripción Judicial, con jurisdicción en la ciudad de Junín de los Andes, a los fines que se lleve adelante el trámite de la subasta, estableciéndose que ante aquél juzgado debía acreditarse la constatación del ganado, la designación del martillero, la publicación de los edictos y demás condiciones de la subasta. Agrega que también se dispuso que el martillero, en su oportunidad, debía depositar el producido de la subasta con orden de transferencia al Banco Provincia del Neuquén, Sucursal Rivadavia; y que en el oficio consta la designación como depositario judicial de la hacienda secuestrada del señor Mario Eduardo Del Campo, quién aceptó el cargo jurando desempeñarlo legalmente.

Sigue diciendo que el depositario judicial informó que, una vez apartadas las vacas secuestradas, las trasladaría al establecimiento de su propiedad sito en Ruta Nacional n° 40, Km. 1.055, Departamento Collón Curá de esta provincia.

Relata que el oficio librado se radicó en el Juzgado Civil n° 1 de la ciudad de Junín de los Andes, habiéndose designado martillera a la señora Alicia Correa.

Destaca las dificultades tenidas para la constatación de la hacienda; que en algunas oportunidades el depositario judicial informó que la hacienda no había sido juntada previamente; en otras, existieron factores climáticos que obligaron a la postergación de la medida, circunstancias que determinaron que, a solicitud de su parte, se convocara a audiencia en el juzgado para poner fin a las dilaciones. Afirma que, como resultado de la audiencia, se acordó que la martillera designada haría la constatación el día 24 de octubre de 2007, a las 9.30 horas; y que el apoderado del depositario judicial informó en aquella audiencia que la hacienda a subastar consistía de solamente 25 vacas y 104 terneros.

Pone de manifiesto que en oportunidad de entregarse la hacienda al depositario judicial, ella contaba con 190 vacas y 109 terneros en pie, por lo que resultaba inexplicable que los animales, en lugar de haberse reproducido, que es lo natural, hubieran disminuido en un 87%, y los terneros, simplemente desaparecido.

Señala que el día acordado se cumplió con la medida, constatándose la existencia de 25 vacas y 100 terneros.

Destaca la gravedad de la situación que surgía de la constatación ya que al depositario judicial, el día 4 de febrero de 2003 se le entregaron 190 vacas y 109 terneros, y al cabo de cuatro años sólo quedaban 25 vacas de las 190, es decir que se había producido una pérdida o mortandad del 86,85%.

Sostiene que las graves irregularidades no terminan ahí, ya que los 109 terneros recibidos por el depositario, al cabo de cuatro años, seguían siendo terneros, y no vacas o novillos, con otro peso y otro valor de realización.

Expresa que se solicitó se corriera vista Fiscal, como consecuencia de estas irregularidades, pero nada se esclareció hasta el momento.

Sigue explicando que el día 7 de noviembre de 2007 no fue posible realizar el remate, debido a un error en la publicación los edictos, ajeno a las partes y al juzgado, llegándose finalmente a subastar 25 vacas y 100 terneros de 140 kilos aproximadamente cada uno, al absurdo precio de \$ 4.000 por todo concepto.

Manifiesta que no se encuentra desconocido por la contraria que, a la fecha de la subasta, la hacienda tenía un valor mínimo de \$ 53.250, por lo que la compradora en subasta, esposa del depositario judicial, pagó 13,31 veces menos que el valor real de la hacienda a ese momento. Afirma que resulta tan vil el monto obtenido que, en realidad, no existió precio.

Dice que el letrado de su parte en San Martín de los Andes había avisado a la martillera que concurriría a la subasta un interesado en pujar, pero cuando ése llegó y no obstante la escasez de postores, a las 10,10 horas, se encontró con que la subasta estaba concluida, el acta de remate ya redactada y firmada por los presentes.

Precisa que el agravio principal del recurso es que ha existido precio vil o irrisorio, o más bien inexistencia de precio en la subasta.

Reconoce que la jurisprudencia es reticente en admitir la nulidad de la subasta con fundamento en el bajo precio obtenido, pero entiende que ello es así en tanto no se trate de un precio absurdo.

Señala que el precio es irrisorio cuando no guarda proporción con el valor de la cosa vendida. Cita jurisprudencia.

También formula queja por cuanto la decisión impugnada no ha dispuesto la vista fiscal peticionada a fs. 221 vta.



Entiende que resulta más que evidente que el depositario judicial vendió los terneros entregados, sin contar con autorización judicial, quedando incurso en lo previsto en el art. 172 inc. 2 del Código Penal.

b) La adquirente en subasta y el depositario judicial contestan el traslado de la expresión de agravios a fs. 365/366 vta. Dicen que la diligencia realizada ocho años atrás lo fue en forma correcta y que no existe ninguna evidencia de irregularidades producidas en el proceso de subasta, teniendo en cuenta que ella fue ordenada sin base.

Sigue diciendo que la jurisprudencia es conteste en rechazar planteos de nulidad como el de autos, principalmente cuando se han consentido las bases de la subasta.

Señala que la omisión de correr vista Fiscal no puede generar la nulidad de la subasta ni del resolutorio apelado.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, adelanto opinión respecto a que la queja no puede prosperar.

En primer lugar cabe señalar que el análisis se circunscribe a los dos agravios expresados por el apelante: 1) precio irrisorio obtenido; 2) omisión de disponer la vista Fiscal peticionada por el nulidicente.

Se encuentra superada la asimilación de la subasta o remate judicial a la compraventa civil, entendiéndose más conveniente conceptualizar a la subasta como un acto por el cual la jurisdicción transmite la propiedad del bien de una persona a otra, con o sin su comparecencia o voluntad, para satisfacer, con su producido, una obligación contraída por el titular del dominio, previo un proceso donde se ha condenado al titular de ese dominio a cumplir con su obligación, sin que éste haya dado cumplimiento a la orden de la jurisdicción, que contiene en sí el apercibimiento que funda esta transmisión (cfr. Falcón, Enrique M., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. V, pág. 886/887).

En igual sentido, Roland Arazi y Jorge A. Rojas sostienen que la subasta es un típico procedimiento de corte procesal que evidencia uno de los momentos de la jurisdicción, esto es su poder de coerción sobre el patrimonio del deudor, a fin de permitir la actuación concreta de la voluntad de la ley, a través de la realización forzosa de los bienes oportunamente embargados (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 444/445).

Es por ello que, como bien lo ha señalado la a quo, como regla general y en atención a su faz como acto procesal, la nulidad de la subasta está sujeta a los mismos principios que informan la teoría general de las nulidades procesales y que condicionan su admisibilidad (cfr. Cám. Apel. Comodoro Rivadavia, Sala A, "Dirección General de Rentas de la Provincia del Chubut c/ C.H. S.R.L."28/2/2005, Lexis nº 15/17429).

Asimismo se comparte con la jueza de grado que el criterio de apreciación de la nulidad de la subasta es sumamente restrictivo, en primer lugar, por mediar la actuación de un auxiliar del tribunal, como es el martillero designado, y luego por la necesidad de dar seguridad y certeza a este tipo de enajenaciones.

La parte apelante plantea, como fundamento de su pedido de nulidad, el precio obtenido en el acto de subasta, al que califica de irrisorio.

El recurrente señala, para fundar su conclusión, el precio de mercado de los animales subastados al momento del remate y el efectivamente obtenido, destacando la diferencia entre uno y otro.

Reiteradamente la jurisprudencia ha dicho que la circunstancia de que el precio obtenido en la subasta pública sea inferior al de una venta particular no es motivo de nulidad del remate (cfr. Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala A, "Casa Piano S.A. c/ De La Torre", 19/12/1983; ídem., "Consultora Season S.A. c/ Romero", 16/5/1996; ídem, Sala B, "Transportes Gral. Mitre S.A. s/ quiebra", 1/6/1988; ídem, "Martin Motors S.A. s/ conc.", 31/10/2001; ídem, Sala C, "Toledo de Sotera c/ Fridman", 16/5/1983, cit. por Hidalgo, Mercedes – Sogari, Elena – Urrutia, Amílcar R., "Nulidad del remate: síntesis jurisprudencial del último decenio", LL Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2011, pág. 27).

Cabe tener presente que no siempre en los remates judiciales se obtiene el precio óptimo, ni el correspondiente al de mercado. Por el contrario, la experiencia demuestra que los precios logrados en las subastas judiciales son, por regla, inferiores a los de plaza, e incluso particularmente bajos, y no por ello se habilita la nulidad de este acto. En todo caso, cabría analizar la nulidad de la subasta si este bajo precio fuera consecuencia de irregularidades comprobadas en el desarrollo de la subasta; irregularidades que en autos no han sido acreditadas.



Más aún, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Bahía Blanca (Sala 1º, "García de Stornini c/ López de B.", 5/8/2004, LLBA 2004, pág. 1.122) ha sostenido que no cabe impugnar el remate si el precio fuera irrisorio, puesto que aún faltando el elemento esencial de la compraventa que es el precio, el acto procesal sería regular en tanto se respetara la base de la venta, si la hubiere; porque, en definitiva, no tratándose propiamente de una compraventa, no se requiere de la concurrencia de los elementos tipificantes de este contrato.

Si bien la adquirente en subasta y el depositario judicial no han cuestionado el precio de mercado informado por el recurrente, existen elementos, en estas actuaciones, que justifican el precio obtenido o, cuanto menos, cuestionan seriamente la calificación de irrisorio.

Así, debe tenerse presente que la subasta fue ordenada sin base, decreto consentido por la recurrente. Esta modalidad de subasta importa no contar con un parámetro de comparación a los fines de aceptar los precios ofertados; a la vez que determina que la enajenación debe ser realizada si o sí, en tanto haya una oferta válida, más allá del precio ofrecido.

Luego, existen en este incidente constancias, no desconocidas por la apelante, referidas a la edad del ganado entregado en depósito judicial, como así también a su estado físico debido a las condiciones en que se encontraba con antelación a la medida judicial. De ello se sigue que quizás los animales no reunían los requisitos de peso y salud necesarios para obtener un precio más cercano al de mercado.

Aquí llamo la atención sobre que la constatación de la marfillera actuante fue hecha solamente respecto del número de vacas y terneros, y no sobre el estado físico de la hacienda, verificación que hubiera sido necesaria a efectos de poder conocer el precio razonable. Sin embargo, la apelante consintió esta constatación. Más aún, tampoco hizo nada por verificar las condiciones en que se encontraban los semovientes antes del acto del remate, no obstante el largo período de duración del depósito judicial.

Finalmente, no cabe duda que el lugar de realización de la subasta no favoreció la concurrencia de público interesado en adquirir la hacienda.

Este hecho también fue consentido por la recurrente, quién podría haber requerido que los animales se trasladaran a la ciudad sede del juzgado oficiado, o a un lugar poblado cercano al de depósito, a efectos de su venta forzada, ya que el acceso hubiera sido mucho más fácil que trasladarse hasta el campo del depositario.

Por lo dicho, teniendo en cuenta que la recurrente tuvo a su alcance la posibilidad de mejorar las condiciones del remate y no lo hizo; y que no se advierte la existencia de irregularidades en el acto de la subasta (ver acta de fs. 189), el precio obtenido, por más bajo que sea, no puede ser causa de la nulidad de aquella.

III.- Tampoco puede ser causa de la nulidad de la subasta, ni del resolutorio apelado la omisión de la a quo en proveer el pedido de vista Fiscal formulado por el nulificante.

Y es que, en este aspecto, no existe agravio para la parte apelante, ya que nada impide que radique la denuncia penal directamente ante el órgano fiscal correspondiente.

IV.- Corresponde ahora abordar las apelaciones arancelarias.

Teniendo en cuenta el valor obtenido en la subasta, debe aplicarse el mínimo legal previsto en el art. 9 de la Ley 1.594, con la reducción determinada por el art. 35 de la misma norma.

Consecuentemente, tomando el valor JUS vigente a la fecha del resolutorio de grado (\$ 615,58) se advierte que los honorarios regulados a los letrados apelantes resultan bajos.

Por aplicación de las pautas antedichas y de los arts. 10 y 11 del arancel para abogados y procuradores, se regulan los honorarios del Dr., letrado apoderado de la adquirente en subasta y del depositario judicial, en la suma de \$ 3.870,00; y los de la Dra., patrocinante de la misma parte, en la suma de \$ 2.150,00.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación del tercero, y hacer lugar a las apelaciones arancelarias.

Consecuentemente, se ha de modificar parcialmente el resolutorio de fs. 341/343 vta., y su complementario de fs. 353/vta., disponiendo que los honorarios de los Dres. y se eleven a la suma de \$ 3.870,00 y \$ 2.150,00, respectivamente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.



Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al recurrente perdedor (art. 69, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en la suma de \$ 1.160,00 para el Dr.; \$ 645,00 para la Dra.; \$ 450,00 para la Dra.; \$ 450,00 para la Dra.; y \$ 360,00 para el Dr., todo de acuerdo con lo prescripto en el art. 15 de la ley arancelaria.

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 resolución de fs. 341/343 vta., y su complementario de fs. 353/vta., disponiendo que los honorarios de los Dres. y se eleven a la suma de PESOS TRES MIL OCHOCIENTOS SETENTA (\$3.870,00) y PESOS DOS MIL CIENTO CINCUENTA (\$2.150,00), respectivamente, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia al recurrente perdedor (art. 69, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en las siguientes sumas: para el Dr. de PESOS UN MIL CIENTO SESENTA (\$1.160,00); para la Dra. de PESOS SISCIENTOS CUARENTA Y CINCO (\$ 645,00); para la Dra. de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$450,00); para la Dra. de PESOS CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$450); y para el Dr. de PESOS TRESCIENTOS SESENTA (\$360), todo de acuerdo con lo prescripto en el art. 15 de la ley arancelaria.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió -Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"FABANI JAVIELA LILIANA C/ ROSA JUAN PABLO S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: INC 43295/15 E/A 442104/11" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 43389/2015) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 04/02/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL ABOGADO. EMBARGO EJECUTORIO. SUSTITUCION. DINERO DEPOSITADO EN CUENTAS BANCARIAS. LIMITACION DEL EMBARGO. CUENTA SUELDO. FALTA DE ACREDITACION. BIENES INEMBARGABLES. SUPUESTOS LEGALES. FACULTADES DISCIPLINARIAS. TESTACION DE PALABRAS O FRASES. LLAMADO DE ATENCION.

1.- El embargo ejecutivo se efectúa para la realización práctica de la sentencia; y a diferencia del preventivo o del ejecutivo, que son medidas voluntarias, éste es necesario. Por esta característica –necesario– no puede ser dejado sin efecto. Lógicamente puede ser sustituido, en la medida que no se entorpezca la ejecución.

2.- [...] dado que el ejecutado no ha ofrecido bienes en sustitución de los embargados, sólo cabe analizar el pedido de levantamiento del embargo bajo la óptica de la inembargabilidad de los bienes afectados a la medida, o del exceso del embargo en atención al valor de los bienes referidos.

3.- El dinero depositado en cuentas bancarias de titularidad del deudor no constituye,



por regla, un bien inembargable. En autos se invoca la limitación del art. 147 de la LCT, en la proporción prevista por el Decreto n° 484/1984, en tanto que en las cuentas bancarias embargadas se depositarían honorarios profesionales del deudor. Como bien lo señala la ejecutante, este extremo no se encuentra probado, por lo que no tratándose ninguna de las cuentas afectadas de una "cuenta sueldo", no corresponde analizar la petición fundada en esta circunstancia.

4.- Partiendo, entonces, del reconocimiento de la condición de persona con discapacidad del hijo del demandado, debe analizarse si los importes que se depositan en la cuenta embargada en concepto de reintegros de la obra social son bienes inembargables. Para ello no puede pasarse por alto que, ya sea que se trate de depósito bancario o de contrato de cuenta corriente bancaria, existe una presunción de propiedad de los fondos respecto de la persona a nombre de la cual se realiza el depósito (art. 1.391, CCyC), o de quién es titular de la cuenta corriente (art. 1.400, CCyC). Si bien tal presunción es *juris tantum*, en autos no se ha probado ni tan siquiera la existencia de los depósitos en concepto de prestaciones de la obra social correspondientes al hijo del actor, por lo que no cabe considerar que existen, dentro de los fondos embargados, sumas que tengan una afectación específica.

5.- De la lectura del párrafo que la jueza de grado ha mandado testar surge evidente un exceso por parte del abogado de la demandada, que no se encuentra justificado por el ejercicio del derecho de defensa sino que constituye aquella vejación inútil a la que hace referencia la norma ética transcrita -art. 19° del Código de Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia-, desde el momento que se atribuye a la ejecutante intenciones ajenas al exclusivo cobro de sus honorarios.

6.- Finalmente cabe llamar a la reflexión a los abogados de autos, principalmente al patrocinante del ejecutado, sobre la necesidad de no estimular las pasiones de su cliente y; menos aún, compartirlas (art. 13° inc. III, Código de Ética).

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de Febrero del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FABANI JAVIELA LILIANA C/ROSA JUAN PABLO S/INCIDENTE DE APELACION E/A: INC 43295/15 E/A 442104/11", (Expte. INC N° 43389/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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 plantea recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 15/16, que manda testar frases y hace saber al letrado representante de la parte demandada que en lo sucesivo deberá mantener el decoro y respeto que amerita la discusión judicial; y rechaza el pedido del levantamiento de embargo, con costas al accionado vencido.

La letrada ejecutante apela los honorarios que se le regularan, por bajos (fs. 19).

a) La demandada apelante se agravia por entender que el fallo recurrido es violatorio de los derechos humanos del



hijo del ejecutado, quién presenta discapacidad, y requiere en forma permanente terapias de psicología, fonoaudiología y acompañamiento terapéutico.

Dice que el fallo de grado omite en forma absoluta referirse a los derechos humanos del niño, en franca oposición a los tratados de derechos humanos que integran el bloque de constitucionalidad y que resultan de aplicación por imperio del art. 1 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Sigue diciendo que el nuevo código resulta de aplicación en forma inmediata, por cuanto se trata de normas procesales que deben interpretarse adecuadamente con la finalidad de disponer el levantamiento del embargo.

Así, entiende que la a quo debió resolver el pedido de levantamiento de embargo conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos, que garantizan el derecho a la salud y el acceso a una cobertura integral de las necesidades y requerimientos de las personas con discapacidad.

Cita la Ley 26.378 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como así también la Ley 24.091.

Señala que en las cuentas embargadas, por la suma de \$ 176.691 en concepto de capital con más la suma de \$ 92.000 presupuestada provisoriamente para intereses y costas, el ejecutado recibe los reintegros de Swiss Medical S.A. por las terapias de su hijo con discapacidad, por lo que el mantenimiento del embargo por dichos montos implica bloquear en forma absoluta la posibilidad de que la obra social abone los mismos.

Detalla la prueba aportada y dice que la jueza de grado se limitó a decir que no se acreditó que los bienes embargados fueran inembargables, omitiendo también considerar que la ejecutante ofreció que se disponga que los importes transferidos por la obra social queden exceptuados del embargo decretado, y que los descuentos realizados sobre la cuenta en la que el ejecutado percibe el pago de sus honorarios profesionales, pueda realizarse en la proporción de ley.

Destaca que también se trabó embargo sobre bienes inmuebles de propiedad del ejecutado, motivo por el cual la percepción del crédito ya se encuentra garantizada.

Dice que en las cuentas embargadas también recibe el ejecutado el pago por los servicios profesionales que presta como ingeniero agrónomo, por lo que la medida afecta su medio de vida, garantizado por el art. 14 de la Constitución. Reitera que se cuenta con dos inmuebles embargados, que superan ampliamente las sumas reclamadas en autos, pues están compuestos de una unidad funcional y dos cocheras cada uno.

Se agravia también porque la resolución cuestionada no hace lugar al pedido de levantamiento de embargo sobre uno de los inmuebles.

Señala que su parte fundó su pedido en que la medida de embargo dispuesta sobre los inmuebles matrículas 12173/14 y 12174/13 – Confluencia se encuentra cumplida, en tanto que el valor de los bienes supera en demasía el monto del embargo por tratarse de departamentos ubicados en el barrio Centro de esta ciudad, de idénticas características de los que integran el acervo hereditario, lo que se acredita con la tasación presentada por la señora Olga Ziade en los autos principales. Reitera que en los autos principales obra tasación de los bienes integrantes del acervo hereditario.

Detalla la ubicación y superficies de los inmuebles embargados, y realiza cálculos a efectos de establecer el valor de los mismos.

La apelante también se queja por la calificación de la conducta del letrado de su parte como inapropiada con las formas y el respeto que debe guardarse en las actuaciones judiciales.

Sostiene que tal calificación implica un agravio para la actuación de los abogados, ya que solo se han defendido respecto del ejercicio abusivo del derecho a ejecutar honorarios profesionales por parte del acreedor, y la violación de derechos fundamentales de un niño con discapacidad.

Explica en que consiste este ejercicio abusivo en el caso concreto, y si bien reconoce que la expresión “presionar” no fue la más adecuada, no es menos cierto, a criterio del recurrente, que en estas actuaciones se ejerce el derecho al cobro de manera abusiva, pues se trabó embargo sobre cuentas bancarias del demandado cuando se cuenta con inmuebles y derechos hereditarios para embargar.

Hace reserva del caso federal.



b) La ejecutante contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 36/46 vta.

Acompaña las tasaciones de los inmuebles embargados, de las que surge que el valor de ellos es de \$ 29.114,88 y del otro, de \$ 33.060,23.

Denuncia que el memorial no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente rebate los agravios desarrollados por su contraria.

Dice que no surge de las constancias de la causa que el embargo recaiga sobre bienes expresamente inembargables por ley, y que tratándose de un pedido de reducción o sustitución de embargo, y aún de su levantamiento, la carga de la prueba de los elementos que toman precedente el pedido es del deudor.

Sigue diciendo que la inembargabilidad es una excepción a una regla general, que establece que el patrimonio es la garantía común de los acreedores. Agrega que, entonces, la apreciación debe ser hecha con criterio restrictivo.

Destaca que se trata de la ejecución de un crédito de neto carácter alimentario, amparado por normas legales y constitucionales, en tanto el honorario es la única retribución que percibe el letrado por su trabajo, con la que solventa sus necesidades básicas y las de su familia.

Llama la atención sobre que el deudor jamás ofreció ni dio en pago suma alguna para satisfacer el crédito de la ejecutante, como tampoco ofreció bienes en sustitución de los embargados.

Manifiesta que el ejecutado nada acreditó, ya que ni de la documental aportada en su presentación original ni de los antecedentes de autos surge que el embargo trabado afecte el cobro de los reintegros por las prestaciones de su hijo menor, y menos aún que afecte el otorgamiento de las prestaciones, o le impida percibir el fruto de su actividad profesional.

Considera que de ninguna manera los embargos trabados en autos constituyen un ejercicio abusivo de su derecho.

Recuerda que se trata de un embargo ejecutorio, destinado a hacer efectiva la percepción del crédito.

Expresa que el ejecutado fundó expresamente su pedido en los arts. 202 y 203 del CPCyC, pretendiendo la modificación de las circunstancias tenidas en cuenta al momento de su dictado, más no acreditó tal modificación de las circunstancias.

Agrega que tampoco se ofrecieron bienes en sustitución de los embargados, aclarando cuales deben ser las características de los primeros.

Afirma que la presente ejecución se inició por la suma de \$ 176.691,00, habiéndose decretado el embargo por este capital con más la suma de \$ 92.000,00 para responder por intereses y costas, y que inicialmente se embargaron las cuentas bancarias, pero ante el magro resultado obtenido (solamente la suma de \$ 1.936,00), se amplió la denuncia de bienes, extendiéndose la medida a dos de los cuatro inmuebles que posee el deudor en esta ciudad.

Sostiene que al momento de dictarse la resolución apelada no existían en autos condiciones de dominio, ni tampoco valuaciones que permitieran considerar su suficiencia. No obstante ello destaca que su parte acompañó las valuaciones fiscales, de las que surge la insuficiencia de los inmuebles embargados para garantizar el pago del crédito.

Considerando los agravios referidos a la vulneración de los derechos del hijo del ejecutado entiende que la sentencia de amparo que se acompañara no menciona el mecanismo que debe seguir la obra social para el pago de las prestaciones reconocidas, por lo que la transferencia bancaria a la cuenta del demandado es un pacto al que arribaran las partes, pudiendo, entonces, cambiar la metodología de pago.

Luego, dice que no se encuentra probado que las sumas abonadas por la obra social hayan sido alcanzadas por el embargo.

Considera que tampoco se encuentran acreditados los extremos que habilitarían la limitación del embargo.

Reitera el derecho del acreedor de satisfacer su crédito sobre todo el patrimonio del deudor, llevando a cabo las medidas de agresión patrimonial y de ejecución necesarias que resulten más expeditivas, y que de ningún modo está obligado a renunciar a una medida de agresión que le permita un medio rápido y efectivo de cobro.

Vuelve sobre la insuficiencia de los bienes embargados para garantizar la percepción de su crédito.

Se refiere a la conducta del letrado de la demandada, sosteniendo que su parte no ha realizado un ejercicio abusivo de su derecho a obtener la percepción de un crédito alimentario.



Afirma que la acusación calumniosa fue deliberadamente formulada, diciéndose que la abogada estaría actuando en una supuesta connivencia con sus clientes para extorsionar o presionar al ejecutado.

Entiende que de revocarse lo decidido en este aspecto, se estaría habilitando que en lo sucesivo las partes continúen con un trato deshonesto y poco honroso.

Hace reserva del caso federal.

II.- Se reiteran aquí, con alguna variante, los planteos desarrollados en el incidente n° 43.382/2015, suscitado entre las mismas partes de autos, por lo que caben realizar iguales consideraciones.

He de comenzar el análisis por la cuestión referida al levantamiento del embargo trabado en estas actuaciones, para luego referirme a la problemática que involucra a la ética en el ejercicio de la profesión de abogado, toda vez que la crítica de la recurrente, aunque en forma mínima, reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

El aspecto procesal de este trámite resulta determinante ya que indica que el embargo trabado en este proceso es ejecutorio (fs. 4 vta.). El embargo ejecutorio se efectúa para la realización práctica de la sentencia; y a diferencia del preventivo o del ejecutivo, que son medidas voluntarias, éste es necesario. Por esta característica –necesario- no puede ser dejado sin efecto.

Lógicamente puede ser sustituido, en la medida que no se entorpezca la ejecución.

Enrique M. Falcón explica que, conforme la doctrina nacional, "el embargo es tramite esencial en la ejecución de sentencia, porque su objeto es precisamente la venta de los bienes para el pago del crédito. La sentencia que el juez dicta en caso de oposición del deudor no tiene efecto declarativo, sino que se limitará a disponer que se lleve adelante la venta, o la rechazará; pero procediendo la venta, si no hay embargo, la ejecución no puede proseguirse...el embargo ejecutorio no es una medida cautelar, porque no pretende retener el bien para evitar que la pretensión admitida por la sentencia pueda resultar incumplible, sino que está destinado a la realización práctica definitiva del reclamo..." (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. V, pág. 82).

Como ya lo señalé, el carácter ejecutorio del embargo de autos impide su levantamiento –excepto que haya sido trabado sobre bienes inembargables, cuestión que seguidamente analizaré-, pero si permite, con apreciación restrictiva, su sustitución.

La relevancia del embargo en el trámite de ejecución de sentencia ya ha sido puesta de manifiesto por esta Sala II en autos "Girardi c/ Audubert" (expte. n° 367.602/2008, P.S. 2013-I, n° 50). Se dijo en dicho precedente que: "Ateniéndonos, entonces, a la relevancia del embargo en el proceso de ejecución de sentencia, al punto que, si éste no existiera, el trámite no puede subsistir, su levantamiento está condicionado al planteo de defensas conducentes por parte del ejecutado, y a su acogimiento por el juez (art. 506, CPCyC); o al pago íntegro de lo adeudado por aquél. Conforme lo señala Marcelo López Mesa, con cita de jurisprudencia, "una vez trabado el embargo ejecutorio, la posibilidad de disponer su cese está necesariamente condicionada al rechazo de la pretensión de la parte ejecutante, pues sólo así cabría poner fin al proceso, y por tanto, a la medida de la que él es presupuesto" (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. IV, pág. 231)".

De lo dicho se sigue, entonces, que, dado que el ejecutado no ha ofrecido bienes en sustitución de los embargados, sólo cabe analizar el pedido de levantamiento del embargo bajo la óptica de la inembargabilidad de los bienes afectados a la medida, o del exceso del embargo en atención al valor de los bienes referidos.

III.- Asiste razón a la ejecutante respecto a que la inembargabilidad de los bienes debe ser apreciada con criterio restrictivo por tratarse de una excepción a una regla general.

Más allá de que el Código Civil y Comercial de la Nación contiene una expresa mención a la función de garantía del patrimonio del deudor (art. 242), tal garantía se encontró vigente con la anterior codificación. Así, el patrimonio del deudor está afectado al cumplimiento de sus obligaciones y constituye la garantía común de sus acreedores.

Esta función de garantía no es absoluta, reconociendo limitaciones en aquellos bienes que la ley determina como inembargables o inejecutables. El actual Código Civil y Comercial de la Nación trae una enumeración de los bienes excluidos de la garantía común en su art. 744, aunque la mayor parte de lo supuestos en él contemplados se



encontraban presentes en las legislaciones procesales provinciales.

El dinero depositado en cuentas bancarias de titularidad del deudor no constituye, por regla, un bien inembargable. En autos se invoca la limitación del art. 147 de la LCT, en la proporción prevista por el Decreto n° 484/1984, en tanto que en las cuentas bancarias embargadas se depositarían honorarios profesionales del deudor.

Como bien lo señala la ejecutante, este extremo no se encuentra probado, por lo que no tratándose ninguna de las cuentas afectadas de una "cuenta sueldo", no corresponde analizar la petición fundada en esta circunstancia.

El otro motivo que el deudor ha esgrimido para sustentar su petición de levantamiento de la medida de embargo es que en las cuentas afectadas se depositan los reintegros que la obra social realiza respecto de los tratamientos del hijo menor de edad del demandado, quién presenta una discapacidad (no se indica de que tipo). De todos modos, la ejecutante no ha cuestionado la existencia de la discapacidad invocada por el ejecutado.

Partiendo, entonces, del reconocimiento de la condición de persona con discapacidad del hijo del demandado, debe analizarse si los importes que se depositan en la cuenta embargada en concepto de reintegros de la obra social son bienes inembargables.

Para ello no puede pasarse por alto que, ya sea que se trate de depósito bancario o de contrato de cuenta corriente bancaria, existe una presunción de propiedad de los fondos respecto de la persona a nombre de la cual se realiza el depósito (art. 1.391, CCyC), o de quién es titular de la cuenta corriente (art. 1.400, CCyC). Si bien tal presunción es *juris tantum*, en autos no se ha probado ni tan siquiera la existencia de los depósitos en concepto de prestaciones de la obra social correspondientes al hijo del actor, por lo que no cabe considerar que existen, dentro de los fondos embargados, sumas que tengan una afectación específica.

Luego, tampoco existe norma legal alguna que indique que tales depósitos, de existir, sean bienes inembargables.

No paso por alto la especial tutela que la legislación internacional y nacional brinda a las personas con discapacidad, pero lo cierto es que no encuentro que el embargo ordenado por la jueza de grado afecte el goce de los derechos humanos del hijo del ejecutado. En todo caso es responsabilidad del progenitor adoptar las medidas necesarias para que dicho goce no se vea obstaculizado por deudas contraídas por él mismo.

Reitero, siendo prestaciones a las que tiene derecho el hijo, la responsabilidad por su no goce, en este caso, no es del acreedor que ejerce legítimos derechos, sino del padre deudor que afectaría el dinero -forzadamente como consecuencia del incumplimiento voluntario de la obligación- para otros fines; sin dejar de señalar que, como ya lo he dicho, no se encuentra probada la existencia de estos fondos.

Incluso, teniendo en cuenta la suma efectivamente retenida por las entidades bancarias no puedo suponer que los reintegros a los que alude el apelante se encuentren afectados.

IV.- Tampoco puede prosperar la queja referida al exceso en la medida asegurativa.

A la exigua suma retenida por las entidades bancarias ha de agregarse el importe de las valuaciones fiscales de ambos inmuebles, que representa aproximadamente el 35% del capital, sin contar lo presupuestado provisoriamente para intereses y costas.

Tal circunstancia no permite que se pueda hacer lugar al levantamiento de la medida sobre uno de los inmuebles. Ello, claro está, sin perjuicio que el deudor acredite cuál es el valor de mercado de los bienes embargados y, en su caso, pueda volver a analizarse la petición de levantamiento parcial del embargo, dado que todo lo referido a esta materia es provisional, por lo menos hasta la efectivización de la subasta.

V.- Yendo ahora a la cuestión ética, lo decidido al respecto por la jueza de grado de ningún modo compromete el ejercicio del derecho de defensa de la parte, ni coarta el ejercicio de la profesión abogadil.

Todo lo necesario para la defensa en juicio de la persona y sus derechos puede ser planteado ante el juez de la causa, lo que indica la magistrada de grado es que ese planteo debe ser hecho con el respeto que merecen las partes y sus colegas letrados. El art. 19° del Código de Ética del Colegio de Abogados y Procuradores de la Provincia claramente determina que "en sus expresiones verbales o escritas, el abogado debe usar la moderación y energía adecuadas, tratando de decir nada más que lo necesario al patrocinio que se le ha confiado...Debe tratar a los litigantes, testigos y peritos con la consideración debida. La severidad en el trato que puedan imponer las exigencias de la defensa, no



autoriza ninguna vejación inútil o violencia impropia. El cliente no tiene derecho a pedir a su abogado que falte a la parte contraria o que incurra en personalismos ofensivos".

De la lectura del párrafo que la jueza de grado ha mandado testar surge evidente un exceso por parte del abogado de la demandada, que no se encuentra justificado por el ejercicio del derecho de defensa sino que constituye aquella vejación inútil a la que hace referencia la norma ética transcrita, desde el momento que se atribuye a la ejecutante intenciones ajenas al exclusivo cobro de sus honorarios.

Consecuentemente ha de mantenerse la vigencia de lo decidido en la instancia de grado.

Finalmente cabe llamar a la reflexión a los abogados de autos, principalmente al patrocinante del ejecutado, sobre la necesidad de no estimular las pasiones de su cliente y; menos aún, compartirlas (art. 13° inc. III, Código de Ética).

VI.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

La a quo ha regulado los honorarios de la letrada apelante en base al valor JUS del art. 9 de la Ley 1.594, cuestionando la recurrente este proceder.

Esta Sala II se ha expedido en autos "Rosa s/ sucesión" (expte. n° 442.104/2011, P.I. 2015-IV, n° 307), sosteniendo que: "Conforme lo señala Marcelo López Mesa, el incidente es un tipo de proceso, y si bien suele ser accesorio de otro principal, durante su trámite también se generan gastos y la resolución que le da fin debe imponer las costas siguiendo el principio general y objetivo de la derrota (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. I, pág. 558)...Conforme se señaló, el incidente o la incidencia es un tipo de proceso, accesorio pero distinto del principal, por lo que ni la imposición de las costas ni las regulaciones arancelarias se encuentran sujetas al resultado final del pleito.

"La jurisprudencia ha resuelto que en los incidentes "los honorarios del letrado deben ser regulados teniendo en cuenta el interés defendido y no el monto de la escritura cuya nulidad se persigue" (Superior Tribunal de Justicia de la provincia de Chaco, Sala I, "Bruic c/ Lafuente", 23/9/2013, LL fascículo del 17/2/2014, pág. 11), como así también que, tratándose de incidentes, la regulación de honorarios debe tener en cuenta la naturaleza y extensión de las tareas cumplidas, el valor económico involucrado y las pautas arancelarias de aplicación (cfr. CNAT, Sala VI, "Medin c/ Pasiones del Sur S.R.L.", 25/8/2011, LL on line AR/JUR/51490/2011).

"Más claramente la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Morón (Sala II, "Zucca, Bernardo", 6/4/2010, LL on line AR/JUR/16286/2010) ha dicho que a fin de regular los estipendios de los profesionales intervinientes en un incidente –en el caso se discutió la aplicación de las normativas de emergencia económica a los fondos depositados en una cuenta bancaria abierta a nombre del expediente- debe tomarse como base regulatoria el monto que se discute en la incidencia, y no el monto principal, pues es el que configura el interés puesto en juego por las partes.

"Tal posición también ha sido sostenida por esta Sala II. Así en autos "I.P.V.U. c/ Barros" (ICC 1.438/2010, P.I. 2011-IV, n° 335) se dijo que la base regulatoria para el incidente es la que corresponde a la pretensión deducida por intermedio del incidente, y no por los planteos existentes en el principal".

Pues bien, tratándose de un incidente de levantamiento de embargo, no tengo dudas en que el valor comprometido en él es aquél por el cual se ha ordenado la medida, en autos la suma de \$ 268.691,00 (que comprende capital más el monto presupuestado provisoriamente para responder por intereses y costas).

Sin embargo, y aún tomando en cuenta la base regulatoria señalada, considerando la calidad y extensión de los trabajos desarrollados, como así también lo previsto en el art. 35 de la ley arancelaria, y que cuando el profesional actúa en causa propia no corresponde la aplicación del art. 10 de la Ley 1.594, el honorario que correspondería percibir a la apelante (\$...) es inferior al fijado por la a quo, por lo que en virtud de la regla que prohíbe la reformatio in pejus, se ha de confirmar la regulación cuestionada.

VII.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de autos y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al apelante perdedor (art. 69, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en la suma de \$ 1.850,00 para la Dra. ..., y \$ 1.300,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.



El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 15/16 en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al apelante perdedor (art. 69 CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia en las siguientes sumas: para la Dra. ..., de PESOS UN MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA (\$ 1.850) y para el Dr. ... de PESOS UN MIL TRESCIENTOS (\$1.300) (art. 15 L.A.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici-

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"OILFIELD TECHNOLOGY S.A. C/ SEQUEIRA FLAVIA ANDREA S/DESALOJO POR FALTA PAGO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 508088/2015) – Interlocutoria: 37/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

REPRESENTACION PROCESAL. PERSONAS JURIDICAS PRIVADAS. SOCIEDADES COMERCIALES.

1.- La representación en juicio –justificación de personería o capacidad procesal de quienes actúan en representación de los sujetos legitimados en el proceso- constituye un presupuesto indispensable para que se entable válidamente la relación jurídico-procesal en la causa, y por ello, es indispensable para evitar el trámite de un proceso sin la concreta intervención de una de las partes, situación ésta que perturbaría la finalidad del proceso.

2.- Las personas jurídicas privadas, como lo son las sociedades comerciales, no podrán actuar en juicio por intermedio de un apoderado que no sea abogado o procurador.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "OILFIELD TECHNOLOGY S.A. C/ SEQUEIRA FLAVIA ANDREA S/DESALOJO POR FALTA PAGO", (Expte. N° 508088/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIÓ y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y, CONSIDERANDO:

I.- Mediante la resolución de fs. 86/vta., la magistrada de grado rechazó las excepciones de falta de personería y legitimación para obrar que interpuso la parte demandada.



Contra esa decisión, la excepcionante apeló a fs. 88, y fundó su recurso a fs. 126/127.

En su memorial, señaló que la jueza incurrió en un error al considerar que las excepciones, fundadas en la misma situación fáctica, fueron subsanadas y que no es cierto que se hubieran adjuntado a la cédula de notificación de fs. 49 las copias en la presentación del apoderamiento del Dr. Allignani.

Cuestionó la imposición de costas a su parte, cuando actuó en debida y legal forma.

Indicó que el profesional mencionado adjuntó el poder general para juicios a fs. 42 y solicitó únicamente que se tenga por cumplido el previo y se provea la demanda, sin aclarar ni acreditar a posteriori el requerimiento de fs. 39, y concluyó en que la comparecencia del profesional es un simple apoderamiento.

Afirmó que el Sr. Frete carecía de representación suficiente, que no estaba legitimado para obrar como lo hizo, y que las excepciones fueron mal desestimadas.

A fs. 129/vta. la parte actora contestó el traslado del memorial, y allí sostuvo que la ausencia de poder para juicios fue debidamente salvada en autos con anterioridad al libramiento de las cédulas de notificación.

Subrayó que las excepciones opuestas se basaron en una supuesta ausencia de copias de traslado y que la accionada no debió interponerlas por esa razón, sino solicitar una suspensión para contestar la demanda hasta tanto se las notifique debidamente.

II.- Ingresando al análisis del recurso, señalamos que la representación en juicio – justificación de personería o capacidad procesal de quienes actúan en representación de los sujetos legitimados en el proceso- constituye un presupuesto indispensable para que se entable válidamente la relación jurídico-procesal en la causa, y por ello, es indispensable para evitar el trámite de un proceso sin la concreta intervención de una de las partes, situación ésta que perturbaría la finalidad del proceso.

En el caso de las personas jurídicas privadas, como lo son las sociedades comerciales, no podrán actuar en juicio por intermedio de un apoderado que no sea abogado o procurador.

Este es el criterio que, como integrantes de esta Sala, venimos sosteniendo (v. causa “Provincia del Neuquén C/ Elmerich & Payne Drilling Co. Suc. Argentina S/Apremio”, Expte. N° 495165/2013, resolutorio del 19 de marzo de 2015), a cuyos fundamentos nos remitimos).

En autos, se presentó el Sr. Julio Sergio Ricardo Frete, en su carácter de socio de Oilfiel Technology S.A., por su propio derecho y con la asistencia letrada del Dr. Allignani.

Ante ello, la magistrada dispuso como previo a despachar la demandada, que aclare su intervención en los términos del art. 268 de la Ley de Sociedades, y en su caso, presente la documental que lo acredite en la debida forma.

Frente a ello, a continuación se presentó el Dr. Allignani en carácter de apoderado de la firma, y acompañó el mandato que le fue extendido por el Sr. Frete, en carácter de presidente de aquella.

Por lo cual, la supuesta ausencia de capacidad procesal como la adecuada representación procesal en el actor fue correctamente saneada por la a quo, resultando adecuado el posterior rechazo de las excepciones invocadas por la accionada, que es lo que aquí se cuestiona.

En efecto, el agravio que postula la recurrente para sostener su postura resulta insuficiente para alterar lo decidido, además de que introduce una cuestión no propuesta en la instancia de grado, que es la aparente omisión en la adjunción de copias relacionadas con el apoderamiento del Dr. Allignani en diligencia de notificación de demanda, lo cual nos releva de su tratamiento (art. 277, CPCyC).

III.- En mérito a lo hasta aquí expuesto, propiciamos la confirmación del resolutorio cuestionado, con costas a la parte demandada en su condición de vencida (art. 69, CPCyC; art. 15, ley 1594).

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 86/87.

II.- Imponer las costas de Alzada a la parte accionada y regular los honorarios profesionales en el 30% de lo determinado en el resolutorio apelado (art. 69, CPCyC; art. 15, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.



Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici
Dra. Micaela S. Rosales – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"Q. M. T. A. Y OTROS C/ Q. B. S/ INCIDENTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 72926/2015) – Interlocutoria: 39/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO DE FAMILIA: Adopción.

ADOPCION. REVOCACION DE LA ADOPCION. ACCION DE NATURALEZA PERSONAL. REGLAS DE COMPETENCIA. CENTRO DE VIDA DE LAS ACTORAS. INMEDIACION. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.

Kemelmajer, Herrera y Lloveras explican que la revocación de la adopción constituye una acción personal no transmisible hereditariamente, y que la competencia corresponderá al juez que entendió en el proceso de adopción ("Tratado de Derecho de Familia...", Rubilnzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo III, pág. 674-710, correspondiente a los comentarios de los art. 629, 633 del nuevo Código Civil). En esa línea, y teniendo en cuenta que las propias actoras relatan que las acciones judiciales de adopción se habrían llevado en la ciudad de Salta Capital, la solución adoptada por la magistrada de grado declararse incompetente resulta acertada. No obstante, el fuero de familia salteño es el que en mejores condiciones se encuentra para entender en esta pretensión como en la principal, dado que el centro de vida de las actoras y los sucesos que mencionan –incluidos los judiciales- se situaron en esa ciudad, y no sólo por razones de intermediación, sino también, a efectos de procurar la efectiva de tutela del daño causado a las peticionantes en su identidad y en su dignidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 1 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "Q. M. T. A. Y OTROS C/ Q. B. S/ INCIDENTE", (Expte. N° 72926/2015), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 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.- La magistrada de grado se declaró incompetente para entender en este incidente, relacionado con la causa n° 72925/2015 que se resuelve en forma simultánea, mediante el resolutorio de fs. 19.

La actora apeló esa decisión a fs. 20, y presentó el memorial correspondiente a fs. 22/25 vta.

El dictamen del Sr. Fiscal de Cámara se encuentra agregado a fs. 29/vta., quien propuso la confirmación de lo resuelto.

II.- Ingresando al análisis de la cuestión, adelantamos que el recurso no podrá ser acogido.



Ello, en atención a la normativa que trae el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en relación a las pautas de competencia fijadas para las acciones relativas a la adopción y a su desplazamiento.

Kemelmajer, Herrera y Lloveras explican que la revocación de la adopción constituye una acción personal no transmisible hereditariamente, y que la competencia corresponderá al juez que entendió en el proceso de adopción ("Tratado de Derecho de Familia...", Rubilnzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, tomo III, pág. 674-710, correspondiente a los comentarios de los art. 629, 633 del nuevo Código Civil).

En esa línea, y teniendo en cuenta que las propias actoras relatan que las acciones judiciales de adopción se habrían llevado en la ciudad de Salta Capital, la solución adoptada por la magistrada de grado resulta acertada.

No obstante, reiteramos aquí también nuestra postura en relación a que el fuero de familia salteño es el que en mejores condiciones se encuentra para entender en esta pretensión como en la principal, dado que el centro de vida de las actoras y los sucesos que mencionan –incluidos los judiciales– se situaron en esa ciudad, y no sólo por razones de inmediación, sino también, a efectos de procurar la efectiva de tutela del daño causado a las peticionantes en su identidad y en su dignidad.

III.- Consecuentemente, propiciaremos el rechazo de la apelación interpuesta y la confirmación de la decisión apelada, disponiéndose el archivo de las actuaciones sin más trámite (art. 354 inc. 1º, CPCyC; art. 50, Ley 2302).-

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 19, disponiéndose el archivo de las actuaciones sin más trámite (art. 354 inc. 1º, CPCyC; art. 50, Ley 2302).

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](#)

"H. R. D. C/ T. W. O. I. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 66255/2014) – Interlocutoria: 56/16 – Fecha: 15/03/2016

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. MONTO DE LA CUOTA.

Cabe confirmar la decisión que fija la cuota alimentaria en el 40% de la remuneración del progenitor, pues, de la situación familiar (...), observamos que la madre es la que se encarga mayormente del cuidado personal de los niños, y de todo lo que ello implica, siendo tareas que tienen un valor económico y que constituyen un aporte para su manutención. A ello, debe sumarse la situación extraordinaria de salud del accionado, quien demanda una atención especial, y que naturalmente se traduce en erogaciones suplementarias.

Texto completo:



NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "H. R. D. C/ T. W. O. I. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", (Expte. N° 66255/2014), 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,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 158, el alimentante apela el resolutorio de fs. 153/155 vta., mediante el que la magistrada de grado fijó la cuota alimentaria en el 40% de sus ingresos.

El memorial de agravios obra agregado a fs. 176/177 vta., y su contestación por parte de la accionada a fs. 200/203.

La Defensora interviniente emite su dictamen a fs. 210.

II.- Ingresando al análisis del recurso, señalamos que el nuevo Código Civil reitera en líneas generales la solución dada por el anterior código, en su art. 658, manteniéndose la obligación alimentaria sobre ambos progenitores, de acuerdo a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal del hijo esté a cargo de uno de ellos.

Así, se faculta al progenitor que convive con el hijo a reclamar el reembolso de los gastos, en la parte que le corresponde al progenitor no conviviente (art. 669, última parte).

Tal como ha quedado trabada la litis, y de la lectura del escrito recursivo y su conteste, observamos que se intentan introducir cuestiones que no fueron propuestas o acreditadas en la oportunidad procesal correspondiente, tales como las actividades laborales que la progenitora realizaría fuera de su empleo formal, el estado del vehículo familiar, el desentendimiento del padre en las terapias de T., entre otras.

Como bien surge de la sentencia apelada, no se encuentra discutido que la madre es quien convive con los hijos, que éstos tienen necesidades alimentarias acordes a su edad, y que realizan una serie de actividades escolares y extraescolares abultadas, siendo la madre la que se encarga del acompañamiento y de los traslados.

Tampoco resulta controvertido el estado de salud del hijo mayor, T., ni que ante su diagnóstico requiera una contención familiar y profesional especializada, lo cual, claramente, devenga gastos que ambos padres deben soportar.

Lo que sí resulta cuestionado es el porcentaje fijado por la a quo por alimentos, y la condición económica de los padres. En este último aspecto, ambos señalan su propia imposibilidad de afrontar los gastos alimentarios, como así también, afirman que el otro está en mejores condiciones patrimoniales para solventarlos.

Claramente, la relación entre los progenitores de T., S. y T. llegó a un grado de conflictividad tal que les impide solucionar sus diferencias mediante otros medios, o siquiera, reparar en ello.

Desde esta perspectiva, y analizando las constancias de lo actuado tenemos, por un lado, que la mamá trabaja como docente y que su salario osciló en los \$9.707,31 para el mes de mayo de 2015, y dado el tiempo transcurrido, nos permite suponer que actualmente es mayor (v. fs. 146 y ccdes.).

Por otro lado, el papá, como cocinero en la empresa JAS S.R.L., percibió un total neto de \$36.746,44 en el mes de octubre de 2015, pudiendo inferirse, también, que en la actualidad es más elevado (v. fs. 183).

De la situación familiar descrita al inicio, observamos que la madre es la que se encarga mayormente del cuidado personal de los niños, y de todo lo que ello implica, siendo tareas que tienen un valor económico y que constituyen un aporte para su manutención.

A ello, debe sumarse la situación extraordinaria de salud de T., quien, como ya señalamos, demanda una atención especial, y que naturalmente se traduce en erogaciones suplementarias.

Así, teniendo en cuenta los aportes de la mamá, como también en la situación laboral del padre y los ingresos que este percibe, que no resultan mínimos, no cabe otra solución que confirmar la cuota alimentaria del 40% de su remuneración y que se justifica frente al panorama familiar descripto.

Las costas de esta instancia se impondrán al alimentante vencido, y se regularán los honorarios profesionales bajo las pautas del art. 15 de la ley 1594.

Por ello, esta SALA II.



RESUELVE:

- I.- Confirmar el resolutorio de fs. 153/155 vta. en todo lo que ha sido materia del recurso y agravios.
 - II.- Imponer las costas de Alzada al alimentante vencido.
 - III.- Regular los honorarios de los Dras. ... –patrocinante de la Sra. H.- y ... –patrocinante del Sr. T.-, en el 30% de los determinados en la instancia de grado.
 - IV.- 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](#)

"ROSA JUAN JOSE S/ SUCESION AB-INTESTATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 442104/2011) – Interlocutoria: 62/16 – Fecha: 15/03/2016

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

PROCESO SUCESORIO. LEY APLICABLE. ACERVO HEREDITARIO. PARTICION. MODOS DE HACER LA PARTICION. LICITACION. INTERPRETACION DEL INSTITUTO. TERMINO PARA SOLICITAR SU APLICACIÓN.

1.- La regla en el derecho sucesorio en lo atinente a la aplicación de la ley en el tiempo, es que la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante. [...] No obstante ello, las normas de naturaleza procesal son aplicables a los procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 166). Dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, que restituye a la legislación positiva la figura de la licitación como modo de dividir cosas entre los herederos, suprimida del Código Civil de Vélez Sarsfield por la reforma introducida por la Ley 17.711.

2.- [...] la licitación no importa alterar la composición del acervo hereditario, la que ha quedado definitivamente establecida por el inventario, pero tampoco implica alterar la valuación de aquellos bienes que componen el acervo hereditario, la que queda determinada por la tasación. Solamente permite al heredero que entienda que un determinado bien tiene un valor mayor que el asignado por el avalúo, por la significación que ese bien tenga para dicho heredero, a ofrecer el mayor valor a los restantes herederos y lograr la adjudicación del bien en cuestión en su hijuela. Incluso, los demás partícipes, aunque no hubieran solicitado la licitación, pueden intervenir en



la puja. No aparece, entonces, que la aplicación del art. 2.372 del Código Civil y Comercial altere las etapas del inventario y avalúo, ni que retrotraiga el proceso a instancias ya precluidas.

3.- El ya citado art. 2.372 del Código Civil y Comercial, en su parte final, determina un plazo para activar este procedimiento: "No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación". De acuerdo con las constancias de la causa, la aprobación judicial de la tasación se produjo en fecha 27 de agosto de 2015 (...), por lo que el pedido del heredero fue realizado en tiempo oportuno (23 de septiembre de 2015).

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROSA JUAN JOSE S/ SUCESION AB-INTESTATO", (Expte. N° 442104/2011), 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 Secretaría actuante, Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Los herederos Olga Ziade, Juan José Ignacio Rosa, Juan Sebastián Rosa y María Valeria Rosa interponen recursos de apelación contra la resolución de fs. 1.164/vta. en cuanto tiene en cuenta el pedido de aplicar el procedimiento de licitación de bienes en caso de ser oportunamente requerido.

a) La heredera María Valeria Rosa se agravia de la decisión de la a quo respecto a considerar temporáneo el pedido de aplicar, a esta etapa del proceso, la licitación de bienes establecida en el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, solicitada por el heredero Juan Pablo Rosa.

Dice que esta temporaneidad no es tal, sino que se avanza sobre etapas del proceso que ya se encuentran precluidas, sobre las cuales, además, existe pronunciamientos de primera y segunda instancias que otorgan firmeza al acto de aprobación de la tasación, a partir de lo resuelto en fecha 3 de febrero de 2015.

Sigue diciendo que el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, en su último párrafo, establece que no puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación; y en autos, la tasación fue aprobada y quedó firme cuando todas las partes consintieron el fallo de la Cámara de Apelaciones, de fecha 3 de febrero de 2015. Es a partir de este momento, sostiene la apelante, que deben computarse los treinta días a que refiere la norma legal.

Agrega que no hace falta de una providencia simple que manifieste que tal o cual resolución se encuentran firme, sino que ello surge del propio proceso.

También formula agravio porque no fue tratada la petición que formulara esa parte, al igual que los herederos Ziade y Juan Sebastián y Juan José Rosa respecto a que, previo a responder sobre una eventual licitación de bienes, se disponga una audiencia informativa en relación a la modalidad y alcances de esa licitación.

b) Los herederos Olga Ziade, Juan José Rosa y Juan Sebastián Rosa se agravian también por que la a quo ha tenido presente lo solicitado por el heredero Juan Pablo Rosa respecto del procedimiento de licitación de bienes.

Sostiene que la a quo ha incurrido en un exceso de rigor formal en la interpretación de las normas, prescindiendo de las constancias de la causa, de las que surge de modo evidente que tanto el inventario como el avalúo se encuentran firmes y consentidos con mucha antelación al auto de fs. 1.105, lo que torna inaplicable al presente proceso el mecanismo de la licitación.

Afirma que al admitir la petición del heredero Juan Pablo Rosa, la jueza de grado retrotrae el proceso hacia instancias que se encuentran alcanzadas por la preclusión, y reabre el debate ya ocluido respecto del valor de los bienes



integrantes del acervo hereditario, importando ello una afectación de derechos adquiridos.

Cuestiona también la aplicación del Código Civil y Comercial al presente proceso, en tanto en las sucesiones por causa de muerte, las consecuencias patrimoniales derivadas del fallecimiento se rigen por la ley vigente al momento de producirse el deceso. Aclara que esta regla no sólo era receptada en el Código de Vélez Sarsfield, sino que también lo es por el Código Civil y Comercial.

Dice que no desconoce su parte que tratándose de normas procesales, la nueva normativa resulta de aplicación inmediata a los procesos en trámite, pero ello con el límite de no afectar derechos adquiridos de los litigantes, ni actos o etapas alcanzados por la preclusión. Cita doctrina y jurisprudencia.

Sin perjuicio de ello, argumenta la apelante, y aún cuando se partiere de la aplicación de la nueva normativa, la resolución recurrida incurre en un excesivo rigor formal al pretender que la valuación de los bienes, y aún el propio inventario, recién fueron aprobados mediante el auto de fs. 1.105, dictado en fecha 27 de agosto de 2015, pues de los antecedentes de autos y de los propios actos del tribunal surge que ambas etapas habían culminado y adquirido firmeza con mucha anterioridad al dictado de tal auto.

Reitera que el inventario se hallaba aprobado a partir de la conformidad unánime prestada por los herederos a la denuncia de bienes realizada por la administradora y, luego, al avanzar todos los herederos y disponer la jueza de primera instancia en pos de las medidas tendientes a determinar el valor de los bienes integrantes del acervo.

Entiende que siendo todos los herederos mayores de edad y hábiles, ninguna aprobación judicial requería la composición de los bienes del acervo mediante denuncia de bienes conformada por unanimidad.

Igual sucede, a criterio de la recurrente, con la valuación de los bienes.

Señala que ella quedó firme y consentida, sin posibilidad de revisión, a partir del dictado de la sentencia por la Cámara de Apelaciones en fecha 3 de febrero de 2015, confirmatoria de su similar de grado, que rechazó las impugnaciones que el heredero Juan Pablo Rosa formuló a la tasación presentada por la administradora de la sucesión.

Recuerda que la valuación de los bienes no se llevó a cabo por un tasador designado judicialmente, sino mediante tasación privada presentada por la administradora judicial, a la cual adhirieron todos los herederos, salvo en algunos aspectos señalados por el impugnante.

Agrega que esto fue corroborado por la jueza de grado, conforme surge del informe realizado oficiosamente con fecha 11 de agosto de 2015, al responder a lo peticionado por el Juez del Juzgado de Juicios Ejecutivos n° 2, donde señala expresamente que en autos existe "denuncia de bienes y valuación de los mismos firme por la suma de \$ 19.632.425,50". Destaca que esta afirmación no fue cuestionada por ningún heredero.

A renglón seguido contestan el traslado de la expresión de agravios de la heredera María Valeria Rosa, remitiéndose a lo manifestado en su expresión de agravios, y adhiriendo, eventualmente, al pedido de audiencia.

Formula reserva del caso federal.

c) El heredero Juan Pablo Rosa contesta el traslado de la expresión de agravios de la hereda María Valeria Rosa a fs. 1.222/1.223.

Dice que el Código Civil y Comercial entró en vigencia el día 1 de agosto de 2015, resultando de aplicación inmediata la regulación procesal que contiene en materia sucesoria; que su parte solicitó la aprobación de las operaciones de inventario y avalúo, siendo ello así dispuesto el día 27 de agosto de 2015, resolución que se encuentra firme toda vez que fue consentida por las partes; que, con posterioridad y dentro del plazo de treinta días que establece el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, su parte solicitó se autorice que en la partición se realice el procedimiento de licitación de bienes.

Destaca que al momento del fallo de Alzada que refiere la recurrente, el Código Civil y Comercial no se encontraba en vigencia, motivo por el cual era imposible y hasta ilógico, que el plazo de treinta días hubiera estado vencido.

Con relación a la audiencia peticionada sostiene que el Código Civil y Comercial regula claramente el procedimiento licitatorio, no surgiendo de la regulación legal la existencia de dificultades, como las que esgrime la recurrente, quién en realidad pretende condicionar la aplicación de la ley a una explicación previa por parte del Juzgado.

d) A fs. 1.225/vta., la heredera María Valera Rosa contesta el traslado de la expresión de agravios de la heredera Ziade



y los herederos Rosa, remitiéndose a las consideraciones vertidas en su propia expresión de agravios.

e) A fs. 1.227/vta. el heredero Juan Pablo Rosa contesta el traslado de la expresión de agravios de los herederos Ziade y Rosa en los mismos términos existentes en la pieza procesal mediante la cual rebatió los agravios de la heredera María Valeria Rosa.

II.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, adelanto opinión respecto a que no asiste razón a los recurrentes.

He de comenzar el análisis sobre la pertinencia de aplicar al presente trámite el art. 2.372 del Código Civil y Comercial. La regla en el derecho sucesorio en lo atinente a la aplicación de la ley en el tiempo, es que la sucesión intestada se rige por la ley vigente al momento de la muerte del causante.

Esta regla resulta de aplicación a todas aquellas cuestiones relacionadas con el derecho de los herederos, ya que la muerte, la apertura de la sucesión y la transmisión de la herencia se producen en el mismo instante. En otras palabras, "la atribución de derechos sucesorios derivados de la muerte de una persona está referida al momento de la apertura de la sucesión que se produce con el deceso del causante, y por eso es que no hay duda respecto a que tanto la vocación hereditaria de los sucesores, su cuantía, extensión y modo de concurrir quedan fijados por la ley vigente al día de la muerte del de cujus" (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Corrientes, Sala IV, "O.M.A. y J.R.P. s/ sucesorio", 5/12/2013, LL on line AR/JUR/88430/2013).

No obstante ello, las normas de naturaleza procesal son aplicables a los procedimientos en trámite, siempre que esta aplicación no implique afectar situaciones ya agotadas (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 166).

Dentro de este tipo de normas (de naturaleza procesal) se encuentra precisamente el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, que restituye a la legislación positiva la figura de la licitación como modo de dividir cosas entre los herederos, suprimida del Código Civil de Vélez Sarsfield por la reforma introducida por la Ley 17.711.

Conforme lo dicho, resulta de aplicación en autos el art. 2.372 del Código Civil y Comercial, en tanto, claro está, no afecte situaciones ya agotadas, o etapas precluidas.

III.- ¿Y se produce esta afectación conforme pregonan los recurrentes? Entiendo que no.

Tienen razón los recurrentes respecto a que en este trámite toda discusión sobre el inventario y el avalúo de los bienes que integran el acervo hereditario está agotada. Pero la eventual aplicación de la licitación, conforme lo ha decidido la a quo, no importa abrir el debate nuevamente sobre estos aspectos.

Marcos M. Córdoba señala que la licitación, como modalidad de la partición, habilita el mayor valor, respecto del puramente económico, que un heredero puede adjudicarle a una cosa como consecuencia del vínculo particular que con ella lo une. La tasación puede ser correcta respecto de los valores del mercado, pero la partición no atiende sólo a lo cuantitativo, sino también a lo cualitativo y ello posee un elemento subjetivo del justiprecio (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. X, pág.700).

Sigue diciendo el autor citado: "...si algún heredero considera que uno de los bienes ha sido tasado por debajo del valor que para él tiene, está facultado a ofrecer uno mayor y, en consecuencia, que dicho bien pase a integrar su hijuela. No implica un remate público, sino un derecho que sólo pueden ejercer los copartícipes. De modo que ellos conservan un derecho de preferencia sobre ventas a terceros o adjudicaciones que se efectuarán sobre los bienes de la masa hereditaria" (cfr. aut. cit., op. cit.).

Como vemos, la licitación no importa alterar la composición del acervo hereditario, la que ha quedado definitivamente establecida por el inventario, pero tampoco implica alterar la valuación de aquellos bienes que componen el acervo hereditario, la que queda determinada por la tasación. Solamente permite al heredero que entienda que un determinado bien tiene un valor mayor que el asignado por el avalúo, por la significación que ese bien tenga para dicho heredero, a ofrecer el mayor valor a los restantes herederos y lograr la adjudicación del bien en cuestión en su hijuela. Incluso, los demás parfícipes, aunque no hubieran solicitado la licitación, pueden intervenir en la puja.

No aparece, entonces, que la aplicación del art. 2.372 del Código Civil y Comercial altere las etapas del inventario y



avalúo, ni que retrotraiga el proceso a instancias ya precluidas.

En definitiva la licitación es una modalidad de partición, que es la etapa procesal en la que nos encontramos.

IV.- Resta analizar si el pedido de aplicación de la licitación ha sido realizado en tiempo.

El ya citado art. 2.372 del Código Civil y Comercial, en su parte final, determina un plazo para activar este procedimiento: "No puede pedirse la licitación después de pasados treinta días de la aprobación de la tasación".

De acuerdo con las constancias de la causa, la aprobación judicial de la tasación se produjo en fecha 27 de agosto de 2015 (fs. 1.105 vta.), por lo que el pedido del heredero Juan Pablo Rosa fue realizado en tiempo oportuno (23 de septiembre de 2015, fs. 1.116).

La resolución de la jueza de primera instancia, confirmada por la Cámara de Apelaciones, que desecha las impugnaciones de uno de los herederos respecto de la tasación presentada por la administradora de la sucesión, no importa que automáticamente dicha tasación se encuentre aprobada. Podrán estar firmes estos decisorios, como sucede en autos, lo que trae como consecuencia que no puede reeditarse ninguna impugnación respecto de la tasación, pero ello no quiere decir que la tasación se encuentre aprobada.

El art. 750 del CPCyC determina que, aún cuando el inventario o el avalúo no hubieran sido impugnados, se requiere de la aprobación judicial ("se aprobarán ambas operaciones sin más trámite"). En tanto que el art. 753 del CPCyC condiciona la partición de la herencia a la aprobación de las operaciones de inventario y avalúo.

Ello es así porque, como explica Marcelo López Mesa, el juez posee la facultad de objetar de oficio tanto el inventario como el avalúo, no obstante la inexistencia de impugnaciones o la desestimación de éstas (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, 2012, T. V, pág. 579).

Cierto es que la magistrada de grado podría haber aprobado ambas operaciones en la misma resolución que desechó las impugnaciones formuladas, pero ello no se hizo, los herederos no lo cuestionaron en su momento, y nadie lo solicitó hasta que el heredero Juan Pablo Rosa formuló su petición.

A esto agregó que ninguno de los herederos impugnó el proveído dictado en la instancia de grado que tuvo por aprobadas las operaciones en cuestión.

Luego, la redacción que la a quo dio a la respuesta a un oficio judicial no puede alterar la regulación legal vigente ni las constancias de la causa. A ese momento –el de la respuesta al oficio judicial-, el inventario y el avalúo (en realidad la resolución dictada sobre el punto) se encontraban firmes por haberse desechado las impugnaciones formuladas, pero no habían sido judicialmente aprobados.

V.- Finalmente y en lo que hace a la denunciada omisión de abordar el pedido de audiencia realizado por la heredera María Valeria Rosa, tal omisión no causa agravio alguno a la recurrente.

De la lectura del resolutorio apelado surge que, previo a concretarse la licitación, debe transcurrir el período que la jueza de grado estableció para que los herederos procedan a la partición del acervo hereditario en forma privada. Y solamente en el supuesto que no exista acuerdo sobre uno o varios bienes puede acudir al proceso de licitación, si es que ello es requerido por alguno de los interesados.

Consecuentemente, la fijación de una audiencia para precisar aspectos de la licitación en este momento es de ninguna utilidad por prematura, ya que no se sabe, en definitiva, si es que se va a utilizar tal modalidad de partición y, en su caso, respecto de que bienes.

Ello no quita, claro está, que oportunamente se reitere el pedido de audiencia, o la fije oficiosamente la jueza de la causa.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de apelación de los herederos María Valeria Rosa, Olga Ziade, Juan José Rosa y Juan Sebastián Rosa, y confirmar el resolutorio apelado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a los herederos perdidosos (art. 69, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en la suma de \$ 6.860,00 para el Dr. ... –en doble carácter por el heredero Juan Pablo Rosa-; \$ 3.430,00 para el Dr. ..., letrado patrocinante de la heredera María Valeria Rosa; y \$ 4.800,00 para la Dra. ..., en doble carácter por los herederos Juan José Rosa y Juan Sebastián Rosa y patrocinante de la heredera Olga Ziade; todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 9 y 10 de la Ley 1.594.



El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Rechazar los recursos de apelación de los herederos María Valeria Rosa, Olga Ziade, Juan José Rosa y Juan Sebastián Rosa, y confirmar el resolutorio de fs. 1164 vta., en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a los herederos perdidosos (art. 69, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en las siguientes sumas: de PESOS SEIS MIL OCHOCIENTOS SESENTA (\$ 6.860,00) para el Dr. ... –en doble carácter por el heredero Juan Pablo Rosa-; de PESOS TRES MIL CUATROCIENTOS TREINTA (\$ 3.430,00) para el Dr. ..., letrado patrocinante de la heredera María Valeria Rosa; y de PESOS CUATRO MIL OCHOCIENTOS (\$ 4.800,00) para la Dra. ..., en doble carácter por los herederos Juan José Rosa y Juan Sebastián Rosa y patrocinante de la heredera Olga Ziade; todo de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 9 y 10 de la Ley 1.594.

IV.- 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](#)

"SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte: 1727/2016) – Interlocutoria: 63/16 – Fecha: 15/03/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. SUSTANCIACION. PRESUPUESTOS. APRECIACION. TRABAJADORES CONTRATADOS. DELEGADOS GREMIALES. REINSTALACION EN EL PUESTO DE TRABAJO. RECHAZO DE LA CAUTELAR.

1.- [...] destaco que el juez interviniente ha dado el trámite correcto a la petición cautelar –innovativa-, toda vez que tanto esta Sala –II- como la Sala I hemos dicho en reiteradas oportunidades que, en principio, cuando coincide el objeto de la pretensión con la cautelar, en todo o en parte, se deberá sustanciar la solicitud, pudiendo incluso reducirse el plazo en función de la gravedad y urgencia del tema.

2.- Los requisitos que necesariamente deben estar presentes para que la petición - innovativa- tenga andamio es la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar.

3.- La concesión de la cautelar innovativa debe ser excepcional, pues se trata de un anticipo de sentencia favorable, por lo que se requiere mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (v. Ponce, Carlos, "Precisiones



sobre la medida cautelar innovativa", publicado en Revista de Derecho Procesal, Sistemas cautelares y procesos urgentes, 2.009 -2, de Rubinzal Culzoni, páginas 157 y siguientes); o lo que es lo mismo, se requiere un plus en relación al derecho invocado mayor que con respecto a las verdaderas medidas.

4.- Cabe confirmar la decisión que no hace lugar a la medida cautelar a través de la cual los trabajadores contratados solicitan el reintegro a sus puestos de trabajo durante la sustanciación del proceso, pues, no advierto que se encuentren reunidos los recaudos imprescindibles para la concesión de la medida innovativa. En efecto, en primer lugar se encuentra demostrado y reconocido que los actores estaban contratados, y que ese contrato venció el 31 de diciembre del año pasado, por lo cual, en principio, han cesado en su actividad laboral y, por ende, en las consecuencias que de ello se desprenden como el desempeño de delegados sindicales. Cierto es que se ha esgrimido un despido discriminatorio, pero no advierto elemento suficiente alguno que permita suponer dicha conducta, toda vez que ellos mismos reconocen la existencia de la modalidad contractual de la relación y que, inclusive, se mantendría de hacerse lugar a la acción de fondo. El hecho que se hubieran renovado los contratos a otros trabajadores y se designara a otros, no permite suponer con el grado de certeza que requiere la cautelar peticionada que estemos en presencia de una persecución sindical, máxime, que tampoco queda claro que puedan seguir siendo delegados si venció el contrato de trabajo.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SOTO HERMOSILLA ALFREDO VICENTE Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUS Y SANEAMIENTO (EPAS) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR", (INC N° 1727/2016), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La resolución que en copia obra a fs. 61 del cuadernillo rechaza la medida cautelar solicitada por la actora en su escrito de inicio.

La decisión es apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 64/66, y cuyo traslado es respondido a fs. 72/75.

II.- Luego de reseñar los antecedentes del caso, señala que le agravia que el juez no considere la existencia de verosimilitud en el derecho dado que los actores eran empleados, fueron elegidos delegados y ello fue comunicado a la empresa.

Afirma que, si bien existe relación entre el objeto de la demanda y la cautelar como sucede con cualquier medida precautoria, en el caso los objetos son disímiles puesto que en la cautelar se exige que sean reintegrados a sus puestos de trabajo durante el proceso, y en cambio, la pretensión tiene por fin la nulidad del obrar de la empleadora; agrega que no estamos en un anticipo de sentencia, pues de requerirse una medida cautelar, es provisoria, no causa estado y no impide desestimar la demanda.



En cuanto a la designación como delegados, indica que la exigencia de la antigüedad en el trabajo no les puede ser requerida, toda vez que en el sector en el que se desempeñaban todos los trabajadores fueron designados juntos.

Finalmente, señala que los actores son personal contratado y que dicha situación no cambia por haber sido delegados, y que lo que se solicita es que se les reconozca la tutela sindical.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que la medida cautelar innovativa peticionada en la demanda, y reiterada en el memorial, no tendrá andamio.

En primer lugar, destaco que el juez interviniente ha dado el trámite correcto a la petición cautelar, toda vez que tanto esta Sala como la Sala I hemos dicho en reiteradas oportunidades que, en principio, cuando coincide el objeto de la pretensión con la cautelar, en todo o en parte, se deberá sustanciar la solicitud, pudiendo incluso reducirse el plazo en función de la gravedad y urgencia del tema.

En tal sentido, hemos dicho en la causa Expte. ICL N° 938/12 del 21 de agosto del corriente año, entre muchos otros, que:

“Ahora bien, considero que, en el caso concreto, la decisión adoptada por la jueza debe ser revocada por prematura.

En efecto, tal como se desprende de los términos de la pretensión, la cautelar requerida coincide sustancialmente con ella, y en tales supuestos esta Sala ha dicho, en forma reiterada que, salvo supuestos excepcionales, la petición de cautela debe ser sustanciada ya que no hace a la esencia de medidas de dicha naturaleza que sean dictadas sin oír a la otra parte y, ello en respeto del derecho de defensa que se concreta, en el caso, en la bilateralidad del trámite procesal.

Como del presente cuadernillo no resulta que la demanda haya sido notificada a la contraria, corresponde revocar el rechazo de la cautelar y diferir su consideración por parte del juez de Primera Instancia, una vez que haya vencido el plazo para responder la pretensión y siempre y cuando el actor reitere su petición.

Cabe acotar que, en tal supuesto no corresponde un traslado a la contraria, toda vez que la demanda contiene el pedido de la cautela.

Cabe acotar que similar postura en lo procesal sostiene la Sala I en su actual composición al señalar: “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 conceptualizada 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 (aun cuando las medidas cautelares pudieran “quitar”, no otorgaban una atribución correlativa 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. Aun 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 que ciertamente 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 anticipatorias 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”).

Finalmente entiendo pertinente adherir a la recomendación formulada por los colegas de Sala toda vez que la misma hace al buen orden del proceso y evitan dilaciones innecesarias a las partes y al propio juzgado. En tal sentido sostuvieron y comparto:

No obstante reiterar 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.

Asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2014 en autos 4761/14:

Puede señalarse que la tutela cautelar solicitada participa de las llamadas “medidas innovativas”, que responden a la obligación genérica de evitar un daño y al deber de los jueces de brindar la mejor respuesta jurisdiccional para el caso concreto.

En tal sentido, cuando se manda innovar se está diciendo que hay que cambiar una situación de hecho o de derecho que entraña peligro de daño; constituye un anticipo de jurisdicción que no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de 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", del 7/8/97)."

Hecha la pertinente aclaración se advierte que, si bien es cierto que la actora plantea la nulidad de las decisiones administrativas de la demandada que excluyeron a los actores en las renovaciones contractuales, lo cierto es que el objeto de la medida cautelar coincide con los efectos que se persiguen con la declaración de nulidad, puesto que en la demanda se solicita concretamente la nulidad de las bajas laborales, por lo cual, resulta claro que existe coincidencia entre ambas pretensiones.

Por cierto, que ello no impide el dictado de la cautelar en función de los distintos efectos que tiene el dictado de una cautelar y la sentencia que debe pronunciarse como destaca el apelante.

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) (conf. Fallo antes citado de la Sala I).

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 1º, 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 tomarse 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").

Ahora bien, así como hemos indicado el trámite que debe dársele a la petición innovativa y que el juez debe pronunciarse sobre ella, también hemos remarcado los requisitos que necesariamente deben estar presentes para que la petición tenga andamiento.

Así, ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2014 en autos 4761/14:

"Ahora bien, acerca del criterio de admisión que este Tribunal tiene sentando no es necesario abundar en tanto todo ello ha sido detallado en forma acabada (a través de las transcripciones de los precedentes dictados por el Tribunal), por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en el dictamen emitido en las presentes actuaciones.

Sólo cabe recordar que este tipo de tutela es excepcional y que además de los requisitos clásicos, se impone la



verificación de un riesgo de daño concreto, irreversible o muy grave y la urgencia del caso.

Se requiere certeza suficiente, comprensiva de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y del riesgo de daño irreparable si no se despacha favorablemente la medida peticionada.

Finalmente, pesa sobre el solicitante la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos que la hacen procedente, lo que se relaciona con el grado de conocimiento con el que debe contarse cuando se está frente a una "innovativa" de la naturaleza de la aquí peticionada, donde se persigue que, en forma anticipada, se otorgue aquello que sólo se alcanzaría al culminar todo el proceso.

Por ende para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

Analizada la cuestión planteada en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden, considero que la medida cautelar no puede prosperar en los términos en que fuera peticionada."

En el mismo sentido, y en el precedente antes mencionado, se sostuvo:

"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.

Por ello es que, tal como lo ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 171)..." (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras)."

Ello por cuanto, y como lo sostienen sus defensores dicha sentencia previa, considerada como una medida cautelar requiere la presencia de los recaudos comunes a toda medida cautelar, esto es, verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la prestación de una cautela.

A ello, se agrega la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. Y con relación al peligro en la demora, se ha sostenido que no consiste en el simple perjuicio que irroga el tempus del proceso, sino que requiere un elemento objetivo concreto que se vería desvirtuado si no se adopta la medida en un momento determinado, y en tal momento, se podría provocar efectivamente un daño irreparable.

Asimismo, su concesión debe ser excepcional, pues se trata de un anticipo de sentencia favorable, por lo que se requiere mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (v. Ponce, Carlos, "Precisiones sobre la medida cautelar innovativa", publicado en Revista de Derecho Procesal, Sistemas cautelares y procesos urgentes, 2.009 -2, de Rubinzal Culzoni, páginas 157 y siguientes); o lo que es lo mismo, se requiere un plus en relación al derecho invocado mayor que con respecto a las verdaderas medidas.

En el caso de autos, y analizado el mismo de conformidad con las pautas a que se aludiera en los párrafos que anteceden, no advierto que se encuentren reunidos los recaudos imprescindibles para la concesión de la medida innovativa.

En efecto, en primer lugar se encuentra demostrado y reconocido que los actores estaban contratados, y que ese contrato venció el 31 de diciembre del año pasado, por lo cual, en principio, han cesado en su actividad laboral y, por ende, en las consecuencias que de ello se desprenden como el desempeño de delegados sindicales.

Cierto es que se ha esgrimido un despido discriminatorio, pero no advierto elemento suficiente alguno que permita suponer dicha conducta, toda vez que ellos mismos reconocen la existencia de la modalidad contractual de la relación y que, inclusive, se mantendría de hacerse lugar a la acción de fondo.

El hecho que se hubieran renovado los contratos a otros trabajadores y se designara a otros, no permite suponer con el



grado de certeza que requiere la cautelar peticionada que estemos en presencia de una persecución sindical, máxime, que tampoco queda claro que puedan seguir siendo delegados si venció el contrato de trabajo.

Por otro lado, se advierte que los nombramientos no fueron realizados por la demandada, bien que el EPAS hizo la selección del personal, pero lo cierto es que la decisión final no fue tomada por dicho ente, por lo cual, aparece como dudosa la legitimación pasiva, cuestión que deberá ser analizada al momento del dictado de la sentencia definitiva.

Finalmente, tampoco se acredita la urgencia objetiva que requiere el anticipo de jurisdicción, dado el trámite impreso al presente conforme resulta de la constancia que en copia obra a fs. 40.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la resolución apelada, con costas a los actores, difiriendo 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 resolución de fs. 61, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a los actores (art. 68, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los profesionales intervinientes en esta instancia, para su oportunidad (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GALVAN ANDREA MONICA S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 4170/2013) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 17/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. IMPUESTO INMOBILIARIO. MANDAMIENTO. DOMICILIO FISCAL. VALIDEZ. NULIDAD DE OFICIO. EXCESO RITUAL MANIFIESTO.

1.- Corresponde revocar la decisión que declaró en un proceso en que se persigue el cobro del impuesto inmobiliario, la nulidad de la intimación de pago y embargo por no haberse practicado con el ejecutado ni haberse identificado a la persona de la casa, pues, la diligencia practicada se concreta en el domicilio fiscal del deudor, coincidente el que surge del título y el denunciado al demandar, presumiendo su subsistencia a todos los efectos administrativos y legales conforme a la previsión de los arts. 29, 30 y 31 del Código Fiscal.

2.- [...] la declaración de nulidad de oficio de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo constituye un exceso ritual, principalmente si se tiene en cuenta que la parte interesada ni siquiera lo ha alegado.



Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ GALVAN ANDREA MONICA S/ APREMIO", (Expte. N° 4170/2013), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN TODOS LOS FUEROS - RINCON DE LOS SAUCES a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse separada de la causa la Dra. Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaría actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte actora apeló la providencia simple de fs. 15, mediante la que el magistrado de grado declaró la nulidad de la intimación de pago y embargo por no haberse practicado con el ejecutado ni haberse identificado a la persona de la casa.

En sus agravios de fs. 18/22, manifestó que el a quo omitió la aplicación del Código Fiscal local, dado que trae una específica regulación en la materia y que, de acuerdo a esta, la notificación resulta válida por cuanto se practicó en el domicilio fiscal -el que subsiste a los efectos administrativos y judiciales mientras no se constituya otro-, sin que ello implique vulneración alguna al derecho de defensa la parte ejecutada.

II.- Tal como lo dijera la Sala I, en anterior composición (exptes. N° 397295/9 y 1056/9) y también la Sala III, en su actual integración (Expte. 1073/09) el trámite de la ejecución fiscal, como lo es el proceso para el cobro compulsivo de un tributo, está contemplada en el Libro Primero de la Parte General del Código Fiscal, específicamente en el Título Duodécimo, denominado "De la ejecución por apremio" que contiene los arts. 106 a 140.

Así, el art. 106 -Cobro judicial- prevé que "El cobro judicial de los impuestos, tasas, contribuciones, actualizaciones, intereses, multas ejecutoriadas y cualquier otro débito que corresponda a las obligaciones tributarias que efectúe la Dirección, se practicará por la vía de apremio, una vez vencidos los plazos generales o especiales para el pago, sin necesidad de mediar intimación o requerimiento individual alguno." A su vez en lo que se refiere al lugar en que debe cumplirse la diligencia de intimación de pago, embargo y citación de remate su art. 110 regula que "El juez examinará el título ejecutivo, y si se encontraren cumplidos los presupuestos procesales ordenará librar el mandamiento de intimación de pago, embargo y en el mismo acto citará de remate al deudor. La diligencia de intimación de pago deberá llevarse a cabo en el domicilio fiscal del o los ejecutados".

En autos, se intenta ejecutar una deuda por impuesto inmobiliario, situación para la cual resulta válido el domicilio fiscal constituido por su titular. Y, si bien, se alude al "domicilio fiscal" y tal como lo invoca el recurrente, ello remite a los arts. 29, 30 y 31 -Título Sexto- lo cierto es que las exigencias, condiciones y efectos de su constitución, lo transforman en un domicilio legal especial y forzoso -por su obligatoriedad, subsistencia y presunciones- aplicable a los sujetos alcanzados por obligaciones fiscales, consistentes en impuestos, tasas y contribuciones (art. 1° del Código Fiscal).

Bajo esta línea, la diligencia practicada se concreta en el domicilio fiscal del deudor, coincidente el que surge del título y el denunciado al demandar, presumiendo su subsistencia a todos los efectos administrativos y legales conforme a la previsión de los arts. 29, 30 y 31 del Código Fiscal.

Tal como lo sostiene la recurrente, que la intimación de pago y embargo se cumplió con la intervención de una persona de la casa, que confirma el domicilio del requerido, y recibe las copias de traslado para que éste pueda ejercer las defensas que tuviere, todo lo que fue certificado por el Oficial Público, no mereciendo ello cuestionamiento ni redargüido de falso.

En esa línea, consideramos que la declaración de nulidad de oficio de la diligencia del mandamiento de intimación de pago y embargo constituye un exceso ritual, principalmente si se tiene en cuenta que la parte interesada ni siquiera lo ha alegado.

Por las razones expuestas, se habrá de revocar el auto objeto de recurso, debiendo volver los autos al Juzgado de origen a fin de dictar la pertinente sentencia de remate (art. 551 del CPCyC).

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado, atento tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.



Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar el decisorio de fs.15, debiendo volver los autos al Juzgado de origen a fin de dictar la pertinente sentencia de remate (art. 551 del CPCyC).

II.- Costas de Alzada en el orden causado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Cecilia Pamphile

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MOLINA FRANCISCO JAVIER C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1735/2015) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA DE NO INNOVAR. LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. PRESTACIONES MÉDICAS. REQUISITOS DE PROCEDENCIA. VEROSIMILITUD DEL DERECHO. RECHAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR.

1.- Cabe rechazar el la solicitud de la la actora de otorgamiento de cautelar innovativa a fin de que Prevención ART S.A. le otorgue las prestaciones médicas, farmacológicas y dinerarias previstas por la ley 24.557, y para el caso de que la incapacidad derive en definitiva, se determine el porcentaje y se ordene a la accionada a abonar las prestaciones de la ley 24.557 y siguientes, pues no basta aludir a los recaudos de procedencia de toda medida cautelar, que como se señaló fue desestimado, sino que es necesario alegar nuevos elementos que justifiquen su pedido en relación al tema motivo de agravios, el pago de salarios.

2.- Para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

3.- Si no se advierte que se encuentren reunidos los recaudos imprescindibles para la concesión de la medida innovativa, consistente en que la Aseguradora de Riesgos del Trabajo le otorgue las prestaciones médicas, farmacológicas y dinerarias previstas por la ley 24.557, por cuanto, como el mismo actor lo reconoce, venció el plazo del artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo y no se advierte, en función de los hechos expuestos en la demanda y los términos de la contestación de la pretensión, que el actor se encuentre claramente comprendido dentro del régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo, siendo ello, justamente, la cuestión controvertida, corresponde su



rechazo.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MOLINA FRANCISCO JAVIER C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION MEDIDA CAUTELAR", (INC N° 1735/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Inicia la actora una solicitud de cautelar innovativa a fin de que Prevención ART S.A. le otorgue las prestaciones médicas, farmacológicas y dinerarias previstas por la ley 24.557, y para el caso de que la incapacidad derive en definitiva, se determine el porcentaje y se ordene a la accionada a abonar las prestaciones de la ley 24.557 y siguientes.

Así las cosas, el juzgado ordena el traslado de la demanda y se desestima la medida cautelar conforme resulta de fs. 21 del presente cuadernillo y 99 del principal, que se tiene a la vista.

Luego de respondida la demanda y abierto el juicio a prueba, el juzgado dispone que la pericia psiquiátrica sea realizada por el Gabinete Médico Forense del Poder Judicial, obrando la misma a fs. 179/182 del principal.

A continuación, a fs. 188, la accionante requiere el dictado de la medida cautelar peticionada en la demanda, para lo cual, alude a la pericia realizada.

Es así que el juzgado dicta la resolución de fs. 191, mediante la que hace lugar parcialmente a lo peticionado, decisión que es cuestionada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 37/38 del presente cuadernillo.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, debo señalar que coincido con el quejoso en el sentido que lo resuelto por el juez es contradictorio en la forma en que se expresara en relación a la cautelar, pero no por la forma de resolver.

En efecto, luego de desarrollar los fundamentos en base a los cuales considera que la cautelar procede en relación a la cobertura de las sesiones psicológicas y psiquiátricas, en el párrafo siguiente y aludiendo a lo que expusiera en el párrafo anterior, entiendo que lo demás solicitado no es pertinente.

Coincido también en la ausencia de fundamentos por parte del juez en la decisión ahora cuestionada, toda vez que se limita a señalar los requisitos para la procedencia de lo peticionado y luego la concede y la deniega.

Si bien lo expuesto justificaría la nulidad de la resolución, no propiciaré dicha solución, por eso es que no se ha profundizado sobre el tema, dado que entiendo que ello perjudicaría al apelante a quien se le ha concedido, parcialmente, la cautelar.

Ahora bien, ¿resulta procedente la medida innovativa solicitada por el quejoso?

La respuesta debe ser negativa.

En primer lugar, y conforme las constancias del principal, se advierte que obra resolución a fs. 99/100 por la cual se desestima la cautelar en su totalidad, y dicha decisión no aparece cuestionada.

Cuando ello ocurre, es decir, existe una decisión firme que desestima la medida cautelar, para poder requerirla nuevamente se requiere que el peticionante adjunte nuevos elementos que justifiquen su procedencia, ya que de lo contrario subsiste el rechazo firme por no haber mediado variación alguna cuando se la consideró y desestimó.

En el caso el actor, al fundar su nueva petición se basó en la existencia de la pericia psicológica y ello es insuficiente para requerir una cautelar consistente en el pago de los salarios que a su entender le corresponden.

Es que no basta aludir a los recaudos de procedencia de toda medida cautelar, que como se señaló fue desestimado, sino que es necesario alegar nuevos elementos que justifiquen su pedido en relación al tema motivo de agravios, el pago de salarios.

Sin perjuicio de ello, cabe recordar que las medidas cautelares cuando coinciden en todo o en parte con la pretensión se requiere, además de casi certeza en el derecho invocado, la existencia de una urgencia objetiva.



Así se ha dicho:

Asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha señalado en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2014 en autos 4761/14:

Puede señalarse que la tutela cautelar solicitada participa de las llamadas "medidas innovativas", que responden a la obligación genérica de evitar un daño y al deber de los jueces de brindar la mejor respuesta jurisdiccional para el caso concreto.

En tal sentido, cuando se manda innovar se está diciendo que hay que cambiar una situación de hecho o de derecho que entraña peligro de daño; constituye un anticipo de jurisdicción que no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia de 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", del 7/8/97).

Y luego añadimos recientemente en el precedente "Soto c/ Epas": Ahora bien, así como hemos indicado el trámite que debe dársele a la petición innovativa y que el juez debe pronunciarse sobre ella, también hemos remarcado los requisitos que necesariamente deben estar presentes para que la petición tenga andamiento.

Así ha dicho el Tribunal Superior de Justicia en la resolución interlocutoria N° 210 del 19 de mayo del 2014 en autos 4761/14:

"Ahora bien, acerca del criterio de admisión que este Tribunal tiene sentando no es necesario abundar en tanto todo ello ha sido detallado en forma acabada (a través de las transcripciones de los precedentes dictados por el Tribunal), por el Sr. Fiscal ante el Cuerpo en el dictamen emitido en las presentes actuaciones.

Sólo cabe recordar que este tipo de tutela es excepcional y que además de los requisitos clásicos, se impone la verificación de un riesgo de daño concreto, irreversible o muy grave y la urgencia del caso.

Se requiere certeza suficiente, comprensiva de una fuerte probabilidad de la existencia del derecho y del riesgo de daño irreparable si no se despacha favorablemente la medida peticionada.

Finalmente, pesa sobre el solicitante la carga de demostrar sumariamente la existencia de los recaudos que la hacen procedente, lo que se relaciona con el grado de conocimiento con el que debe contarse cuando se está frente a una "innovativa" de la naturaleza de la aquí peticionada, donde se persigue que, en forma anticipada, se otorgue aquello que sólo se alcanzaría al culminar todo el proceso.

Por ende para la procedencia de la medida cautelar innovativa, que coincide en todo o en parte con la pretensión, se requiere que el accionante demuestre acabadamente la verosimilitud del derecho y la existencia de un riesgo cierto e irreparable.

Analizada la cuestión planteada en base a las pautas sentadas en los párrafos que anteceden, considero que la medida cautelar no puede prosperar en los términos en que fuera peticionada.

En el mismo sentido y en el precedente antes mencionado se sostuvo:

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.

Por ello es que, tal como lo ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág.171)... " (cfr. R.I. 487/11, en autos "ERRECART DELIA MABEL", entre muchas otras).

Ello por cuanto y como lo sostienen sus defensores dicha sentencia previa, considerada como una medida cautelar requiere la presencia de los recaudos comunes a toda medida cautelar, esto es verosimilitud del derecho, peligro en la



demora y la prestación de una cautela. A ello se agrega la irreparabilidad del daño infligido por la situación de hecho o de derecho que se pretende innovar. Y con relación al peligro en la demora se ha sostenido que no consiste en el simple perjuicio que irroga el tempus del proceso, sino que requiere un elemento objetivo concreto que se vería desvirtuado si no se adopta la medida en un momento determinado y en tal momento se podría provocar efectivamente un daño irreparable. Asimismo su concesión debe ser excepcional pues se trata de un anticipo de sentencia favorable, por lo que se requiere mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión (Ponce, Carlos, "Precisiones sobre la medida cautelar innovativa", publicado en Revista de Derecho Procesal, Sistemas cautelares y procesos urgentes, 2.009 -2, de Rubinzal Culzoni, páginas 157 y siguientes) o lo que es lo mismo se requiere un plus en relación al derecho invocado mayor que con respecto a las verdaderas medidas

En el caso de autos, y analizado el mismo de conformidad con las pautas a que se aludiera en los párrafos que anteceden, no advierto que se encuentren reunidos los recaudos imprescindibles para la concesión de la medida innovativa.

Ello por cuanto, como el mismo actor lo reconoce, venció el plazo del artículo 208 de la Ley de Contrato de Trabajo y no se advierte, en función de los hechos expuestos en la demanda y los términos de la contestación de la pretensión, que el actor se encuentre claramente comprendido dentro del régimen de la Ley de Riesgos de Trabajo, siendo ello, justamente, la cuestión controvertida.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la resolución apelada, con costas a la actora.

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/vta. de este cardenillo, con costas a la actora vencida (art. 69 CPCyC).

II.- 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](#)

"FINANPRO S.R.L. C/ LAMADRID ADRIAN ESTEBAN S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 523496/2014) – Interlocutoria: 70/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

COMPETENCIA TERRITORIAL. LEY DE DEFENSA AL CONSUMIDOR. RELACION DE CONSUMO. FALTA DE ACREDITACION. DOMICILIO REAL DEL CONSUMIDOR.

Cabe revocar la decisión mediante la cual el magistrado de primera instancia declara de oficio su incompetencia para entender en el proceso, en razón del territorio, con fundamento en las previsiones del art. 36 de la ley 24.240, pues recientemente esta Sala, en un caso similar, sostuvo que "(...) el juez de grado se ha declarado incompetente para intervenir en este proceso invocando la norma del art. 36 de la Ley



24.240, la que, en su último párrafo, determina que en los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario. [...] No cualquier operación de otorgamiento de crédito se encuentra alcanzada por la Ley 24.240, sino aquella que tiene como finalidad el consumo, una relación de consumo. [...] Tampoco se advierte que la ejecutante haya reconocido que se trata de un crédito para consumo, solamente señala que se trata de una operación de crédito, realizada en la ciudad de Neuquén.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FINANPRO S.R.L. C/ LAMADRID ADRIAN ESTEBAN S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 523496/2014), 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 Secretaría actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 16 la parte actora apela la resolución de fs. 13/14, mediante la cual el magistrado de primera instancia declara de oficio su incompetencia para entender en el proceso, en razón del territorio, con fundamento en las previsiones del art. 36 de la ley 24.240.

En sus agravios de fs. 18/22 vta., manifiesta que el título ejecutivo base de la presente acción no está regido por la norma citada, y si bien es de orden público, no implica prescindir de la aplicación del Decreto 5965/63.

Dice que no resulta menor el hecho de que el demandado haya contraído su obligación y se obligó a realizar el pago en esta ciudad, no existiendo cláusula de prórroga de jurisdicción.

Sigue diciendo que la relación jurídica que vincula a las partes no tiene sustento en la Ley 24240, dado que de los propios hechos introducidos en la demandada no surge manifiesta la existencia de una relación de consumo.

Señala, mediante citas, que el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación es que en litigios de contenido patrimonial es improcedente la declaración de incompetencia decretada de oficio.

Finalmente, alude a que el juez de primera instancia fundamenta su criterio en lo sustentado en autos "HSBC c/ Sánchez s/ Cobro Ejecutivo" (expte. n° 504369/2013), en forma incorrecta, dado que el supuesto de esa causa no guarda similitud con el caso de autos.

A fs. 25/vta. obra el dictamen del Fiscal de Alzada.

II.- Ingresando al análisis del recurso, recientemente esta Sala, en un caso similar, sostuvo que "(...) el juez de grado se ha declarado incompetente para intervenir en este proceso invocando la norma del art. 36 de la Ley 24.240, la que, en su último párrafo, determina que en los casos en que las acciones sean iniciadas por el proveedor o prestador, será competente el tribunal correspondiente al domicilio real del consumidor, siendo nulo cualquier pacto en contrario.

"La norma en cuestión se ubica dentro del Capítulo VIII de la Ley de Defensa del Consumidor, referido a las operaciones "de venta de crédito".

"Tal como lo ha puesto de manifiesto Ricardo Luis Lorenzetti, la técnica utilizada por la ley es equivocada ya que no se trata de vender créditos, sino de su otorgamiento para la adquisición de bienes o servicios (cfr. aut. cit.,

"Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2009, pág. 455).

"Entendemos que aquí radica el error de la decisión del juez de grado. No cualquier operación de otorgamiento de crédito se encuentra alcanzada por la Ley 24.240, sino aquella que tiene como finalidad el consumo, una relación de consumo.

"Edgardo Ignacio Saux –con cita de Jorge Mosset Iturraspe y Javier Waintrub- define al crédito para el consumo como



aquél que una persona física o jurídica en el ejercicio de su actividad u oficio, concede o se compromete a conceder a un consumidor bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier otro medio equivalente de financiación, para satisfacer necesidades personales al margen de su actividad empresarial o profesional, destacando que usualmente la operación de crédito al consumo quedará configurada, sin perjuicio de la técnica empleada para la financiación, siempre que los bienes o servicios contratados estén destinados a satisfacer necesidades personales o familiares del consumidor (cfr. aut. cit., "Tutela del consumidor en las operaciones de venta a crédito", Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2009-I, pág. 157).

"En la resolución de grado se ha razonado que la situación de autos se trata de la ejecución de un crédito otorgado para consumo, pero no se advierte que ello pueda derivarse del documento obrante a fs. 5, dado que se trata de un pagaré en el cual no se indica en ninguna parte del documento cuál es la finalidad del crédito otorgado.

"Tampoco se advierte que la ejecutante haya reconocido que se trata de un crédito para consumo, solamente señala que se trata de una operación de crédito, realizada en la ciudad de Neuquén.

"Por eso, consideramos que la resolución apelada es prematura, ya que no se cuenta con elementos en autos como para determinar que el pagaré que se ejecuta se corresponde con una operación de crédito para el consumo.

"Finalmente, debemos recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha expedido respecto de la improcedencia de la declaración oficiosa de incompetencia en razón del territorio cuando el objeto del juicio es de índole exclusivamente patrimonial, como lo es la ejecución de un pagaré (autos

"Compañía Financiera Argentina S.A. c/ Toledo", 24/8/2010, JA 2011-II, pág. 51).

"En definitiva y por lo hasta aquí expuesto, concluimos que la decisión apelada debe ser revocada por prematura e infundada, ya que no surge de los elementos incorporados a la causa que nos encontremos ante una operación de crédito para el consumo, y darse curso a la ejecución planteada por la parte actora." (conf. autos "INVERSORA PATAGONIA S.A. C/ TORRES LUIS ALEJANDRO S/COBRO EJECUTIVO", expte. n° 523062/2014, de fecha 17/3/2015).

Por tales razones, a las que nos remitimos en función de los principios de celeridad y economía procesal, es que se hará lugar al recurso de apelación, revocándose la decisión cuestionada, y disponiéndose que en la instancia de grado se provea la ejecución.

Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 13/14 por los motivos desarrollados en los considerandos, debiendo en la instancia de grado darse curso a la ejecución planteada por la parte actora.

II.- Sin costas en la 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](#)

"TORRES CRISTIAN ANDRES C/ GALENO 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.: 433032/2010) – Interlocutoria: 71/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.



HONORARIOS DEL ABOGADO. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. RETENCION DE HONORARIOS.

Cabe revocar el auto en cuanto no se hace lugar al pedido de retención de los honorarios regulados en esta instancia y que se encuentran a cargo del actor, por contar éste con la franquicia de pobreza, toda vez que lo cierto es que la obligación de pago a cargo del accionante se originó antes de requerir la carta de pobreza.

Por ello, y de sostenerse la decisión del juzgado, se estaría autorizando la franquicia hacia el pasado, otorgándosele efectos retroactivos que la ley no contempla. De este modo, la solicitud de inmovilizar los fondos que tenga a percibir el trabajador resulta procedente como medio para garantizar el cobro de sus honorarios, lo que resulta razonable, dado que no entorpece el desarrollo del juicio ni el cobro de las acreencias de aquel.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TORRES CRISTIAN ANDRES C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (Expte. N° 433032/2010), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Marcelo J. MEDORI, por encontrarse apartado de la causa el Federico GIGENA BASOMBRIIO, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- El apoderado de la parte demandada, por derecho propio, apela la providencia de fs. 356 en cuanto no se hace lugar a su pedido de retención de los honorarios regulados en esta instancia y que se encuentran a cargo del actor, por contar éste con la franquicia de pobreza.

Señala que el expediente mediante el que tramitó el beneficio de litigar sin gastos que le fue concedido al Sr. Torres ingresó a la Receptoría General de Expedientes con fecha 13/5/2014, es decir, después del dictado de la sentencia de Cámara, por lo cual, no resulta oponible a su crédito.

Corrido el traslado de rito, el accionante lo contesta a fs. 366.

II.- Esta Cámara se ha expedido, reiteradamente, en cuanto a que la concesión del beneficio de litigar sin gastos causa sus efectos a partir del momento en que fue peticionado, no incluyendo los gastos o costas que se hubieren devengado con anterioridad a tal oportunidad.

Así, "La eventual concesión del beneficio de litigar sin gastos no importa expedirse sobre sus efectos respecto de los actos producidos con anterioridad a su promoción, lo cual deberá ser motivo de análisis en el caso concreto (CNCiv., Sala B, 21/3/94, "Abregú Pedro A.c/Compañía Gral de Fósforos Sudamericana S.A.", L.L. 1995-E-571, jur.agrup., caso 10.645 citado por Rodríguez Saiach en "El Beneficio de litigar sin gastos" (p.190). Respecto de las actuaciones pasadas rige el principio de preclusión devengado con anterioridad a la petición del beneficio, ya que las derivaciones provisionales atendibles devienen procedentes a partir de tal solicitud (fallo citado por el autor mencionado -pag.191-, publicado en ED, 161-262) (PI-2002-I-66/67 de Sala II, y en igual sentido PI-2001-III-543/544 de Sala I y PI-2008-II-340/341 de la Sala III).

Del registro informático, y consultado el expediente "Torres Cristian Andrés s/Beneficio de litigar sin gastos" (exp. n° 502999/14), observamos que la fecha del ingreso data del 4/9/2014, difiriendo el momento indicado por el apelante - 13/5/2014- y que los honorarios cuya retención solicita el profesional fueron regulados por en fecha 11/4/2014 (v. fs. 280/284).

Sin perjuicio de la diferencia en las fechas apuntadas, lo cierto es que la obligación de pago a cargo del accionante se originó antes de requerir la carta de pobreza.



Por ello, y de sostenerse la decisión del juzgado, se estaría autorizando la franquicia hacia el pasado, otorgándosele efectos retroactivos que la ley no contempla.

De este modo, entendemos que la solicitud de inmovilizar los fondos que tenga a percibir el trabajador resulta procedente como medio para garantizar el cobro de sus honorarios, lo que resulta razonable, dado que no entorpece el desarrollo del juicio ni el cobro de las acreencias de aquel.

III.- Consecuentemente, se hará lugar al recurso planteado por el Dr. ..., revocándose el auto de fs. 356, en lo pertinente, y haciéndose lugar a la retención peticionada por honorarios de Alzada.

Las costas de Alzada, atento la naturaleza de la cuestión y habiendo mediado un error del Juzgado, se distribuirán en el orden causado.

Por ello, esta Sala II,

RESUELVE:

I.- Revocar el auto de fs. 356, en lo pertinente, y dispóngase la retención peticionada por el profesional por honorarios de Alzada.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Marcelo J. Medori

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"G. B. L. E. S/ GUARDA PREADOPTIVA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 53194/2012) – Interlocutoria: 72/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO DE FAMILIA: Adopción.

ADOPCION. GUARDA DE MENORES. ESTADO DE ADOPTABILIDAD. FAMILIA GUARDADORA. PADRES BIOLÓGICOS. DERECHOS DEL NIÑO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. REGISTRO DE ADOPTANTES.

1.- Corresponde revocar el decisorio apelado y rechazar el pedido de declaración del estado de adoptabilidad del niño, pues tal declaración debe ser considerada como última ratio ante la situación de abandono del niño, niña o adolescente, cuando ésta no puede ser revertida por otras vías. En tanto que en el sub lite se ha podido lograr la protección y resguardo del niño en el ámbito de su familia extensa, no apareciendo como necesario acudir a la vía de la adopción, que importa la modificación del emplazamiento familiar del menor; modificación que, de acuerdo con los informes psicológicos, no se erige en claramente conveniente al interés del menor.

2.- No corresponde declarar la situación de adoptabilidad del menor de autos, sino continuar con su inserción en su familia extensa –la guardadora es su tía paterna-, con la posibilidad de discernir la tutela de ésta respecto del menor en los términos del art.



104 del Código Civil y Comercial; u otorgar las facultades del tutor a la guardadora conforme lo autoriza la norma legal citada, toda vez que la guardadora no se encuentra inscripta en el Registro Único de Adopciones, siendo un recaudo legal el que el pretense adoptante debe estar inscripto en el registro de adoptantes; recaudo que es requerido no sólo por la norma que la a quo ha declarado inconstitucional, sino también por el art. 600 inc. b), y por el art. 611 en cuanto determina que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

3.- El interés superior del niño es siempre la guía a seguir. Este ha de prevalecer por sobre la conveniencia, intereses, y quereres de las personas mayores de edad. Bajo estos lineamientos, ninguna duda se tiene respecto a que el niño no puede reanudar la convivencia con sus progenitores, en tanto éstos no se encuentran capacitados para asumir las obligaciones y deberes derivados de la responsabilidad parental frente a su hijo; y no menos importante, en torno al menor, se ha consolidado una situación, avalada por la guarda oportunamente otorgada a su tía paterna, de inserción en la familia de la guardadora que lleva proximadamente 9 años. En otras palabras, en sus 10 años de vida, el niño no conoce, o no tiene recuerdos, de otra familia que no sea la de su tía paterna. A tal punto ello es así que llama mamá a su tía y papá a la pareja de ésta, claro que sin desconocer la existencia de los padres biológicos. Desde el punto de vista del interés superior del niño no resulta posible alejarlo de la familia de la guardadora, en atención al daño que ello provocará en la persona menor de edad. Además, el niño se encuentra adecuadamente cuidado y contenido en su actual entorno, siendo su voluntad –manifestada ante la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente- permanecer con su tía paterna y guardadora.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "G. B. L. E. S/ GUARDA PREADOPTIVA", (Expte. N° 53194/2012), 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.- Los progenitores y la guardadora del menor de autos interponen recurso de apelación contra la resolución de fs. 276/281 vta. que declara en estado de adoptabilidad al niño L. E., determinando la inconstitucionalidad del art. 609 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, concede la guarda preadoptiva a la guardadora, y ordena garantizar un contacto sistemático y exclusivo entre el niño, sus padres y familia ampliada, imponiendo las costas en el orden causado.

a) La guardadora se agravia por la orden de garantizar el contacto del niño con sus padres y familia extensa.

Dice que los encuentros de L. con sus padres han sido llevados a cabo en el expediente donde tramitan las visitas, por lo que, a su criterio, el contacto que se intenta privilegiar y garantizar debe ser considerado en esas actuaciones, toda



vez que en dicho expediente existen informes de los encuentros producidos, y dictámenes de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

Sigue diciendo que el Gabinete Interdisciplinario y la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente han sostenido que las visitas, por el momento, no son aconsejables.

Considera que la obligación impuesta en la sentencia recurrida importa un grave riesgo, porque, en primer lugar, permite que un mismo objeto sea debatido en dos expedientes, con el riesgo de generar resoluciones contradictorias, en atención a que mantienen estados procesales diferentes.

Luego, porque L. sabe quienes son sus padres, los ha visto en casa de la apelante, en lugares públicos fijados con antelación para el cumplimiento de las visitas y en el juzgado, y en todas las ocasiones, los encuentros han generado confusión, temor, tensión y preocupación.

Manifiesta que en el trámite sobre visitas se acreditó que L. concurre a un espacio terapéutico, por sugerencia del Gabinete Interdisciplinario, como también lo hace la guardadora.

b) Los progenitores se agravan por entender que el resolutorio de grado vulnera el derecho a la identidad de L., su derecho a permanecer con su familia de origen, su derecho a la vida familiar, a ser tratado como sujeto de derecho.

Dice que la a quo minimiza la actitud adoptada por los progenitores, que desde fecha posterior a la entrega de L. a su tía paterna intentaron por todos los medios a su alcance reintegrarlo al hogar, como su oposición al pedido de guarda preadoptiva.

Cuestionan la afirmación de la jueza de grado referida a que se acreditó el paso del tiempo sin que los padres biológicos pudieran concretar la reasunción de sus roles paterno y materno, preguntándose si en vista de las constancias de las actuaciones labradas en derredor del niño, no colige que los padres vieron vedada la posibilidad de asumir tales roles y vincularse con su hijo.

Siguen diciendo que se encuentra acreditado por prueba testimonial que la guardadora aisló a L. de sus hermanas, de sus tías, de sus abuelos, cortando todos los vínculos no sólo con sus padres, sino también con la familia extensa.

Agrega que no solamente no podían ver al niño en persona, sino que llegó al extremo de no permitir ni siquiera las comunicaciones telefónicas.

Afirman que la guardadora le creó a L. su propia familia, integrada por su pareja y sus hijos.

Se agravan porque la a quo no consideró lo sugerido por la Lic. Silvana B. García, psicóloga integrante del Gabinete Interdisciplinario, en fecha 8 de agosto de 2014, la que resalta el nivel de angustia y malestar puesto de manifiesto por el niño, sin poder dar cuenta de su causa. Señala que la profesional referida indica que L. se encuentra viviendo la lealtad hacia su tía, y que entiende que cualquier acción contraria al deseo de aquella pondría en riesgo su amor.

Ponen de manifiesto que se probó con certificados médicos que ambos padres se encontraban en condiciones de ejercer la responsabilidad parental, sumado a la acreditación de una vivienda y de trabajo para sostener a su hijo.

Destacan que siempre quisieron colaborar con la manutención de L. y la guardadora nunca quiso recibir colaboración.

Sostienen que la a quo afirma que no se encuentran en condiciones de salud para ejercer en forma responsable y adecuada el rol parental, pero no indica de que informes surge esta conclusión.

Crítica que la sentencia recurrida no contemple el empoderamiento de la guardadora respecto de la persona de L., impidiendo que éste desarrolle la relación con sus padres.

Formula queja por cuanto la jueza de grado aborda la situación desde la óptica del art. 607 y subsiguientes del Código Civil y Comercial, cuando éste no es de aplicación para la particularidad de este caso, porque las condiciones de base distan radicalmente de lo contemplado en esa normativa.

Advierte que la opinión de L., expresada en el ámbito jurisdiccional, es el resultado de lo que aprendió con su guardadora.

Hace reserva del caso federal.

c) La guardadora contesta el traslado de la expresión de agravios de los progenitores a fs. 286/299; en tanto que los progenitores guardan silencio respecto de los agravios de la primera.

d) A fs. 306 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, el que propicia la confirmación



de la sentencia recurrida.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y luego de un detenido análisis de las constancias de la causa y de las constancias de los expedientes nros. 56.648/2012 y 36.939/2008 –remitidos por la instancia de grado-, adelanto opinión respecto a que la resolución recurrida ha de ser revocada.

En el abordaje de la problemática de niños, niñas y adolescentes no resulta ocioso recordar que se ha producido un cambio de paradigma, que coloca a las personas menores de edad en el eje del sistema, como sujetos de derecho. Es clara la Ley 2.302 que, al igual que su par nacional n° 26.061, genera un sistema de protección integral de derechos. El art. 1° de la Ley 2.302 reza:

“La presente Ley tiene por objeto la protección integral del niño y del adolescente como sujeto de los derechos reconocidos en ésta...”.

En este marco conceptual el interés superior del niño es siempre la guía a seguir. Este ha de prevalecer por sobre la conveniencia, intereses, y querer de las personas mayores de edad.

Bajo estos lineamientos, ninguna duda tengo respecto a que L. no puede reanudar la convivencia con sus progenitores, en tanto éstos no se encuentran capacitados para asumir las obligaciones y deberes derivados de la responsabilidad parental frente a su hijo.

Más allá de sus buenas intenciones, lo cierto es que el padre presenta adicción al alcohol, la que, conforme la historia clínica remitida por el Hospital Castro Rendón, se inició alrededor de sus 16 años, en tanto cuenta actualmente con 46 años de edad, sin que haya podido sostener los tratamientos iniciados, ni mantener la abstinencia. Más aún, conforme da cuenta el informe de fs. 139/140, el recuerdo que tiene L. de los encuentros con su padre es que éste estaba tomando cerveza.

Si bien en el trámite sobre régimen de visitas existen constancias del médico tratante de la localidad de General Acha que da cuenta de una evolución favorable del tratamiento del progenitor (fs. 106 del expediente referido), se produce después un incidente derivado del estado de ebriedad del padre (fs. 109 del trámite sobre régimen de visitas), quien posteriormente manifiesta ante la psicóloga del Equipo Interdisciplinario que no se encuentra en tratamiento específico, pero que cuenta con seguimiento del psiquiatra que lo asistía anteriormente (fs. 144 vta. del expte. 36.939/2008).

Por su parte la progenitora presenta un diagnóstico de debilidad mental de leve a moderada, con episodios psicóticos de excitación psicomotriz, debiendo estar medicada (fs. 134/vta.). Si bien su salud no la inhabilita totalmente para asumir el rol de madre de L., en atención a lo que surge de la historia clínica remitida por el Hospital de la ciudad de Centenario, necesita de la colaboración de otra persona para hacerse cargo de la crianza de su hijo; colaboración que indudablemente no le puede brindar su marido.

Luego, y no menos importante, en torno a L. se ha consolidado una situación, avalada por la guarda oportunamente otorgada a su tía paterna, de inserción en la familia de la guardadora que lleva aproximadamente 9 años. En otras palabras, en sus 10 años de vida, el niño no conoce, o no tiene recuerdos, de otra familia que no sea la de su tía paterna. A tal punto ello es así que llama mamá a su tía y papá a la pareja de ésta, claro que sin desconocer la existencia de los padres biológicos.

Desde el punto de vista del interés superior del niño no resulta posible alejarlo de la familia de la guardadora, en atención al daño que ello provocará en la persona menor de edad. Además, el niño se encuentra adecuadamente cuidado y contenido en su actual entorno, siendo su voluntad –manifestada ante la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente- permanecer con su tía paterna y guardadora.

Asimismo, se advierte una notoria dificultad del niño para comunicarse con sus padres biológicos, manifestada en los encuentros tenidos en la sede del Gabinete Interdisciplinario, cuyas causas son complejas, aunque no irresolubles.

No dejo de advertir que alguna influencia negativa respecto del vínculo con sus padres biológicos puede tener la guardadora sobre L.. La misma tía paterna reconoce haber espaciado los contactos con sus hermanas como consecuencia que éstas no aprueban su conducta respecto del sobrino, de lo que surge una divergencia familiar en torno al tema, pero ello no alcanza para desconocer que la guardadora ha asumido integral y correctamente la



crianza del niño.

Por ello es necesario que el niño permanezca con su tía paterna –actual guardadora- y con su familia.

III.- El problema que encuentro es la institución bajo la cual se quiere preservar la permanencia de L. con la familia de su guardadora. Entiendo que no es la adopción del menor la institución correcta y adecuada en este caso.

En efecto, no encuentro que el padre y la madre biológicos hayan abandonado a su hijo, sin perjuicio de las circunstancias que han impedido que asumieran personalmente su crianza.

No paso por alto que el progenitor ha acreditado que cuenta con trabajo estable y que se le ha adjudicado una vivienda, pero nada ha demostrado respecto de la superación de su enfermedad, que es el real impedimento para que asuma los cuidados personales de su hijo.

Con respecto a la madre, ella llega a la imposibilidad de criar a su hijo como consecuencia de la falta de colaboración y acompañamiento por parte de su familia.

De ello se sigue que quizás de haberse acompañado a la madre con el tratamiento adecuado, ya sea por parte de su familia de sangre, o por su familia política (conforme se comprometió), ésta hubiera podido asumir la crianza de su hijo.

De todos modos, ambos padres han demostrado interés en comunicarse con su hijo y mantener una adecuada vinculación con él.

Por su parte, el informe psicológico de fs. 226/229 da cuenta de la inconveniencia del trámite de adopción. Destaco de dicho informe lo siguiente:

"...L. es una sola persona, y subjetivamente, no puede dejar de mencionarse el impacto que recibe de estar por un lado tramitándose una adopción, con todo lo que ello implica para un sujeto; y por otro lado, se encuentra en proceso de revinculación con sus progenitores y de algún modo en vistas a recomponer sus lazos familiares cercanos y, finalmente su historia e identidad. El Sr. G. y su esposa, la Sra. B., con mayores o menores dificultades siempre han estado presentes en la vida de su hijo, como así también sus hermanas B., A., otros tíos y abuelos, a la fecha, todos de algún modo apartados de su vida. No caben dudas de que el niño se encuentra cuidado, ha sido protegido y criado con todo lo que requiere, tanto en lo material como en lo emocional con su tía paterna, el punto está en que resulta difícil dimensionar a que costo esto sucede. Es decir, la angustia que el niño evidencia, y el abandono que intenta producirse de sus vínculos no resulta un dato menor para su subjetividad".

En tanto que el informe que obra a fs. 175/176 vta. del expte. n° 36.939/2008, de fecha 29 de mayo de 2015 –último que se realiza respecto de las entrevistas de revinculación-, señala que "...se pondera la evolución de los encuentros de manera desfavorable. Lo descrito se fundamenta en la posición rígida sostenida por L. a lo largo de estos meses de encuentros, en los cuales, se puso de manifiesto claramente la dificultad que sostiene el niño para apartarse del deseo de su tía paterna, quién a todas luces, condiciona el posicionamiento señalado de su sobrino.

"Tal como se mencionara en anteriores informes, la Sra. G. ha podido brindar en términos de cuidados y protección todo lo necesario para que el niño logre estabilidad emocional y una buena calidad de vida, de ello, se podría decir, no hay dudas.

"Empero, a que costo pudo ser sostenido este cuidado, costo que a la fecha se advierte en L., quién cada vez se encuentra más aislado, alejado, y apartado no sólo de sus padres, sino del resto de su familia paterna.

"El mundo empieza y termina para Lucas, en su tía. En segunda medida, en la pareja de ésta, y en los hijos de Z., o sea, sus primos. Ni siquiera sus verdaderas hermanas fueron preservadas en su lugar como tal".

Entiendo que estas consideraciones son las que han llevado a la a quo a disponer que se garantice la efectiva comunicación de L. con sus padres biológicos y con el resto de su familia extensa, obligación que la guardadora cuestiona.

El Código Civil y Comercial determina en su art. 607 que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda o tutela, y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

Marisa Herrera explica que la situación judicial de adoptabilidad es el proceso que, a modo de puente, permite correr el eje de intervención centrado en la familia de origen o ampliada por imperativo del derecho a que el niño



permanecerá con ellos, a la familia adoptiva (cfr. aut. cit., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. IV, pág. 85).

Consecuentemente, la declaración en estado de adoptabilidad debe ser considerada como última ratio ante la situación de abandono del niño, niña o adolescente, cuando ésta no puede ser revertida por otras vías. En tanto que en el sub lite se ha podido lograr la protección y resguardo del niño en el ámbito de su familia extensa, no apareciendo como necesario acudir a la vía de la adopción, que importa la modificación del emplazamiento familiar del menor; modificación que, de acuerdo con los informes psicológicos ya referidos, no se erige en claramente conveniente al interés de Lucas.

En estos términos, entiendo que no corresponde declarar la situación de adoptabilidad de Lucas, sino continuar con su inserción en su familia extensa –la guardadora es su tía paterna–, con la posibilidad de discernir la tutela de ésta respecto del menor en los términos del art. 104 del Código Civil y Comercial; u otorgar las facultades del tutor a la guardadora conforme lo autoriza la norma legal citada.

Este status jurídico resulta, en mi opinión, más beneficioso para el interés de L. que el emplazamiento en una nueva situación, cuál es la de hijo de la pretensa adoptante. De este modo se garantizan con mayor efectividad los derechos del niño a la preservación de su realidad biológica, y a desarrollarse dentro de su familia de origen (la que incluye el concepto de familia extensa), y a mantener sólidos lazos con ella, sin mengua de la protección y amparo de los derechos e intereses del menor.

Finalmente, no paso por alto que la guardadora no se encuentra inscripta en el Registro Único de Adopciones, siendo un recaudo legal el que el pretense adoptante debe estar inscripto en el registro de adoptantes; recaudo que es requerido no sólo por la norma que la a quo ha declarado inconstitucional, sino también por el art. 600 inc. b), y por el art. 611 en cuanto determina que ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

Si bien podría darse un caso extremo en que los vínculos afectivos determinen la inconstitucionalidad de este requisito por ser contrario al interés superior del niño o niña comprometido, no se da aquella gravedad en el sub lite desde el momento que el interés superior de L. encuentra resguardo en otros institutos legales, sin que ello requiera del apartamiento de la norma legal vigente.

Por lo dicho, entiendo que corresponde revocar el decisorio apelado y rechazar el pedido de declaración del estado de adoptabilidad del niño L. E. G. B., debiendo en la instancia de grado evaluarse la conveniencia del encuadramiento de la situación de autos en los supuestos previstos en el art. 104 del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme lo requiere la norma del art. 657 del mismo código.

Sin perjuicio de la decisión que se adopte en la instancia de grado, entiendo que resulta impostergable que L. reciba tratamiento psicológico, con el objeto de superar la angustia y desasosiego que le provoca su vinculación con los padres biológicos, y que, en un lapso, de ser posible breve, se reinicien los encuentros entre éstos y su hijo.

IV.- Lo dicho en los párrafos anteriores torna abstracto el tratamiento del recurso de apelación de la guardadora.

V.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de los padres biológicos y declarar abstracto el tratamiento de la queja de la guardadora; revocar el resolutorio apelado, rechazando el pedido de determinación del estado de adoptabilidad del niño L. E. G. B., debiendo en la instancia de grado evaluarse la conveniencia de encuadrar la situación de autos en los supuestos previstos en el art. 104 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el modo en que se ha resuelto la apelación, se imponen en el orden causado (art. 69, 2do. párrafo, CPCyC), manteniendo las regulaciones de honorarios fijadas para la primera instancia por la jueza de grado, y determinando los correspondientes a la actuación ante la Alzada en las sumas de \$ 2.700,00 para la Dra. ... y \$ 2.275,00 para la Dra. ..., conforme lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II



RESUELVE:

I.- Revocar la resolución de fs. 276/281 vta., rechazando el pedido de determinación del estado de adoptabilidad del niño L. E. G. B., debiendo en la instancia de grado evaluarse la conveniencia de encuadrar la situación de autos en los supuestos previstos en el art. 104 del Código Civil y Comercial de la Nación.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias, teniendo en cuenta el modo en que se ha resuelto la apelación, en el orden causado (art. 69, 2do. párrafo, CPCyC).

III.- Confirmar las regulaciones de honorarios fijadas para la primera instancia por la jueza de grado, y determinar los correspondientes a la actuación ante la Alzada en las sumas de \$ 2.700,00 para la Dra. ... y \$ 2.275,00 para la Dra. ... (art. 15, Ley 1.594).

IV.- 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](#)

"PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ INCIDENTE DE APELACIÓN" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II – (Expte.: 1667/2015) – Interlocutoria: 480/15 – Fecha: 22/10/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

SUSPENSION DE LA PRESTACION LABORAL. REPRESENTANTE GREMIAL. CONDUCTAS AGRESIVAS.

Cabe confirmar la resolución que dispone la suspensión de la prestación laboral de la demandada hasta tanto recaiga sentencia definitiva, pues la conducta agresiva por parte del accionado y analizada la misma dentro del marco de una medida cautelar, se encuentran plenamente acreditadas en base a la documental adjuntada por la actora y que da cuenta de las agresiones sufridas por el personal que se desempeña en el local.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PATAGONIA SWEET S.R.L. C/ PANGUILEF LUIS DANIEL S/ INCIDENTE DE APELACIÓN", (Expte. INC N° 1667/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La resolución de fs. 23 dispone la suspensión de la prestación laboral de la demandada hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

Ante ello, la accionada interpone revocatoria con apelación en subsidio a fs. 44/45, e indica que no se aclara si la suspensión es con o sin goce de haberes, y que no se encuentran acreditados los requisitos del derecho ni el peligro en la demora, señalando que los ex compañeros de trabajo a los que supuestamente habría perjudicado ya no trabajan



en el establecimiento o lo hacen en otra sucursal.

El juzgado aclara que la medida cautelar no afecta el cobro de los haberes, y en base a ello, desestima el recurso de revocatoria y requiere que la parte manifieste si mantiene la apelación.

La demandada mantiene el recurso, el que no es respondido.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, considero que los agravios vertidos no resultan suficientes como para revertir el dictado de la medida cautelar.

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 N° 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".

Tal como resulta de los términos en que se solicitó la medida cautelar, se funda en las actitudes violentas del demandado en relación a personas que se desempeñan en la heladería, comprendiendo tanto violencia verbal como física, amenazas e insultos, debiéndose tener especialmente en cuenta que se trata de violencia contra mujeres.

Pues bien, dicha conducta agresiva por parte del accionado y analizada la misma dentro del marco de una medida cautelar, entiendo que se encuentran plenamente acreditadas en base a la documental adjuntada por la actora y que da cuenta de las agresiones sufridas por el personal que se desempeña en el local.

El hecho que según manifiesta el apelante en la actualidad dos de ellas no trabajan más para la actora y la otra se desempeña en otra sucursal en nada modifica la situación, toda vez que lo que se le cuestiona es la conducta agresiva para el personal y dicha conducta, siempre en el marco de la medida cautelar, la que se encuentra demostrada.



Máxime que dos de las personas que sufrieron conductas inapropiadas son mujeres y se ha invocado expresamente lo dispuesto por la ley 24.865.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la resolución apelada con costas a la parte demandada.

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. 23, con costas a la parte demandada.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. Patricia CLERICI

Dra. Micaela ROSALES - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 60388/2013) – Interlocutoria: 493/15 – Fecha: 27/10/2015

DERECHO DE FAMILIA: Filiación.

ACCION DE IMPUGNACION DE PATERNIDAD DEL MARIDO. CADUCIDAD. PLAZO. COMPUTO. PRUEBA BIOLOGICA. INCONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.

Si el padre legal ha constatado a través de prueba concluyente (sin perjuicio que el estudio se repita en sede judicial a efectos de posibilitar el control de la contraria) la inexistencia de vínculo biológico con el hijo cuya paternidad se le atribuye, el inicio del plazo de caducidad debe comenzar a partir del conocimiento de dicho resultado. [...] Consecuentemente, ha de confirmarse la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 259 del Código Civil, pero no en cuanto fija el plazo de caducidad de la acción concedida al marido, sino en cuanto determina que el cómputo de dicho plazo comienza en oportunidad de la inscripción del nacimiento o del conocimiento del parto; trasladando este comienzo, en el caso de autos, a la fecha de la toma de conocimiento del resultado del examen privado de ADN.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Octubre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "D. A. A. C/ A. J. M. S/ IMPUGNACION DE RECONOCIMIENTO", (Expte. EXP N° 60388/2013), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIÓ y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaría actuante, Micaela ROSALES y, puestos los



autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La codemandada –progenitora del joven involucrado en autos- interpone recurso de apelación contra la resolución interlocutoria de fs. 62/65, que declara la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, en cuanto impide el ejercicio de la acción de impugnación de paternidad matrimonial al actor, y rechaza, en consecuencia, el planteo de caducidad de la acción, declarando admisible la acción interpuesta por el actor, e imponiendo las costas en el orden causado.

a) La recurrente realiza un resumen de lo actuado en la causa y se agravia por entender que la resolución adoptada por la sentenciante de grado obedece a una convicción íntima, que no se corresponde con los antecedentes de autos, por lo que el decisorio es arbitrario.

Dice que la a quo, en momento alguno expresa las razones particulares y concretas por las cuales ha declarado la inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil. Destaca que la jurisprudencia y doctrina que cita no se relaciona puntualmente con el caso planteado.

Sigue diciendo que la resolución recurrida afirma que el plazo de caducidad lo es al interés familiar y la seguridad jurídica, puesto que de no contar con un plazo de caducidad todos los estados de familia serían inciertos e imprevisibles, y que esta afirmación no tiene asidero legal, atento a que el hijo se encuentra legitimado para realizar la petición en todo momento de su vida.

Señala que el fallo de primera instancia cita un antecedente de la Sala I de la Cámara de Apelaciones (voto de Dr. Lorenzo García), sosteniendo que en él se declaró la inconstitucionalidad del plazo establecido en el art. 259 del Código Civil, siendo erróneo tal aserto, ya que en esa sentencia se declaró la nulidad de todo lo actuado en razón de la contradicción incurrida en la sentencia apelada. Agrega que el Dr. García, en su voto, cita la opinión de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quién se pronuncia a favor de la declaración de inconstitucionalidad del art. 259 del Código Civil, pero acotando que el solo cumplimiento del plazo no es suficiente para la invalidación del artículo referido.

Pone de manifiesto que a fs. 21 vta., la tutora ad litem del menor manifestó que, según dichos de él, quiere seguir manteniendo el apellido D., que no le interesa como progresa el expediente y que quiere a los dos padres.

Considera que la jueza de grado debió hacer un análisis exhaustivo y estricto sobre la cuestión para poder declarar la inconstitucionalidad de la ley. Sostiene que el progenitor tuvo la oportunidad de ejercer su derecho desde mucho tiempo antes, haciéndolo valer en forma extemporánea.

Cita jurisprudencia.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios en forma extemporánea (fs. 75).

c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite opinión a fs. 84, considerando que debe confirmarse la resolución apelada.

d) A fs. 85/vta. se expide el Fiscal de Alzada, a favor de la inconstitucionalidad declarada.

e) La tutora ad litem del joven involucrado en autos guarda silencio, no obstante la notificación cursada.

II.- La resolución de la a quo declara inconstitucional el art. 259 del Código Civil, en cuanto impide el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial al actor, tornándola admisible.

El art. 259 del Código Civil dispone, en lo que aquí interesa, que la acción de impugnación de la paternidad del marido caduca, para éste, si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo.

El plazo de caducidad que dicha norma impone a la acción del marido ha sido defendido y criticado por doctrina y jurisprudencia. Así como existen numerosos fallos que han declarado la inconstitucionalidad de este plazo de caducidad, otros han entendido que resistía el test de constitucionalidad.

Entre estos últimos, puede citarse a la Cámara 1ª Civil y Comercial de Bahía Blanca (Sala II, "K., A.F. c/ C., S.E.", 3/4/2012, LL on line AR/JUR/20670/2012), para quién si bien el plazo de caducidad previsto por el art. 259 del Código Civil puede considerarse inconveniente u opinable, no vulnera derecho o garantía constitucionales alguno, "y por lo tanto es fruto legítimo del ejercicio del poder constituido", en tanto el derecho a la verdad biológica no se encuentra cercenado sino, en todo caso, reglamentado.



En igual sentido se ha expedido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, con voto del Dr. Eduardo Zannoni (Sala F, "L., F. c/ O., P.", 17/3/2010, JA 2010-IVa, pág. 77). Se sostuvo en dicho fallo: "...dicho plazo responde a una secular directiva que tiende a la seguridad jurídica a través de la consolidación del estado de familia. Es cierto que el plazo de caducidad transcurre aún antes de que el marido acceda, por hipótesis, al conocimiento de la verdad biológica, pero no por ello puede sostenerse que sea inconstitucional. Todas las legislaciones contemporáneas establecen de un modo u otro un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción por el marido, y justo es señalarlo, el que establece nuestro Código Civil, a partir de la ley 23.264, es de los más extensos que muestra el derecho comparado... No paso por alto las disposiciones tuitivas que consagra la Convención de los Derechos del Niño. Pero creo que sus enunciados deben confrontarse con el derecho interno y no sustituir irreflexivamente las normas del derecho privado incurriendo en una descontextualizada sumisión axiomática a disposiciones como la de los arts. 7.1, 8.1 y 9.1 de dicha Convención... Nadie puede poner en discusión, entonces, que debe respetarse el derecho del niño a preservar su identidad y las relaciones de familia como lo señala el art. 8.1 de la Convención. Pero la misma norma añade que la preservación de la identidad y de las relaciones debe serlo de conformidad con la ley. Es decir, la directiva básica es proteger a los niños de toda injerencia que pudiese tener como finalidad sustraerlos ilegítimamente de la familia o de cualquier otro modo sustituir su identidad filiatoria. Las disposiciones de la Convención no obstan a que la ley privilegie, según las circunstancias, una identidad filiatoria consolidada que puede ser, incluso, no coincidente con una verdad biológica considerada apriorísticamente como puede suceder en los casos de fecundación asistida heteróloga. O que, en algunos casos, favorezca vínculos tendientes al fortalecimiento de una identidad filiatoria que suple carencias comprobadas insuperables en el ámbito de la familia biológica (como sucede en la adopción plena, por ejemplo)... En este tema, relativo a las acciones que confiere el art. 259 del Código Civil es menester visualizar dos intereses en juego, a) el interés del marido que no siendo padre biológico impugna la paternidad matrimonial que la ley presume y, b) el interés del hijo que está habilitado en todo tiempo a desconocer la paternidad biológica de su padre legal, lo cual responde a la defensa de su identidad biológica... argumentar que la caducidad que la ley dispone a la acción del marido es inconstitucional porque violenta las disposiciones tuitivas que en favor del hijo establece la Convención de los Derechos del Niño... implica no comprender, o sea confundir, los diversos intereses que se ponen en juego en una y otra acción. La acción del marido caduca, la de la hija, no. Y la acción del marido caduca porque la ley pretende que sólo quede abierta durante un tiempo acotado la posibilidad de cuestionar su responsabilidad procreacional. La acción del hijo no caduca porque el interés que la inspira es permanente y atañe al derecho a la identidad".

Por su parte, la Cámara de Familia de 2º Nominación de Córdoba ("G., D.E. c/ F., N.O. y otra", 16/4/2008, AbeledoPerrot online, nº 70053706) sostuvo que: "...si bien el derecho a la identidad del hijo menor tiene raigambre constitucional, por tratarse de un derecho personalísimo, el único legitimado para su defensa es su propio titular. No obstante tal afirmación, el planteo de inconstitucionalidad formulado por el padre legal no queda privado de contenido, desde que el derecho a acceder a la verdad biológica y con ello propender a la tutela de la identidad personal, es también un derecho del padre... queda claro que el padre legal detenta un interés legítimo para accionar, pues un concepto amplio del derecho a la identidad personal comprende las relaciones de familia y los correlativos estados de familia que éstas generan... El desarrollo de dichas relaciones resulta, sin lugar a dudas, un elemento de suma importancia en la construcción de la identidad de cada persona, de modo que un desenvolvimiento forzado de relaciones, sin otro sustento que el derivado del imperativo legal, produce importantes alteraciones en la identidad de un progenitor... atento la situación familiar en este caso en concreto, no luce razonable la restricción impuesta al marido de indagar sobre su paternidad una vez vencido el plazo de un año, cuando ha conocido que no era padre de la hija que aparece como suya con posterioridad".

También se han fundamentado las declaraciones de inconstitucionalidad del plazo de caducidad en la afectación del derecho de propiedad, al provocar desventajas patrimoniales como la derivada de la obligación alimentaria; en la irrazonabilidad de negar la posibilidad de procurar la verdad si la necesidad de investigar aparece posteriormente; por ser discriminatorio y contrario a la igualdad, pues no tiene paralelo en la legitimación del hijo pese a que la filiación es



una relación recíproca (cfr. "Código Civil Comentado", diríg. por Francisco A.M. Ferrer – Graciela Medina – María Josefa Méndez Costa, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2004, T. "Derecho de Familia – I", pág. 570).

En doctrina se sostienen posturas similares.

III.- Conforme surge de lo desarrollado en el apartado precedente, la cuestión dista de ser pacífica, siendo atendibles los motivos esgrimidos por una u otra posición.

Ahora bien, tal como lo ha puesto de manifiesto la a quo, al momento de fallar, y más aún si se debe resolver sobre la invalidación de una norma legal, siempre es importante atender a las particulares circunstancias de la causa, al caso concreto. Opinión que también fuera sustentada por esta Sala II, en autos "Ramírez c/ Fuentealba" (expte. n° 54.640/2012, P.I. 2015-I, n° 18), donde se cuestionó la constitucionalidad del art. 259 del Código Civil, aunque por motivos distintos al plazo de caducidad de la acción.

Es por ello que la solución que he de propiciar para este recurso parte de hacerse cargo de las concretas circunstancias de autos, y de la premisa que la declaración de inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias es una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendar a un tribunal de justicia, la que debe ser considerada como ultima ratio del orden jurídico, y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (cfr. CSJN, Fallos 290:26, 307:531, 312:72, 314:424, entre otros).

En autos, el actor presenta en sede judicial la acción de impugnación de la paternidad presumida por la ley luego de haber realizado un estudio de ADN, en forma privada, del que surge que la posibilidad de paternidad respecto del joven S. es del 0%, el que luce a fs. 7.

Esta circunstancia, en mi opinión, determina que no sea necesario analizar, a efectos de resolver la apelación, la conformidad constitucional o no de la existencia de un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad respecto de los terceros, sino que la irrazonabilidad que aparece manifiesta en la aplicación de la norma del art. 259 del Código Civil al presente caso, es el momento en que se inicia el cómputo del plazo antedicho, y no en éste en sí mismo.

Conforme lo ha sostenido el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A." (Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), la nueva legislación, aunque no sea la vigente para la resolución de la causa, debe ser tenida en cuenta como guía, dado que las soluciones que aquella consagra son las queridas por el legislador.

En ese análisis no puedo ignorar que el legislador nacional ha insistido con la fijación de un plazo de caducidad en este tipo de acciones (art. 590, Código Civil y Comercial), entendiendo que la tensión constitucional que plantea el plazo de caducidad en el campo de la filiación entre la seguridad jurídica, estabilidad de los vínculos y derecho a la identidad en su faz dinámica versus la verdad biológica y, consigo, el derecho a la identidad en su faz estática, se equilibra a través de la revisión del modo en que se comienza a computar el plazo de caducidad (cfr. Herrera, Marisa, "Tratado de Derecho de Familia", diríg. por Aída Kemelmajer de Carlucci – Marisa Herrera – Nora Lloveras, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. II, pág. 872).

Tal como lo explica Néstor E. Solari ("Los plazos de caducidad en las acciones de filiación", DFyP, marzo/2015, pág. 3), las razones y motivos existentes a la época de la sanción del Código Civil, considerados al legislar sobre las acciones de impugnación de paternidad, estaban fundados en cuestiones que hoy se encuentran superadas.

Cuando los medios de prueba en los juicios de filiación eran subjetivos, aparece como razonable computar el plazo de caducidad desde la inscripción del nacimiento, o desde la toma de conocimiento del parto. Partiendo de un estado de duda del progenitor respecto de su paternidad que, en ese momento, no podía ser confirmado o descartado por una prueba científica, no se entiende descabellado computar el plazo de caducidad desde las oportunidades previstas en el art. 259 del Código Civil.

Conocida la existencia del hijo o hija, el progenitor tenía un plazo de un año para disipar sus sospechas o impugnar la paternidad, transcurrido el cual en virtud de la necesaria estabilidad de las relaciones de familia y dada la imposibilidad de aportación científica para dirimir la cuestión, era conveniente consolidar definitivamente el estado de



familia.

Sin embargo, la estabilidad de las relaciones de familia fue puesta, posteriormente, en crisis, cuando la Ley 23.264 establece la legitimación activa del propio hijo en las respectivas acciones de filiación, durante toda su vida.

Y ahora, contando con estudios científicos que determinan la existencia de nexo biológico entre las personas, debe trasladarse el comienzo del plazo referido al efectivo conocimiento de la realidad biológica por parte del marido, ya que, de otro modo, se conculca su derecho de defensa y se frustra ilegítimamente el acceso a justicia.

Señalan Silvia Fernández y Lucía Rodríguez Fanelli ("El plazo de caducidad de la acción de impugnación de paternidad matrimonial a la luz de los derechos humanos y constitucionales", LLBA 2006, pág. 1.010) que conforme el espíritu de la ley debe existir concordancia entre el vínculo biológico y el vínculo jurídico, por lo que necesariamente el plazo limitativo del art. 259 del Código Civil debe ampliarse, adecuando el punto de partida a las circunstancias del caso. De esta manera, si el padre legal ha constatado a través de prueba concluyente (sin perjuicio que el estudio se repita en sede judicial a efectos de posibilitar el control de la contraria) la inexistencia de vínculo biológico con el hijo cuya paternidad se le atribuye, el inicio del plazo de caducidad debe comenzar a partir del conocimiento de dicho resultado.

Existen fallos nacionales que se expiden en este sentido, considerando que resulta acorde a la protección constitucional de la familia y al respeto de los derechos del ser humano, tales como el acceso a justicia y el derecho a la identidad, sin colisionar con el interés superior del niño, que el plazo de caducidad, respecto de la acción de impugnación de paternidad matrimonial, comience a computarse a partir de que se tomó conocimiento de la realidad biológica del niño; como así también del Supremo Tribunal Constitucional de España: "es cierto que en determinados casos el solo conocimiento del nacimiento o de su fecha será dato suficiente que permita al marido advertir que el hijo no ha sido procreado por él, pero en otros supuestos el mero conocimiento del nacimiento será por sí mismo insuficiente. Son estos casos los que exigen que se extienda la excepción a la regla general sobre la base que el desconocimiento de la realidad biológica debe dar lugar a las mismas consecuencias que el desconocimiento del hecho del nacimiento" (cfr. Herrera, Marisa, "Código Civil y Comercial comentado", dir. por Ricardo Luis Lorenzetti, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. III, pág. 667).

Consecuentemente, ha de confirmarse la declaración de inconstitucionalidad de la norma del art. 259 del Código Civil, pero no en cuanto fija el plazo de caducidad de la acción concedida al marido, sino en cuanto determina que el cómputo de dicho plazo comienza en oportunidad de la inscripción del nacimiento o del conocimiento del parto; trasladando este comienzo, en el caso de autos, a la fecha de la toma de conocimiento del resultado del examen privado de ADN.

Si bien la recurrente sostiene que este examen carece de fecha de emisión, de su lectura surge que el director del laboratorio ha datado su informe en 24 de abril de 2013. Partiendo entonces de esta fecha, al momento de interposición de la demanda de autos (31 de julio de 2013, fs. 18), la caducidad de la acción no había operado.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar el resolutorio apelado, por los motivos aquí indicados, distribuyendo las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado, en atención al modo en que se resuelve la apelación (arts. 69 y 68, 2da parte, CPCyC), y diferir 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. 62/65, por los motivos aquí indicados.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada en el orden causado (arts. 69 y 68, 2da parte, CPCyC) y diferir 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](#)

"GONZALEZ ARIANNA SOLEDAD S/ QUEJA POR RESOLUCION REG. N°312/15 Y RESOLUCION REG. N° 290/15 DEL REG. PROPIEDAD INMUEBLE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 252/2015) – Interlocutoria: 524/15 – Fecha: 26/11/2015

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN. REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE. NATURALEZA ADMINISTRATIVA. LEY APLICABLE. PLAZOS PROCESALES. AMPLIACION EN RAZON DE LA DISTANCIA.

1.- La actividad registral y la instancia revisora es administrativa y está sujeta al derecho administrativo, por lo que, sin perjuicio de la normativa especial que la gobierna, resulta razonable que la Ley n° 1284 de procedimiento administrativo local sea de aplicación supletoria.

2.- La función del Registro de la Propiedad Inmueble es de naturaleza administrativa, por tanto deviene necesaria la aplicación supletoria de la Ley de procedimiento administrativo local, norma que contiene una disposición específica en relación al tema –art. 161-, a efectos de integrar el vacío aludido, como así también, de solucionar el interrogante jurídico planteado. [...] En función de ello, y partiendo de que el domicilio de la apelante se encuentra a 382 km de la sede del Registro, la ampliación del plazo de diez días establecido en el art. 1 de la ley 1652 para apelar es de 4 días más, lo que suma un total de 14 días. Sobre esta base, y teniendo presente que tanto el registrador como la recurrente acuerdan que la fecha de notificación de la resolución registral n° 290/15 data del 23/9/2015, el plazo señalado venció en las dos primera del día 15/10/2015, por tanto, habiéndose presentado el escrito recursivo con fecha 14/10/2015, la apelación es temporánea.

Texto completo:

NEUQUEN, 26 de Noviembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GONZALEZ ARIANNA SOLEDAD S/ QUEJA POR RESOLUCION REG. N° 312/15 Y RESOLUCION REG. N° 290/15 DEL REG. PROPIEDAD INMUEBLE", (Expte. N° 252/2015), venidos 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.- La escribana titular del registro n° 2 de Chos Malal interpone recurso de queja contra la resolución registral n° 312/15 del Registro de la Propiedad Inmueble, mediante la cual se le deniega el recurso de apelación que planteó contra la resolución registral n° 290/15 de mismo registro, por extemporáneo.

Luego de relatar los antecedentes del caso y efectuar una serie de consideraciones acerca de la función del registrador, y en lo que aquí interesa, señala que computado el plazo del art. 1 de la ley 1652 con más la ampliación en razón de la distancia del art. 161 de la ley 1284, la presentación recursiva ha sido realizada en debido tiempo y forma, teniendo en cuenta que su domicilio se sitúa en la ciudad de Chos Malal.

Encontrándose el presente trámite en término y cumplidos los requisitos de admisión, corresponde considerar si asiste razón a la quejosa en su planteo.

II.- Siguiendo los lineamientos dados por el Tribunal Superior de Justicia, señalamos que la función del Registro de la Propiedad Inmueble es de naturaleza administrativa, dado que la pretensión en juego encuentra su causa en una vinculación de derecho público, como lo es la actividad registral (conf. "Recursos SRL s/ Inscripción contrato social", expte. n° 122/2008, Tribunal Superior de Justicia, Sala Civil, Acuerdo n° 9 del 30/7/2012; entre otros).

Así, las resoluciones que emanen del registrador podrán recurrirse ante la Cámara de Apelaciones Civil, que ejerce también función administrativa. En caso de que el registrador rechace el recurso, debe ocurrir el interesado en queja ante la Cámara, como sucedió en este caso.

A su vez, las decisiones que tomen la Cámara al respecto podrán ser impugnadas ante el Tribunal Superior de Justicia en los términos de art. 188 y siguientes de la ley 1284 y art. 6 de la ley 1305, agotándose así la vía administrativa (conforme el precedente citado).

Dada la tesitura sustentada por el Alto cuerpo, este accionar implica la revisión de un acto administrativo dado que, como se dijo, la pretensión tiene su causa en una vinculación de derecho público registral, regida por la ley 2087, encontrándose previstos los recursos registrales en la ley 1652 (ver "Picasso Esteban María c/ Provincia del Neuquén s/ Acción procesal administrativa", expte. n° 2382/8 del Tribunal Superior de Justicia, Secretaría de Demandas Originarias, RI N° 6714 del 5 de marzo de 2009).

Por consiguiente, la actividad registral y la instancia revisora es administrativa y está sujeta al derecho administrativo, por lo que, sin perjuicio de la normativa especial que la gobierna, resulta razonable que la Ley n° 1284 de procedimiento administrativo local sea de aplicación supletoria.

Bajo estos parámetros, y adentrándonos ya en el caso, tenemos que la resolución registral n° 290/15 resulta definitiva, y por tanto, apelable.

Respecto del cumplimiento del plazo para apelar -eje central de esta queja-, coincidimos en que la normativa específica -ley 1652- no reglamenta la ampliación del plazo para recurrir en caso de que el apelante tuviera domicilio fuera de la sede registral, como sucede en el caso de otras provincias, como la de Buenos Aires, que por medio del art. 44° del Decreto-Ley 11.643/63, modificado por la ley n° 12.008 -Código contencioso administrativo-, dispone que:

"De las observaciones que formule el Registro, el interesado podrá recurrir:

- a) Por reconsideración ante su Director, cuya resolución tendrá carácter definitivo.
- b) Por apelación ante las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, dentro de los diez (10) días de notificado.

Si el apelante tuviese su domicilio fuera del Partido de La Plata, el plazo mencionado quedará ampliado a razón de un (1) día por cada doscientos (200) kilómetros o fracción que no baje de cien (100)." (ver <http://www.gob.gba.gov.ar/legislacion/legislacion/l-63-11643.html>, la negrita nos pertenece).

Ante tal omisión, y en atención a la naturaleza administrativa de la vía recursiva que se viene subrayando, deviene necesaria la aplicación supletoria de la Ley de procedimiento administrativo local, norma que contiene una disposición específica en relación al tema -art. 161-, a efectos de integrar el vacío aludido, como así también, de solucionar el interrogante jurídico planteado.

En definitiva, esta interpretación es la más conveniente dado que propicia una solución en forma integral y congruente con la normativa específica vigente, a más de que garantiza la posibilidad de revisión y control por órganos



competentes, resguardando la defensa de los administrados ante decisiones disvaliosas a sus intereses.

En función de ello, y partiendo de que el domicilio de la apelante se encuentra a 382 km de la sede del Registro, (ver http://www.ruta0.com/rutas_argentinas.aspx?d1=neuquen&h1=chos+malal&desde=&hasta=&tipo=1&tipoq=1), la ampliación del plazo de diez días establecido en el art. 1 de la ley 1652 para apelar es de 4 días más, lo que suma un total de 14 días.

Sobre esta base, y teniendo presente que tanto el registrador como la recurrente acuerdan que la fecha de notificación de la resolución registral n° 290/15 data del 23/9/2015, el plazo señalado venció en las dos primera del día 15/10/2015, por tanto, habiéndose presentado el escrito recursivo con fecha 14/10/2015, la apelación es temporánea.

III.- Por todo lo expuesto, es que corresponde hacer lugar a la queja, concediéndose el recurso denegado por el Subdirector del Registro de la Propiedad Inmueble.

Por consiguiente, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Hacer lugar a la queja articulada, y en consecuencia, conceder la apelación interpuesta por la Escribana titular Soledad González Arianna a fs. 4/12 de este cuadernillo contra la resolución registral n° 290/15 de fecha 11/9/2015.

II.- Comuníquese la presente vía electrónica al titular del Registro de la Propiedad Inmueble, a efectos de su toma de razón y de procurar la remisión del expediente correspondiente.

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](#)

"S. R. B. S/ DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 816/2015) – Interlocutoria: 574/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

ESTADO DE ADOPTABILIDAD. MENOR. PARTICIPACION EN JUICIO. ABOGADO DEL NIÑO. DERECHO A SER OIDO. ASISTENCIA LETRADA. TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SUPERINTENDENCIA. DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. INTERVENCION. DISIDENCIA.

1.- Corresponde revocar parcialmente el auto que ordena que, atento a la edad de la niña, cuenta con madurez suficiente para asistir a la audiencia con asistencia letrada, para el cumplimiento de ello, se remitan las actuaciones al Servicio de Orientación Jurídica de las Defensorías, a fin de que se designe un letrado que la asista, disponiendo esta Alzada que previo a decidir si la menor será parte, con la pertinente asistencia letrada, deberá la magistrada de grado escucharla y, con el auxilio de profesionales del equipo interdisciplinario, resolver si tiene el grado de madurez suficiente para tener aquella intervención. Ello así, habida cuenta que en autos conocemos la edad de la menor –ocho años-, elemento que hace dudar de si



la niña cuenta con la capacidad intelectual suficiente para participar en carácter de parte e instruir a su asesor letrado respecto de la defensa de sus derechos, por lo que ha de resultar determinante conocer cuál es el grado de madurez concreto de la niña de autos. Y este elemento no surge de lo actuado hasta el momento. Consecuentemente, la decisión de la a-quo resulta apresurada. En todo caso, y conforme lo postula la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, debe la magistrada de grado escuchar a la niña, y con el asesoramiento de profesionales del equipo interdisciplinario determinar si su grado de desarrollo psicofísico le permite ser parte en el proceso, o si su derecho se satisface con la escucha directa por parte del juez. Y para el supuesto que tenga capacidad madurativa para ser parte, la asistencia técnica debe ser procurada a través de la figura del abogado del niño. (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

2.- Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la efectivización de la garantía de la asistencia letrada para el niño, niña y adolescente que cuente con la edad y el grado de madurez suficiente, se entiende conveniente que el Tribunal Superior de Justicia reglamente la figura del abogado del niño: ¿cómo se selecciona al abogado del niño?; ¿será un funcionario o un abogado de la matrícula?; en este último caso, ¿quién se hace cargo de sus honorarios?; ¿Cómo se resuelven las controversias entre el niño, niña y adolescente y su abogado?; ¿Cuáles son los alcances de este asesoramiento? Es por ello que corresponde oficiar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a través de la Secretaría de Superintendencia, solicitando el estudio y análisis de la figura del abogado el niño, si es que el Alto Cuerpo entiende que ello es pertinente. En el ínterin, y hasta tanto exista una solución a la problemática, se entiende que es el Ministerio Público de la Defensa Oficial quién debe proveer este asesoramiento técnico, a través de los funcionarios que determine su titular. (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

3.- Si bien la falta de recepción de la figura del “tutor ad litem” en forma literal es coherente con la superación del concepto de incapacidad de hecho, subsiste la disposición acerca de que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, de modo que si tiene intereses encontrados con los mismos, es razonable que deba ser representada por una tercera persona. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en minoría).

4.- Siendo que el carácter de parte procesal de la niña no se encuentra discutido, en principio aparece razonable que en atención a su edad se encuentre representada por un adulto para un mejor ejercicio de sus derechos. Dicha representación deberá ser ejercida por algún organismo del Ministerio Público de la Defensa, funcionario que a la vez reviste el carácter de abogado, por lo que corresponde revocar la decisión,



en cuanto asigna sólo un letrado patrocinante debiendo designarle un tutor especial, para el presente proceso. Por lo expuesto he de proponer al Acuerdo, confirmar la remisión de las actuaciones del modo que fuera ordenado por la Jueza de grado, a la Secretaría de Superintendencia del Poder Judicial y revocar la decisión de designar un letrado patrocinante, debiendo en su lugar asignarle un representante para este proceso, a cuyo fin deberá oficiarse al Sr. Defensor General a fin de que se disponga la misma, bajo la modalidad que aquel organismo estime pertinente. Por lo dicho es que ha de revocarse parcialmente la resolución que ordena que, atento a la edad de la niña, cuenta con madurez suficiente para asistir a la audiencia con asistencia letrada y que para el cumplimiento de ello, se remitan las actuaciones al Servicio de Orientación Jurídica de las Defensorías, a fin de que se designe un letrado que la asista; disponiendo que previo a decidir si la niña, será parte, con la pertinente asistencia letrada, deberá la magistrada de grado escucharla y, con el auxilio de profesionales del equipo interdisciplinario, resolver si tiene el grado de madurez suficiente para tener aquella intervención; y confirmar la decisión, con los alcances aquí especificados. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "S. R. B. S/ DECLARACIÓN DE ADOPTABILIDAD", (Expte. INC N° 816/2015), 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 Secretaría actuante, Dra. Sandra C. ANDRADE y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Vienen los autos a esta instancia en virtud de dos recursos de apelación interpuestos por la Dra. Monica Amicone, titular de la Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente N° 2 de esta ciudad.

El primero de ellos es interpuesto contra el auto del día 7 de septiembre en el cual la Jueza ordena que, atento a la edad de la niña, cuenta con madurez suficiente para asistir a la audiencia con asistencia letrada.

En la misma providencia, la Jueza ordena que para el cumplimiento de ello, se remitan las actuaciones al Servicio de Orientación Jurídica de las Defensorías, a fin de que se designe un letrado que la asista.

Remitidos los autos a dicha dependencia, se declina efectuar el nombramiento en ese Servicio, haciendo referencia a un antecedente de esta Sala y en función de lo normado por la ley 2302 y el Código Civil y Comercial, se remiten los autos a la Defensoría de los Derechos del Niño N° 1 a cargo de la Dra. Nara Oses, quien afirma que atento a haber sido cuestionada por la Dra. Amicone la orden de que se designe letrado para la niña B., estará a lo que resuelva este Cuerpo.

Luego y fundando su decisión en un antecedente del Tribunal Superior de Justicia, la Jueza ordena que se oficie a la Secretaría de Superintendencia, con copia de las actuaciones, señalando que debería abordarse el planteo del Servicio y de la Defensoría por la vía institucional, y en el ámbito de la mencionada Secretaría.

A continuación obra el recurso de la Dra. Amicone, recurre la primera resolución –la que ordenara la presencia de la niña con asistencia letrada- y también interpone un recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la decisión de oficiar con remisión de copias a la Secretaría de Superintendencia.

Este último recurso se funda en que no habría cuestión institucional para remitir a la Superintendencia, pues lo que se



apela es la imposición de que se designe un letrado para la niña B.

A la revocatoria, la Jueza señala que lo cuestionado en relación a la puesta en conocimiento de la situación a la Secretaría de Superintendencia, no hace más que dar cumplimiento a lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia en los autos "G. I. C. Y OTROS SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE SOBRE INCIDENTE DE ELEVACIÓN" (Expte. N° 99 - Año 2014), (Ac. 30/15 del 31/7/2015), rechaza así la revocatoria y concede la apelación.

A fs. 26/28, la Dra. Amicone funda el primer recurso afirmando que ha mediado una interpretación errónea de la ley, pues sin perjuicio de que en una primera aproximación, la designación de un letrado para la niña puede aparecer como garantizador de sus derechos, en realidad ello no es así.

Expresa que dada la edad de la niña, 8 años, y sin que ello por sí solo implique descartar la posibilidad de designar un abogado, que la represente, no se puede descartar la circunstancia de que a esa edad, es difícil que tenga madurez para requerir un letrado y además darle instrucciones para que actúe en el juicio, sin sustituir su voluntad.

Considera que debe efectuarse una interpretación armónica del articulado del nuevo Código Civil y Comercial y concluye que si bien el artículo 608 determina que el niño es parte, también se hace referencia a la edad y al grado de madurez del mismo.

Interpreta que la Jueza ordenó que se le asigne asistencia letrada a B. para asistir a la audiencia fijada, afirmando que la niña cuenta con edad y madurez suficiente.

Afirma que, en principio, esa edad da cuenta de un grado de inmadurez natural y que es preciso garantizar el derecho a ser oída por el Juez que tiene B. y en ese momento, al contactarse de forma directa podrá conocerse esa circunstancia.

Para ejercer ese derecho la Defensora entiende que la niña no necesita representante, ni ningún otro requisito, sólo que se la convoque para valorar su opinión.

Se manifiesta a favor de la capacidad progresiva, precisando que: "... esto no implica, posicionarnos en el extremo de aplicar sin más, sin evaluar edad y capacidad del sujeto de derechos menor de edad, sustituyendo su voluntad, principios aplicables a niños y jóvenes que expresamente se muestren interesados en requerir se les asigne una representación legal específica"

Destaca que se trata de un derecho que pueden ejercer pero, que no supone una facultad del Juez imponerlo, calificando a la orden de la jueza de injerencia indebida en la vida de la niña.

Destaca: "... de considerarlo necesario puede S.S. designar un tutor ad litem, ya que dicho tutor puede presentarse en autos protegiendo los derechos de la pequeña, (sin perjuicio que los mismos se encuentran representados en autos por este Ministerio) sin necesidad que esta le brinde instrucciones"

Agrega: "Imponer a la niña la designación de un abogado para que represente, no gozando de la madurez suficiente para constituirse como parte en el proceso, sin comprender las implicancias que esto le implica, es reitero un exceso por parte de la judicatura, convirtiendo lo ordenado en injerencias arbitrarias (art. 16 CDN), reitero es un derecho que puede ejercer cuando su capacidad progresiva le brinde el entendimiento necesario y no una imposición legal."

Finaliza enfatizando que, para garantizar la participación de la niña es preciso designar una audiencia y dejar sin efecto "la designación de patrocinante que la represente" ya que la pequeña no ha alcanzado la edad y grado de madurez suficiente para decidir voluntariamente sobre el particular, y ello así en protección a su interés superior que entiende no ha sido valorado, exponiendo a la niña a una situación innecesaria que por su escasa madurez no puede dimensionar.

II.- En cuanto al recurso contra la decisión de la Jueza de poner en conocimiento de la Secretaría de Superintendencia la cuestión, entiendo que la misma ha sido correcta y cabe confirmarla.

En tal sentido la misma es adoptada teniendo en cuenta el resultado de la participación acordada a los organismos del Ministerio Público de la Defensa.

En primer lugar el Servicio de Orientación Jurídica indica que no acepta la designación por cuestiones relacionadas con pautas fijadas por el Defensor General, así expresa: "... Sin perjuicio que este Servicio de Orientación Jurídica tiene como función la asignación de representación legal a las personas mayores de edad que requieren la asistencia de la



Defensa Pública Civil –eventualmente los progenitores de S.C.B.R. -conforme pautas de acceso a la justicia fijadas por el Defensor General como cabeza del Ministerio Público de la Defensa- Leyes 2892 y 2065-; ante la naturaleza del presente y los derechos involucrados, habré de girar las actuaciones a la Defensoría correspondiente."

En ese sentido no encuentro óbice a que la cuestión sea puesta en conocimiento de la Superintendencia y ello así pues sin perjuicio de lo que se resuelva en el caso concreto, se encuentran presentes aspectos relacionados con la intervención funcional de los organismos del Ministerio Público de la Defensa, siendo ello una cuestión que puede tener alcance en relación a las mencionadas pautas.

Señalamos en una ocasión que si bien no es exactamente la misma presenta aristas similares: "En ese sentido, y en ocasión de que el Tribunal Superior de Justicia resolviera la admisibilidad de un recurso de nulidad extraordinario interpuesto por la Sra. Defensora a cargo de la Defensoría Civil N° 3, aquel Cuerpo señalaba: "Por lo que, en lo sucesivo, ante un problema de interés institucional, su resolución deberá ser abordada en el ámbito de la Superintendencia de este Cuerpo y, en su caso, ejercida por el señor Defensor ante este Tribunal Superior de Justicia."

De este modo, y siendo que el Servicio de Orientación Jurídica hizo referencia a las pautas emanadas justamente del ámbito del Defensor General, es que la remisión del modo ordenado, no solo resulta adecuada sino que tampoco afecta el trámite del presente.

Adviértase que la Jueza ordena la "... ofíciase a dicho organismo [Secretaría de Superintendencia] a tales fines con copia de las actuaciones." de modo tal que tampoco se advierte que de ello pueda derivarse agravio de algún tipo.

Resuelto ello cabe analizar el recurso relativo a la designación de un letrado para la niña B.

La participación del niño en el proceso judicial está prevista en el artículo 12 inciso 2 de la Convención de los Derechos del Niño en los siguientes términos: "... Con tal fin se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional."

En relación al artículo citado el Comité de los Derechos del Niño expresó: "Una vez que el niño haya decidido ser escuchado, deberá decidir como se lo escuchará: directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado.... El representante puede ser uno de los progenitores o ambos, un abogado u otra persona (por ejemplo, un trabajador social)..." (LEONARDI, Celeste, "El abogado del niño, niña y adolescente. A propósito del fallo "M., G. c/P., C. A." en Cuestión de Derechos, Revista electrónica, N° 3 - segundo semestre 2012, Disponible en www.cuestiondederechos.org.ar, pp. 100 – 114. Consulta: septiembre 1014)

Señala la autora: "... la representación del niño por un abogado encuentra su sustento en el artículo 12 inciso 2 de la CDN. En el ámbito interno, la figura del abogado del niño ha sido consagrada por la ley 26.061, la cual ha venido a ampliar garantías procesales contenidas en la CDN. En su artículo 27, inciso c) establece el derecho del niño "a ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya...." concluyendo de allí que no hay condicionamiento legal a límites de edad para que el niño acceda a la representación legal.

La Defensora se opone a la designación del patrocinante pues entiende que la niña no cuenta con madurez para darle instrucciones al mismo.

En este punto es preciso señalar que en el caso de la figura del abogado del niño, se trata de un profesional especializado en cuestiones de niñez y adolescencia, y en ese orden de ideas es que no se condice con la figura clásica del patrocinante que limita su actuación al asesoramiento jurídico requerido por el cliente.

El derecho a ser oído se inscribe en la esfera de lo que se ha llamado "defensa material", es decir el derecho a que el niño exprese su opinión libremente.

Luego la posibilidad de contar con un letrado que lo patrocine, lo asista, lo asesore, se inscribe en el ámbito de la denominada "defensa técnica" aspecto que ha dado lugar a diversas interpretaciones.

La autora nombrada referencia la siguiente clasificación: "En relación a la capacidad del niño para designar a un abogado, se han elaborado distintas posturas jurisprudenciales y doctrinarias. En efecto, la postura restrictiva tiene su basamento en el sistema cronológico e indica que el niño menor de 14 años, conforme a los artículos 54 y 921 del



Código Civil previamente mencionados, carece de capacidad de hecho para realizar por sí mismos actos jurídicos, y por lo tanto, rechaza su participación como parte en el proceso y con la asistencia de un abogado."

"La tesis intermedia intenta armonizar los principios de autonomía progresiva y el derecho a la defensa técnica establecida en el artículo 27 inciso c) de la ley 26.061. Propugna que el niño en función de su capacidad progresiva podrá designar abogados que representen en el proceso su interés particular. Asimismo, en cada caso que los niños no tengan madurez suficiente, tienen derecho al patrocinio letrado a través de la figura del tutor ad litem, designado por el juez, independientemente de la voluntad del niño"

"Finalmente una postura amplia sostiene que el derecho de defensa técnica constituye una garantía del debido proceso legal. Por lo tanto, la representación del niño por un abogado siempre será procedente independientemente de la edad y madurez progresiva del niño. En ese sentido, se ha sostenido que "sin dudas, todo niño que se ve afectado por un proceso tiene derecho a designar un abogado de su confianza, desde el inicio del proceso administrativo o judicial que lo involucre y hasta su finalización. En caso que no lo designe el Estado le deberá asignar uno de oficio" (artículo ya citado).

La asignación de un letrado responde a que el niño debe tener garantizada la posibilidad de presentar en el proceso su propio interés, el cual puede o no coincidir con lo que es mejor para el mismo, cuestión que en definitiva será decidida por el Juez, en atención al criterio del interés superior del niño, que si bien es vinculante para el Juez y los organismos del Estado, no lo es para el niño.

En ese sentido, encuentro que el reproche que hace la Defensora de la decisión de la Jueza de haber impuesto la asistencia letrada peca de la misma dogmática que de algún modo le atribuye a la magistrada, pues la niña aún no ha sido escuchada ni para designarle el abogado, ni para no hacerlo.

En ese marco y destacando que la figura del "tutor ad litem" no está prevista expresamente en el ordenamiento actual pues el artículo 61 del Código anterior no encuentra correlato idéntico en una figura similar del presente, de la lectura del artículo 26 es posible concluir que la figura no ha desaparecido completamente.

El artículo 26 establece: "Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad.

La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales.

No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.

La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.

Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.

Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.

A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo."

De este modo y si bien la falta de recepción de la figura del "tutor ad litem" en forma literal es coherente con la superación del concepto de incapacidad de hecho, subsiste la disposición acerca de que la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales, de modo que si tiene intereses encontrados con los mismos, es razonable que deba ser representada por una tercera persona, situación que entiendo es la que se presenta en autos.

El artículo 608 del Código Civil y Comercial establece: "Sujetos del procedimiento. El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención:



- a. con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;
- b. con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;
- c. del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;
- d. del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos."

De este modo y siendo que el carácter de parte procesal de B. no se encuentra discutido, en principio aparece razonable que en atención a su edad se encuentre representada por un adulto para un mejor ejercicio de sus derechos.

Dicha representación deberá ser ejercida por algún organismo del Ministerio Público de la Defensa, funcionario que a la vez reviste el carácter de abogado, por lo que corresponde revocar la decisión, en cuanto asigna sólo un letrado patrocinante debiendo designarle un tutor especial, para el presente proceso.

Por lo expuesto he de proponer al Acuerdo, confirmar la remisión de las actuaciones del modo que fuera ordenado por la Jueza de grado, a la Secretaría de Superintendencia del Poder Judicial y revocar la decisión de designar un letrado patrocinante, debiendo en su lugar asignarle un representante para este proceso, a cuyo fin deberá oficiarse al Sr. Defensor General a fin de que se disponga la misma, bajo la modalidad que aquel organismo estime pertinente. Tal mi voto.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

En el presente trámite la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente reclama la declaración en estado de adoptabilidad de la niña R. B. S., quién actualmente cuenta con ocho años de edad.

Conforme el nuevo Código Civil y Comercial, la declaración de la situación de adoptabilidad es un proceso judicial autónomo que requiere de la intervención, con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, en tanto tenga la edad y el grado de madurez suficiente, en cuyo caso deberá comparecer con asistencia letrada (art. 608 inc. a, Código Civil y Comercial).

La Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente cuestiona que la a-quo haya determinado que la niña R. B. tiene la edad y el grado de madurez suficiente como para estar en juicio con asistencia letrada.

Llegado a este punto entiendo que debe hacerse hincapié en que, tratándose de un proceso que la afecta directamente, la niña R. B. tiene el derecho a ser oída, de acuerdo con el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el art. 26 del Código Civil y Comercial. El problema es si, además, y dado su grado de madurez, debe intervenir como parte con asistencia letrada.

Marisa Herrera señala que los niños, niñas y adolescentes deben ser escuchados en todo proceso, pero además, el Código Civil y Comercial cumple ese derecho con mayor intensidad, al establecer que si aquél sobre el cual se está decidiendo la posible adoptabilidad cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, interviene con la mayor participación que se puede tener en un proceso: ser parte. ¿Y si no alcanza el desarrollo madurativo?, rige el principio general que establece el art. 707 del Código Civil y Comercial: la escucha directa por parte del juez y su equipo interdisciplinario (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 263/264).

En otras palabras, la niña R. B. ha de ser escuchada en estas actuaciones, de eso no cabe duda; la controversia es si cuenta con el grado de madurez suficiente como para ser parte, e intervenir en el trámite con asistencia letrada.

De acuerdo con el art. 26 del Código Civil y Comercial, la edad y el grado de madurez constituyen los dos elementos esenciales a efectos de habilitar el ejercicio de determinados derechos, en este caso ser parte.

En autos conocemos la edad de R. B. –ocho años–, elemento que hace dudar de si la niña cuenta con la capacidad intelectual suficiente para participar en carácter de parte e instruir a su asesor letrado respecto de la defensa de sus derechos, por lo que ha de resultar determinante conocer cuál es el grado de madurez concreto de la niña de autos. Y este elemento no surge de lo actuado hasta el momento.

Consecuentemente, entiendo que la decisión de la a-quo resulta apresurada. En todo caso, y conforme lo postula la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, debe la magistrada de grado escuchar a la niña, y con el



asesoramiento de profesionales del equipo interdisciplinario determinar si su grado de desarrollo psicofísico le permite ser parte en el proceso, o si su derecho se satisface con la escucha directa por parte del juez.

Y para el supuesto que tenga capacidad madurativa para ser parte, la asistencia técnica debe ser procurada a través de la figura del abogado del niño.

Recordemos que el art. 26 del Código Civil y Comercial, sienta el principio que la asistencia letrada es reconocida al niño cuando se observen situaciones de conflicto. En autos, el conflicto con sus representantes legales (progenitores) es indudable, de otro modo no se hubiere llegado a esta instancia, pero también puede existir conflicto entre la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente que solicita como medida de protección la declaración en estado de adoptabilidad y la niña que se pretende colocar en dicho estado. Consecuentemente, no cabe sino acudir al abogado del niño para el supuesto de habilitarse la asistencia letrada de la menor de autos.

II.- Y aquí es donde corresponde la intervención del Tribunal Superior de Justicia, a través de su función de superintendencia.

Teniendo en cuenta las dificultades que plantea la efectivización de la garantía de la asistencia letrada para el niño, niña y adolescente que cuente con la edad y el grado de madurez suficiente, se entiende conveniente que el Tribunal Superior de Justicia reglamente la figura del abogado del niño: ¿cómo se selecciona al abogado del niño?; ¿será un funcionario o un abogado de la matrícula?; en este último caso, ¿quién se hace cargo de sus honorarios?; ¿Cómo se resuelven las controversias entre el niño, niña y adolescente y su abogado?; ¿Cuáles son los alcances de este asesoramiento?

Es por ello que corresponde oficiar al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, a través de la Secretaría de Superintendencia, solicitando el estudio y análisis de la figura del abogado el niño, si es que el Alto Cuerpo entiende que ello es pertinente.

En el ínterin, y hasta tanto exista una solución a la problemática, se entiende que es el Ministerio Público de la Defensa Oficial quién debe proveer este asesoramiento técnico, a través de los funcionarios que determine su titular.

III.- Por lo dicho es que ha de revocarse parcialmente la resolución de fs. 13/vta., disponiendo que previo a decidir si la niña R. B. será parte, con la pertinente asistencia letrada, deberá la magistrada de grado escucharla y, con el auxilio de profesionales del equipo interdisciplinario, resolver si tiene el grado de madurez suficiente para tener aquella intervención; y confirmar la decisión de fs. 18, con los alcances aquí especificados.

Sin costas en la Alzada.

Existiendo disidencia en los proyectos de votos emitidos por los Señores Vocales de la Sala, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos adhiero al voto de la Dra. Patricia CLERICI.

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Revocar parcialmente la resolución de fs. 13/vta., disponiendo que: a) previo a decidir si la niña R. B. será parte, con la pertinente asistencia letrada, deberá la magistrada de grado escucharla y, con el auxilio de profesionales del equipo interdisciplinario, resolver si tiene el grado de madurez suficiente para tener aquella intervención; y b) confirmar la decisión de fs. 18, con los alcances aquí especificados.

II.- Sin costas de Alzada.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, remítanse al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Sandra C. Andrade - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"D. P. A. B. C/ F. J. C. S/ INC. DE AUM. DE CUOTA ALIMENTARIA E/A: 34832/2008" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 636/2014) – Interlocutoria: 525/15 – Fecha: 29/12/2015

FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. INCIDENTE DE AUMENTO. COSTAS AL DEMANDADO.

1.- En el sub-lite no se advierte que haya existido un abuso por parte de la actora en la promoción de este incidente. Ello así, habida cuenta que si bien es cierto que el demandado fue actualizando el monto que aporta en concepto de alimentos, de todos modos los alimentados se vieron obligados a instar la vía judicial para obtener una cuota alimentaria razonable, en atención a sus necesidades y a los ingresos del demandado. Tampoco se entiende que la cuota alimentaria pretendida (40%) sea excesivamente desproporcionada o abusiva, sin perjuicio de entender que el 30% fijado por la jueza de grado, resulta razonable.

2.- En procesos de la naturaleza del presente, las costas deben ser soportadas, como principio general, por el alimentante, excepto que se advierta un abuso por parte del alimentado o de su representante legal, ya que, de otro modo, se afectaría la cuota alimentaria de los hijos, quienes tendrían que destinar parte de ella para la cancelación de la deuda por costas. En el sub-lite no se advierte que haya existido un abuso por parte de la actora en la promoción de este incidente, por lo que deben cargarse las costas del proceso a la parte demandada.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Diciembre del año 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "D. P. A. B. C/ F. J. C. S/ INC. DE AUM. DE CUOTA ALIMENTARIA E/A: 34832/2008", (Expte. INC N° 636/2014), venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN 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,

I.- La parte actora plantea recurso de apelación contra la sentencia de fs. 120/121 vta., que hace lugar a la demanda, incrementando la cuota alimentaria correspondiente a los hijos de las partes, fijándola en el 30% de los haberes del alimentante, excluidos los descuentos de ley, imponiendo las costas en el 30% a la actora y en el 70% al demandado.

a) La recurrente se agravia por cuanto la a quo no ha hecho lugar a la cuota pretendida en la demanda incidental (40% de los haberes del alimentante).

Dice que la a-quo ha fallado teniendo en cuenta el régimen de comunicación entre el padre y sus hijos alegado por el demandado, y que no se encuentra acreditado. Sigue diciendo que el alimentante se encuentra con sus hijos cuando puede, sin ningún compromiso, y con una frecuencia no inferior a 15 días entre los encuentros.

Aclara también que la hija mayor no se visita con el padre, por situaciones vividas con él.

Sostiene que el fallo de grado toma como ciertos hechos denunciados por el demandado, como que la niña K. realiza teatro y que requiere de maestros particulares, sin considerar que los costos de estas actividades son a cargo de la



madre, por cuanto el padre no acreditó su pago.

Destaca la conducta procesal del demandado, señalando que se ha limitado a negar hechos que después su parte ha probado.

Concluye en que la resolución cuestionada no contiene fundamentos razonables que justifiquen el porcentaje de los haberes del alimentante fijado en concepto de cuota alimentaria.

También se agravia por la imposición de las costas del proceso.

Manifiesta que la razón dada por la a-quo refiere al incremento voluntario que del importe de la cuota ha ido haciendo el alimentante, sin advertir que estos incrementos fueron por montos mínimos, a pesar de sus ingresos y de los reclamos de la actora, lo que llevó a la necesidad de acudir a sede judicial.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

c) La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente emite dictamen a fs. 149.

II.- El art. 658 del Código Civil y Comercial de la Nación es claro respecto a que la obligación alimentaria en relación a los hijos recae sobre ambos progenitores, sin perjuicio de valorar, al momento de determinar el aporte del progenitor no conviviente, las tareas de cuidado personal a cargo del padre o la madre conviviente (art. 660, CCyC).

También ha de tenerse presente, para fijar la cuota alimentaria, la condición y fortuna del alimentante (art. 658, CCyC), sin dejar de considerar las necesidades de los hijos.

En autos, se trata de los alimentos para tres personas menores de edad de 16, 11 y 9 años.

Para satisfacer las necesidades lógicas derivadas de la edad de cada uno de los hijos, la a-quo ha fijado como cuota alimentaria el equivalente al 30% de los haberes que percibe el alimentante, suma que, a principios de 2015, rondaba la cantidad de \$ 7.980.

En atención a los ingresos del demandado, y las necesidades de los hijos, no se advierte que resulte necesario fijar un importe mayor de detracción de la remuneración en concepto de cuota alimentaria, teniendo en cuenta, además, que la madre también ha de contribuir a la manutención de la prole.

Sin perjuicio de ello se advierte que los agravios que formula la apelante respecto de los fundamentos del fallo de grado, no responden a lo dicho por la jueza de primera instancia en los Considerandos.

En efecto, la a-quo no ha tenido por acreditados extremos simplemente alegados por el demandado. Antes bien, ha dejado en claro que el demandado no probó sus dichos, referidos a que se hacía cargo de los gastos de teatro y de profesores particulares.

Por su parte, también ha dejado en claro la magistrada de grado, que la parte actora no ha demostrado la existencia de gastos extraordinarios que deban ser erogados para la manutención de los niños de autos, más allá de los que presumiblemente corresponden a las necesidades propias de las edades que transitan.

Consecuentemente, ha de confirmarse el fallo apelado en cuanto fija la cuota alimentaria en el 30% de los haberes del alimentante.

III.- Distinta ha de ser la solución en lo que refiere a la imposición de las costas del proceso.

Esta Sala II tiene dicho que, en materia de alimentos, no cabe hacer una aplicación estricta del principio objetivo de la derrota (art. 68, CPCyC), ni tampoco de la regla de la distribución de los gastos del proceso en proporción al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

Por el contrario, en procesos de la naturaleza del presente, las costas deben ser soportadas, como principio general, por el alimentante, excepto que se advierta un abuso por parte del alimentado o de su representante legal, ya que, de otro modo, se afectaría la cuota alimentaria de los hijos, quienes tendrían que destinar parte de ella para la cancelación de la deuda por costas.

En el sub-lite no se advierte que haya existido un abuso por parte de la actora en la promoción de este incidente. Si bien es cierto que el demandado fue actualizando el monto que aporta en concepto de alimentos, de todos modos los alimentados se vieron obligados a instar la vía judicial para obtener una cuota alimentaria razonable, en atención a sus necesidades y a los ingresos del demandado.

Tampoco se entiende que la cuota alimentaria pretendida (40%) sea excesivamente desproporcionada o abusiva, sin



perjuicio de entender que el 30% fijado por la jueza de grado, resulta razonable.

Por lo dicho es que considero que asiste razón en este tema a la apelante, debiendo cargarse las costas del proceso a la parte demandada.

IV.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte actora y modificar, también parcialmente, el resolutorio de grado, disponiendo que las costas del proceso son a cargo de la parte demandada en su totalidad, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, por los motivos ya señalados, se imponen a la parte demandada (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

Los honorarios profesionales se regulan en la suma de \$ 5.480,00 en conjunto para las Dras. ... y ..., de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.

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.- Modificar parcialmente la resolución de fs. 120/121 vta., disponiendo que las costas del proceso son a cargo de la parte demandada, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, por los motivos ya señalados, a la parte demandada (art. 68, 2da. parte, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en las siguientes sumas: de PESOS CINCO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA (\$ 5.480,00), en conjunto, para las Dras. ... y ..., de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la Ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan 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](#)

"CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ CHAAR JHONY HORACIO KHALIL S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 483518/2012) – Sentencia: 02/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. APORTES PREVISIONALES. PRESCRIPCION. PLAZO. LEY APLICABLE.

1.- Al tratarse de la determinación del plazo de prescripción de acciones tendientes al cobro de aportes previsionales adeudados a la Caja de Jubilación local, considero correcta la decisión de la a quo en cuanto a la aplicación de los parámetros de la Ley Nacional N° 14.236 que organiza el Instituto de Previsión Social. Ello, por cuanto al no existir una norma que determine expresamente el plazo de prescripción de los aportes obligatorios previsionales de los profesionales de la Provincia de Neuquén incorporados a dicha Caja, la cuestión debe resolverse utilizando la normativa más específica sobre



la materia; vale decir, acudir a la solución que brinda el área de la seguridad social por su mayor aproximación a los fines queridos por el legislador provincial, y que precisamente no es el art. 2560 del Código Civil y Comercial, como pretende el recurrente.

2.- Si bien se trata de una obligación que consiste en pagar atrasos, en donde la misma surge desde que existe la matriculación del profesional, cuya modalidad de pago es por períodos, lo cierto es que la norma específica no estaría comprendida en el cuerpo normativo del Código de fondo sino en la ley especial de la materia, concretamente en el art. 16 de la Ley Nacional N° 14.236, dado, repito, que no se trata de una obligación de naturaleza civil sino previsional, por lo que resulta de aplicación el plazo de 10 años, debido a que el empleo de las normas generales en cuestión de prescripción contenidas en el Cód. Civ. y Comercial ceden en virtud del principio jurídico que consagra la prevalencia de la ley especial de la materia por sobre la ley general, pues la primera se refiere a la disciplina particular del derecho que regula el asunto en debate.

En definitiva, el carácter previsional de los aportes reclamados –aún dentro de un sistema regido por una entidad no estatal- es el que determina que el caso sub examine encuadre en el art. 16 de la Ley Nacional N° 14.236.

Texto completo:

NEUQUEN, 02 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CAJA PREVISIONAL PARA PROFESIONALES DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ CHAAR JHONY HORACIO KHALIL S/ APREMIO", (Expte. N° 483518/2012), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de fs. 53/57 vta., rechaza la excepción de inhabilidad de título interpuesta y hace lugar parcialmente a la excepción de prescripción respecto de los períodos de aportes comprendidos entre los meses de febrero de 1998 a octubre de 2002 inclusive (los que ascienden a la suma de \$2.128,53); y en consecuencia sentencia de trance y remate mandando llevar adelante la ejecución hasta que el accionado haga íntegro pago al acreedor del capital que asciende a la suma de \$3.520,34, monto que se obtiene de descontar los períodos prescriptos.

Esa sentencia es apelada por la parte demandada a fs. 59/61 vta., cuyo traslado fuera contestado por la parte actora a fs. 65/72 vta., solicitando su rechazo con costas.

Conforme surge de las constancias de fs. 78/79 las partes fueron convocadas en esta Alzada a una audiencia de conciliación en los términos del art. 36, inc. 4 del CPCyC, sin que se pudiera arribar a un acuerdo que satisfaga las expectativas de los protagonistas del proceso.

II.- Expresa el recurrente en cuanto a la excepción de inhabilidad de título, que la jueza de grado se limita a efectuar un análisis sobre las cuestiones extrínsecas del certificado de deuda, dejando de lado lo manifestado por su parte respecto de las notas esenciales que debe reunir un título de esas características para ser tenido por tal.

Enuncia, las características que debe reunir el título, relativas a autonomía, literalidad y abstracción, e indica que el certificado de deuda que se ejecuta remite a un anexo I, que resulta ininteligible y de dificultosa interpretación, y que



no forma parte del título ejecutado, ya que sólo es una suerte de "listado o legajo histórico" del demandado.

En segundo lugar, en relación a la excepción de prescripción, sostiene que al momento del dictado de la sentencia de grado, se hallaba en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, por lo que el análisis y encuadre legal de la prescripción debe hacerse conforme a esa nueva normativa y no basarse en una ley derogada.

Señala, que el art. 2560 del CCC determina que el plazo genérico de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local, y como en el caso de autos no lo estaba, se debe aplicar el contemplado en el primero.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, considero que el agravio relativo al rechazo de la excepción de inhabilidad de título –además de reiterar los fundamentos expuestos al articular las excepciones-, no resulta procedente.

A partir de lo expuesto, coincido con la sentencia de primera instancia en cuanto establece la habilidad del título ejecutivo –certificado de deuda N° 1139/10, de fs. 6-, y por tanto, resulta título suficiente y hábil de conformidad con los arts. 54 y 79 de la Ley N° 2223 para exigir el pago reclamado.

Así pues, el art. 52 establece: "Los aportes obligatorios mínimos mensuales que deberán efectuar el afiliado se determinarán en función de la siguiente tabla, que podrá ser modificada por decisión de la Asamblea de Afiliados, en virtud del art. 40, inc. "d" de la presente Ley..."

El art. 54 dispone: "La falta de pago de los aportes previstos por el art. 52 de la presente Ley, habilita el cobro por vía judicial, estableciéndose como título ejecutivo los certificados de deuda emitidos por el Directorio de la Caja y suscripto juntamente con el presidente y tesorero".

Y el art. 79 reza: "Ratificanse las resoluciones adoptadas por los colegios e instituciones facultadas por la Ley 2045, Artículo 1 En cuanto se pronunciaron creando la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén, desde el 1 de enero de 1994, y la validez de los certificados previsionales emitidos a favor de quienes hayan cumplido con la afiliación y aportes que se fijan en el artículo 52 de la presente Ley, previo a su promulgación. Los profesionales que habiendo ingresado al sistema a partir del 1 de enero de 1994 y hayan dejado de aportar por algún período, haciéndolo en su lugar al sistema implementado por Ley Nacional 24.241, serán obligados solamente a partir de la sanción de la presente Ley, no siendo considerados morosos para la Caja".

A su vez, en su art. 1 dice: "Organízase la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén, creada por los Colegios y las instituciones enumeradas en el Artículo 1 de la Ley provincial 2045, la que se regirá por la presente Ley y las complementarias que se dicten en el futuro, y las reglamentaciones, disposiciones y resoluciones que establezca la propia entidad".

El art. 2 menciona: "La Caja administrará un sistema obligatorio de jubilaciones, pensiones y retiros basados en la solidaridad y con capitalización individual".

Y el art. 3: "A todos los efectos previstos en esta ley y para la consecución de sus fines propios, gobierno y administración, asignase a la Caja el carácter de persona jurídica de derecho público, no estatal, con autonomía institucional, autarquía financiera y capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones".

Es por ello que en la instancia anterior se resuelve que el proceso se desarrolle en el marco de los arts. 604 y 605 del Código Procesal.

Vale decir entonces que, teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del régimen de la Caja profesional, -ente público no estatal- que actúa por expresa delegación del Estado sustituyéndolo en el marco de la previsión social, cubriendo los riesgos clásicos, bajo dos principios que le dan sustentabilidad: el de la solidaridad y el de la subsidiaridad del Estado.

Consecuentemente, en la órbita de la administración de un sistema previsional privado no cabe entender a la Caja Previsional para Profesionales de la Provincia del Neuquén, creada por los Colegios y las instituciones enumeradas en el Artículo 1 de la Ley provincial 2045, autorizada a funcionar por ley como integrante del sistema previsional, inspirado en razones de orden público y de beneficio social general, que actúa como un órgano con autarquía económica financiera, de donde surge la facultad para administrar su patrimonio y para reclamar a los beneficiarios obligados el



cobro forzoso y rápido de las cuotas impagas.

En definitiva, la demandante, de conformidad con la normativa reseñada se encuentra autorizada para emitir títulos que traen aparejada ejecución, tal como el que sustenta la presente acción (fs. 6/23), donde se delimita el importe de la deuda en forma clara, y las circunstancias que justifican el reclamo por la vía elegida (fecha, vencimiento, concepto, saldo), suscripta por la autoridad correspondiente (Presidente y Tesorero de la Caja), título ejecutivo hábil en los términos del art. 25, inc. h) de la Ley 2.223 y del art. 523, inc. 7º del Código Procesal de la Provincia del Neuquén.

Asimismo, toda vez que la excepción de inhabilidad de título sólo puede estar fundada en las irregularidades que éste puede adolecer en sus formas extrínsecas, sin poder discutir la causa de la obligación, ni el monto del crédito o la falta de derecho para cobrarlo, ni su proceso de formación (Conf. Art. 544, inc. 4º C.Pr; CSJN, Fallos: 312:1163), lo que queda reservado, en su caso, al juicio de conocimiento posterior (art. 553 del Código Procesal). Por ello, el primer agravio debe ser rechazado.

En cuanto al segundo agravio planteado en relación a la prescripción, el recurrente introduce una nueva cuestión no sometida al tribunal de origen, al sostener que al momento del dictado de la sentencia -25/8/2015-, ya se encontraba en vigencia el nuevo Código Civil y Comercial, y por tanto, corresponde efectuar el análisis y encuadre del planteo en el art. 2560, que determina que el plazo genérico de prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local, y como en el caso de autos no lo está, se debe aplicar el contemplado en el nuevo Código.

En la instancia anterior, la a quo aplica para resolver la cuestión planteada, el plazo decenal de prescripción liberatoria contenido en la Ley Nacional Nº 14.236, desplazando el Código Civil, al evaluar que al no existir una previsión específica respecto del plazo de prescripción en el ordenamiento provincial, y en atención a la especialidad de la legislación nacional en materia previsional, sumado a que no se ve conculcado el ámbito geográfico de aplicación de la ley por ser la prescripción materia de derecho de fondo.

Al respecto, debo decir, que al tratarse de la determinación del plazo de prescripción de acciones tendientes al cobro de aportes previsionales adeudados a la Caja de Jubilación local, considero correcta la decisión de la a quo en cuanto a la aplicación de los parámetros de la Ley Nacional Nº 14.236 que organiza el Instituto de Previsión Social. Ello, por cuanto al no existir una norma que determine expresamente el plazo de prescripción de los aportes obligatorios previsionales de los profesionales de la Provincia de Neuquén incorporados a dicha Caja, la cuestión debe resolverse utilizando la normativa más específica sobre la materia; vale decir, acudir a la solución que brinda el área de la seguridad social por su mayor aproximación a los fines queridos por el legislador provincial, y que precisamente no es el art. 2560 del Código Civil y Comercial, como pretende el recurrente.

Si bien se trata de una obligación que consiste en pagar atrasos, en donde la misma surge desde que existe la matriculación del profesional, cuya modalidad de pago es por períodos, lo cierto es que la norma específica no estaría comprendida en el cuerpo normativo del Código de fondo sino en la ley especial de la materia, concretamente en el art. 16 de la Ley Nacional Nº 14.236, dado, repito, que no se trata de una obligación de naturaleza civil sino previsional, por lo que resulta de aplicación el plazo de 10 años, debido a que el empleo de las normas generales en cuestión de prescripción contenidas en el Cód. Civ. y Comercial ceden en virtud del principio jurídico que consagra la prevalencia de la ley especial de la materia por sobre la ley general, pues la primera se refiere a la disciplina particular del derecho que regula el asunto en debate.

En definitiva, el carácter previsional de los aportes reclamados –aún dentro de un sistema regido por una entidad no estatal- es el que determina que el caso sub examine encuadre en el art. 16 de la Ley Nacional Nº 14.236.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "Los plazos generales de prescripción del Código Civil, deben reputarse derogados en materia previsional por los fijados en leyes posteriores; siendo aplicable la prescripción decenal establecida por el art. 16 de la ley nacional 14236 a los aportes debidos a una caja local de previsión para profesionales" (Carátula: Caja de Seguridad Social para Odontólogos de la Prov. de Buenos Aires c/ D'Amico, Enrique s/ Apremio, OBS. DEL FALLO: S.C.B.A., en "Ac. y Sent.", 1975-154; S.C.B.A., en "DJBA", 128, 138).

En consecuencia, propongo al Acuerdo el rechazo del recurso de apelación interpuesto por el demandado y la



confirmación de la sentencia dictada de fs. 53/57 vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas de Alzada a cargo de la apelante vencida, a cuyo efecto se regularán los honorarios profesionales de conformidad con el artículo 15 de la ley arancelaria.

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 la sentencia dictada a fs. 53/57 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 558 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](#)

"FUNES RICARDO RAUL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S. A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442214/2011) – Sentencia: 03/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

LESION EN EL ROSTRO. CICATRIZ LINEAL. PERICIAL MEDICA. VALORACION. LEY DE RIEGOS DEL TRABAJO. AMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL. DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. MONTO INDEMNIZATORIO. ACTUALIZACIÓN. INDICE RIPE. BASE DE CÁLCULO. TASA DE INTERES.

1.- La decisión que rechazó la demanda por accidente de trabajo debe revocarse [...], pues, ninguno de los informes médicos obrantes en autos ni la sentencia de grado, cumplen satisfactoriamente su cometido para lograr un adecuado grado de incapacidad a los fines de la obtención de una indemnización laboral. Ello es así, toda vez que si bien comparto las consideraciones médicas esbozadas por la perito oficial (...), no así los valores otorgados por incapacidad y los factores de ponderación, al interpretar que ambos resultan elevados, pero por otra parte, resultan también inconvenientes los mínimos del Baremo. Consecuentemente, le asigno al actor, siguiendo la Tabla de Valoración de las Incapacidades Laborales un 5% de incapacidad parcial, permanente y definitiva, por: Incapacidad anatomo funcional: Cicatriz de 5 cm. mentoniana y lesión estética [...].

2.- Procede la aplicación retroactiva del Decreto N° 1694/09 y de la Ley 26773 a



contingencias ocurridas con anterioridad a su vigencia, toda vez que el art. 16 del referido decreto dispone su aplicación para los accidentes futuros, y dicha limitación temporal resulta incongruente con sus propios fundamentos, en cuanto reconoce la insuficiencia remuneratoria y la aptitud de las condiciones financieras del sistema. [...]. A su vez, no se transgrede el artículo 3 del Código Civil, debido a que la disposición legal se aplica a las consecuencias jurídicas del evento dañoso, teniendo presente que la resolución de primera instancia fue dictada con posterioridad a su publicación. Vale decir que, si bien el decreto 1694 es del 6 de noviembre de 2009 y el accidente se produjo con anterioridad (3/2/2007) a la vigencia del mismo, al dictarse la resolución de primera instancia el 18 de octubre de 2013, es plenamente aplicable el decreto al caso bajo estudio al no estar cancelado el siniestro.

3.- [...] esta Sala III ha resuelto la liquidación de las prestaciones en materia de accidentes de trabajo y también de enfermedades profesionales, aplicando en forma inmediata las mejoras contempladas por normativa modificatoria -decretos o leyes-, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad; en relación a la ley 26.773, al decidir la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 a los mismos efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 413.572/2010; "VALENZUELA HUGO LEANDRO CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 415000/2010); "PINOCHET ROBERTO CONTRA PRODUCTORES FRUTAS ARG. COOP. SEG. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. N° 357197/2007)), tal el adicional del 20% del art. 3° de la 26773; antecedentes a los que me remito por razones de brevedad y economía procesal. (conforme arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 38 inc. n de la Constitución Provincial; 2 y 3 del Código Civil; 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.).

4.- [...] debo propiciar, tal como lo solicita el recurrente en su alegato, la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 16 del Decreto N° 1694/2009 y del artículo 17, inciso 5 de la ley 26.773, por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan al trabajo subordinado, consagrado por los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, para así admitir la aplicación integral de las mejoras a las prestaciones dinerarias contempladas en la citada ley, aun cuando los hechos cuya primera manifestación invalidante hayan sido anteriores al 26 de octubre de 2012, debido a que el siniestro no ha sido cancelado a esa fecha, lo cual no implica la retroactividad de la ley (ex art. 3° Código Civil) ni afecta al derecho de propiedad de las obligadas del sistema.

5.- [...] en lo que hace a la citada forma de ajuste por índice -RIPE-, entendida como mejora al sistema de prestaciones instituido por la Ley de Riesgos del Trabajo, en la



referida causa: "CORREA SERGIO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 442094/2011), se estableció que de conformidad a lo estipulado en el art. 17.6 de la mentada ley 26.773 y dentro del marco general previsto por las leyes 23.928 y 25.561, el ajuste procede desde enero de 2010 a octubre de 2012, sobre los montos nominales mínimos y fijos que quedaran congelados con el Decreto N° 1694/2009, consignándose un método de recomposición automático para evitar el dictado de nuevos decretos, en coherencia con la normativa dictada con posterioridad, tales las Resoluciones S.S.S. 34/2013 y 3/2014, y el propio Decreto N° 472/2014.

Texto completo:

NEUQUEN, 02 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FUNES RICARDO RAUL C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S. A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24.557", (Expte. N° 442214/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia rechaza la demanda que fuera promovida para recurrir el dictamen de la Comisión Médica N° 9, y le impone las costas al actor en su carácter de vencido.

II.- Esa sentencia de fs. 170/173 es apelada por la parte actora a fs. 178/186, cuyo traslado no fue contestado por la contraria.

En sus agravios el demandante recurrente sostiene en primer lugar, que hubo una errónea valoración de la pericia médica obrante a fs. 59/61, pues el a-quo se apartó de ella sin fundamentos científicos, al basarse supuestamente en la impugnación que realizó a fs. 64/65 la accionada.

Afirma, que el juez leyó parcialmente la contestación brindada por la perito a fs. 72, al afirmar en la sentencia que la experta respondió al cuestionamiento explicando que sólo se inclinó por el máximo de la tabla al tener en cuenta, otros baremos aceptados mundialmente -Dr. Bermúdez- que otorgan un valor incluso mayor, cuando en realidad, dice el recurrente, lo que surge de las respuestas de la médica es que debido a las características descritas en la cicatriz del actor le debía otorgar el máximo del Baremo, esto es el 4% por tratarse de una cicatriz mentoniana de 5 cms.; ya que el baremo habla de cicatriz lineal en mentón mayor de 4 cms., y la valoración va de 2 al 4%.

Interpreta, que el juez ante su falta de conocimiento sobre medicina legal o del trabajo, debió requerir explicaciones al perito o dictar una medida para mejor proveer, a los fines de evacuar las dudas generadas por el porcentaje de incapacidad, pero optó por el mal mayor en clara violación al principio indubio pro operari y a la tutela judicial efectiva, pues con su sentencia ha violado el Baremo D. 659/96 para las cicatrices.

Menciona, que la Dra. Toledo fue clara al señalar los motivos que la llevaron a determinar el máximo de la escala en un 4%, más el factor de ponderación por edad, único elemento que podría el juez disminuir por considerarlo alto, pero eso no amerita que se deseche el valor probatorio del dictamen de fs. 59/61 y 72, porque se condice con lo antes dictaminado por el médico auditor de la ART, Dr. Daniel Ambroggio, quien como bien lo destaca el a quo, a fs. 10 consta que calificó a la lesión como estética, por cicatriz lineal de 0,8 mm en la región paralabial izquierda con leve retracción de la comisura labial, fijándole un 3% de incapacidad y a la que adicionó los factores de ponderación por actividad -leve- y edad, arribando así a un total del 4%.

Indica, que las tablas de tabulación deben agregar factores de ponderación, y en este caso el máximo por la edad (2%), que se justifica porque el accionante no tenía preexistencias ni lesiones previas, y la lesión padecida implica per se un daño cicatrizal y que la minusvalía para la lesión se corresponde incluso con un valor superior.



Refiere, que la función del juez no es revisar el dictamen emitido por la Comisión Médica ya que su deber es fallar conforme a las constancias de autos, en base a lo pretendido y a lo acreditado a través de la pericia médica, con la cual se demostró que el accionante presenta una cicatriz de 5 cms. en el mentón, dictamen del que se aparta el a quo, tergiversándolo, al decir que no justificó el mayor grado de incapacidad determinado, al minimizar la lesión y al no considerar que la perito manifestó que existe daño estético.

En segundo lugar, se agravia por la errónea interpretación de la pericia médica, al decir que es éste el medio probatorio ideal para probar la mayor minusvalía.

Considera, que la pericia es eficaz, válida y fundada, y el juez no declaró su nulidad por ningún motivo, sólo se apartó de ella en perjuicio del trabajador, sin la suficiente convicción ni conocimientos específicos para descalificar un dictamen pericial médico.

En tercer lugar, manifiesta que existe una flagrante violación al derecho vigente al ignorar lo establecido en el Baremo D. 659/96, debido a que es el perito médico el encargado de efectuar el diagnóstico y determinar el grado de minusvalía, sino qué sentido tiene que exista una tabla de valoración de las incapacidades, si luego el a quo la va a desconocer al no aplicarla, lo cual viola garantías de raigambre constitucional.

Alude, que se ha violado lo previsto en el Baremo en el capítulo referido a cabeza y rostro, en donde en su parte final trata de las cicatrices en mentón, lo cual fue advertido por la perito de autos, por lo que procede a su transcripción.

III.- De modo preliminar al tratamiento del recurso ensayado, cabe recordar que los Jueces de Cámara, como tribunal de revisión, se encuentran limitados por los términos de la sentencia en crisis y por los agravios de las partes. Son los litigantes quienes delimitan con sus quejas, como regla general, el alcance del conocimiento de la Alzada.

Consecuentemente, 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 es en ese marco que corresponde analizar el recurso.

Además, los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada (conf. art. 386 del Código Procesal).

Ahora bien, luego de leer el recurso interpuesto debo decir que las expresiones que contiene importan un menoscabo a la investidura del Juez e incluso resultan descalificadoras no sólo del contenido de la resolución sino también agravante para la persona del magistrado, lo cual bajo ningún aspecto puedo tolerar debido a que resultan innecesarias, porque de ser ciertas sus sospechas deben ser canalizarlas por las vías legales correspondientes y no caer en meras generalizaciones agraviantes que no tienen ningún asidero a la hora de realizar una correcta argumentación para poner en crisis la resolución de origen.

Así, el accionante plantea en sustancia, tanto una supuesta delegación en la redacción de la resolución en crisis que con cierta animosidad provocaría el resultado adverso de la misma (primer párrafo de fs. 178 vta. y primer párrafo de fs. 179, primer párrafo de fs. 180 y fs. 185 tercer párrafo), y otros excesos de pluma de tenor semejante, "me pregunto en base a que conocimiento específico y/o clarividente facultad puede el juez decir que se aparta olímpicamente de lo dictaminado por una especialista seria y honesta como la Dra. Toledo" "en lugar de resolver conforme a derecho, ha firmado una sentencia arbitraria que viola lo específicamente previsto en la tabla del Baremo D. 659/96 para las cicatrices, o sea en flagrante violación de la ley misma que menciona y que pisotea no dando estricto cumplimiento a lo allí establecido" (fs. 179) "únicamente causar un daño al trabajador y sus letrados, en lugar de destacarse y ser conocido como un juez justo, concedor del derecho, equitativo, al margen de la mediocridad" (fs. 179 vta.) "Circunstancias estas (falta de preexistencias, ni lesiones previas, y de porque se debe mensurar el factor edad) que parece desconocer el Dr. Cosentino, quien otrora actuó como abogado defendiendo a la empleadora y hoy día tiene que afrontar semejante responsabilidad, la de decir la suerte de la parte más débil, los trabajadores, pero partiendo de su opinión expresada en las resoluciones de beneficio de litigar sin gastos donde ni a los más pobres trabajadores que viven prácticamente en chozas, en ranchos en San Patricio del Chañar, les concede el beneficio, haciéndolo solo respecto de la eximición del pago de tasas, que podemos esperar entonces? Nada, solo injusticias, arbitrariedades,



agravado porque luego en la Alzada, los funcionarios y/o relatores, lamentablemente ni siquiera leen las denuncias o manifestaciones efectuadas por la suscripta en dos causas anteriores" (fs. 180 vta.) "no es admisible que de buenas a primeras, se despache con este pronunciamiento totalmente arbitrario y subjetivo, pues acá somos pocos y nos conocemos mucho ("a buen entendedor pocas palabras)(final de fs. 181 y vta.); ponderación incorrecta de la prueba pericial médica (final de fs. 182 y vta., 183 vta. y 185 primera parte).

Consecuentemente, en lo sucesivo deberán abstenerse los letrados firmantes de un comportamiento semejante, bajo aperebimiento de lo establecido en el artículo 35 inciso 3° del Código Procesal.

En el estudio del caso, y en el punto que nos ocupa, no se puede desconocer que la incapacidad sí se encuentra incluida en el Dec. 659/96 –Tabla de Evaluación de Incapacidades Laborales Ley 24557-, donde, conforme a las secuelas, se determinan distintos grados de incapacidad (lesiones en cabeza y rostro). Y al respecto nos dice: "Para la evaluación de las lesiones producidas en la cabeza y rostro se tendrán en cuenta: la zona afectada, la extensión de la lesión, la profundidad de la misma, el aspecto, complicaciones, cambios de color y el compromiso anatómico –funcional de los distintos órganos allí localizados.

Asimismo se valorará la repercusión estética. A la valoración de la incapacidad órgano-funcional se le sumará la correspondiente por la secuela estética".

"Rostro...Mentón...cicatriz lineal, mayor a 4 cm 2-4%. Comisura labial. Retracción labio superior 3%"..."Todas las lesiones de cabeza y rostro se evaluarán posterior al tratamiento y si quedaran como secuelas intratables".

Así, se dan en el caso la concurrencia de los requisitos a que se refiere dicho Decreto en el título "Criterios de utilización de la Tablas de Incapacidad Laboral", vale decir, la existencia de un accidente de trabajo no discutido en autos, la presencia de una disminución anatómica y funcional, consecuencia de dicho siniestro y el daño, cuya medición se encuentra discutida, y es justamente el punto a dilucidar: si fue bien medido de acuerdo a lo establecido en las tablas de incapacidades laborales que contempla el art. 8 de la Ley de Riesgos del Trabajo.

A su vez, el art. 8.3 de la Ley 24.557 establece que en el grado de incapacidad se ponderará, entre otros factores, la edad del trabajador, el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral, todo lo cual ha sido tomado en cuenta en la pericia médica realizada en la causa (ver fs. 60).

Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, observo que el Dictamen de Comisión Médica (9/11/2010) que luce a fs. 2/5, determina que el actor como consecuencia del accidente laboral ocurrido el 29/08/2010, presenta: "Cicatriz lineal en mentón menor de 4 cm., porcentaje 2,00% y por factores de ponderación:...Edad: mayor de 31 años (0 a 2%), porcentaje 0.50%" y se le otorga por dicha lesión un porcentaje total de incapacidad laboral, permanente, parcial y definitiva del 2,50%.

Dicho dictamen es cuestionado por el actor, en los términos del escrito de demanda de fs. 12/14, con la pretensión de que el porcentaje de incapacidad se incremente al 5,30%.

La pericia médica obrante a fs. 59/62, determina que el Sr. Ricardo Raúl Funes, presenta como consecuencia del accidente laboral, según Tabla de Valoración de las Incapacidades Laborales: "Incapacidad anatómico funcional: Cicatriz de 5 cm. mentoniana 4%. Factores de ponderación:...Edad: 39 años, 2%. INCAPACIDAD PARCIAL, PERMANENTE Y DEFINITIVA DEL 6%".

Dicho dictamen fue impugnado con pedido de explicaciones por la demandada a fs. 64 y vta., quién básicamente cuestionó que: "...la cicatriz que el actor presenta en el rostro como resultado de la contingencia motivo de autos tiene escasa repercusión estética y funcional. Pues, en examen médico la perito observó en región paralaial izquierda, cicatriz hipocrómica ligeramente deprimida de 5 cm. x 0,4 mm., con leve depresión que no altera la mímica de la cara y escasamente visible a distancia social. De acuerdo al Baremo 659/96 la incapacidad en el ítem utilizado por la perito es de 2 a 4% y se le otorga al actor el máximo sin tener clínicamente fundamentada esa incapacidad. No provoca déficit funcional y no es manifiestamente visible a distancia social. Por lo que no debió otorgarse más del 2%. No es correcto el cálculo sobre factores de ponderación que realiza la perito..."

La facultativa médica contesta la impugnación y el pedido de explicaciones a fs. 72, e informa: "... de acuerdo al Baremo...incapacidad...2 a 4%...Conforme a las indicaciones del Baremo: Para la evaluación de las lesiones producidas



en la cabeza y rostro se tendrán en cuenta: la zona afectada, la extensión de la lesión, la profundidad de la misma, el aspecto, complicaciones, cambios de color y el compromiso anatomo – funcional de los distintos órganos allí localizados. Asimismo se valorará la repercusión estética. A la valoración de la incapacidad órgano-funcional se le sumará la correspondiente por la secuela estética. Si se tiene en cuenta las características descriptas en la cicatriz del actor, y estas se trasladan a la tabla del Dr. Francisco Bermúdez, aceptada mundialmente como una excelente valoración del daño estético cicatrizal, corresponde incluso un valor superior (6,25%), en relación al otorgado por el Baremo de la Ley, por ésta razón se utilizó el máximo ítem". "No es correcto el cálculo sobre los factores de ponderación..." "Se ha sumado solo el factor correspondiente a la edad, ya que no impide la tarea, ni amerita recalificación la lesión resultante del accidente".

La aseguradora de Riesgos del Trabajo guarda silencio, vale decir, no vuelve a impugnar ni a pedir explicaciones.

Por su parte, en la sentencia de grado se expresó: "Así las cosas, debo decir desde ya que encuentro que asiste razón a la demandada impugnante del dictamen pericial médico en tanto las razones dadas por la perito para justificar los valores otorgados de incapacidad no resultan atendibles. En su explicación de fs. 72 la experta explica que dado que otros baremos que no se aplican al caso, otorgan valores mayores por este tipo de incapacidad, entonces optó por inclinarse por el máximo posible. Esto explica por qué prefirió el 4% de incapacidad con un 2% de ponderación por la edad".

"Pero teniendo en cuenta que los factores de ponderación no resultan obligatorios sino que solo se aplican cuando existen causas que lo ameriten, de hecho la propia experta explica que no aplica los demás porque no hay mérito para ello, cabe concluir que la pericia utiliza el 2% por edad para poder llegar al valor del baremo del Dr. Francisco Bermúdez, pero sin una clara justificación en los hechos de la causa ni fundamentación específica en las características del caso. Dicho en otros términos, la perito maximiza la valoración, no porque se justifique específicamente en la causa, sino para acercarse a la valoración de otro baremo. Está claro que, tal como se afirma en la pericia, la cicatriz no produce limitación funcional ni afecta la mímica de la cara y es escasamente visible a distancia social, entonces nos preguntamos, al igual que lo hace la demandada en su impugnación, por qué habría de fijarse el máximo del baremo y por qué habría de agregarse la edad como factor de ponderación, y es aquí donde no existen respuestas plausibles para justificar la opinión del perito".

"Por estas razones encuentro que el dictamen de la Comisión Médica Nro. 9 que no ha sido desvirtuado por las razones dadas por la perito, habrá de ser tenido como válido y por ello la acción prosperará por el 2,5% de incapacidad. Tengo en cuenta que la descripción de la levedad de la lesión y de la ausencia total de consecuencias funcionales y su casi invisibilidad tornan más prudente inclinarme por los mínimos del baremo que por su máximo y excluyen los factores de ponderación".

Así las cosas, debo decir que no comparto las consideraciones efectuadas en la sentencia de origen para rechazar la demanda, pues siendo una facultad del Juez poder apartarse del porcentaje de incapacidad fijado en la pericia médica, pero no para rechazar la demanda como se hizo en la instancia anterior, sino que al tener en cuenta las especiales características del caso y las reglas de la sana crítica, me permito disentir con el porcentual fijado por la perito interviniente (6%), como así con el que tuvo por válido el a quo (2,5% determinado por la Comisión Médica), para admitir la acción aunque por una incapacidad distinta a la indicada por ambos.

Al respecto, se ha sostenido: "Como es destacado por pacífica doctrina y jurisprudencia, en estos tiempos es inaceptable sostener que la peritación médica es vinculante para el magistrado, quien se encuentra facultado para apreciar el dictamen pericial con los límites objetivos que le imponen las reglas de la sana crítica y recurriendo a otros métodos de convicción aportados a la causa (Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi 1992 t.1 p.49 y sig y sus citas)", (López Miró, Horacio G., ¿Qué hacer ante una pericia médica contraria al estado actual de la ciencia o a las constancias de autos?, DJ 11/10/2006, 444).

En relación con la valoración de la prueba pericial: "Cabe considerar que la pericia médica puede considerarse científicamente fundada si el especialista explicó en forma clara cuáles son las distintas secuelas que dejó el hecho, así como el método utilizado para verificarlas y para graduar la minusvalía que ocasionan, todo lo cual evidencia que su



opinión está basada en razones objetivas y científicamente comprobables" (cfr. CNTrab., Sala IV, "Jaime, Amilcar Emanuel c. Cotecsud S.A.S.E. y otros s/ accidente-acción civil", 28/02/2013, AR/JUR/4702/2013).

En efecto, la pericia médica del 12 de febrero de 2012 (fs. 59/62), si bien no resulta de aplicación obligatoria para el juez, lo cierto es que contiene base científica suficiente, pues determina en el examen físico: "Cabeza y cuello: En rostro se observa en región paralabial izquierda cicatriz hipocrómica ligeramente deprimida de 5 cm. por 0,4 mm., con leve depresión que no altera la mímica de la cara y escasamente visible a distancia social". "Consideraciones médicas: El Sr. Funes, Ricardo Raúl de 39 años de edad, sufre un accidente de trabajo, en un procedimiento policial al ser atacado por una persona que demoraban, con una lapicera en el rostro. Conforme a documentación de autos el día 29/08/10 es atendido con herida en región paralabial izquierda, tratada con sutura química en la Clínica de Zapala. Se otorga el alta laboral el 14/09/10.

En la evaluación realizada se detecta cicatriz compatible con el hecho denunciado y con las características detalladas en el examen físico.

Corresponde según la Tabla de Valoración de las Incapacidades Laborales, por: Incapacidad anatómico funcional: Cicatriz de 5 cm. mentoniana, 4%. Factores de ponderación:...Edad: 39 años, 2%. INCAPACIDAD PARCIAL, PERMANENTE Y DEFINITIVA DEL 6%" ...En respuesta a la pregunta de la demandada para que exprese y fundamente sus coincidencias y/o discrepancias respecto de las consideraciones y conclusiones obrantes en el Dictamen emitido por la Comisión Médica 009 (Expte. N° 009-L-01595/10), aunque observo un error en la numeración dada por la experta, pues correspondía 5) y tipea 4), contestó: ...Conclusiones obrantes en el dictamen de la CM... Existe una diferencia en la medición de la cicatriz".

Así entonces, al tener en cuenta los elementos señalados en el art. 8.3 de la LRT a los fines de la determinación del monto indemnizatorio, el tema no puede ser dirimido de otra manera que no sea a través de las conclusiones médicas que obran en la causa, y que fueran reseñadas párrafos más arriba, a saber: dictamen de la Comisión Médica Nro. 9 de fs. 2/5, dictamen del auditor de la aseguradora de fs. 10, pericia médica producida a fs. 59/62, impugnación con pedido de explicaciones por la demandada de fs. 64 y vta. y contestación de impugnación de fs. 72.

Consecuentemente, me parece por demás ilustrativo el dictamen del auditor de la propia Aseguradora de Riesgos del Trabajo que luce a fs. 10, en donde el Dr. Daniel R. Ambroggio, el 13 de octubre de 2010, a menos de dos meses de ocurrido el siniestro (29 de agosto de 2010), luego de revisar al demandante sostuvo:

"Motivo del siniestro: Herida punzo-cortante en la región mentoniana. Motivos incapacitantes: Lesión estética...Porcentajes de las incapacidades según Tabla: ROSTRO: Cicatriz lineal de 0,8 mm en la región para labial izquierda con leve retracción de la comisura labial del mismo lado: 3%...porcentaje subtotal: 3%...Factor de ponderación: Actividad: leve 10% del 3% = 0,30%; relación laboral: No amerita: 00% del 3%; edad 38 años: 0,70%. Incapacidad Total: 4% (cuatro por ciento) Permanente, Parcial y Definitiva" (el remarcado es propio).

A su vez, y en esa línea, la especialista médica oficial al responder la impugnación de la aseguradora destacó que para determinar el porcentual de incapacidad órgano funcional valoró la repercusión estética y por lo tanto, le ha sumado dicha secuela.

Y que, al tener en cuenta las características descriptas en la cicatriz del actor, y en función del esquema sistémico de la Ley de Riesgos del Trabajo, ajustó su dictamen en cuanto a la incapacidad al Baremo laboral del Decreto N° 659/96, no obstante, con buen criterio ilustró al juzgado, pues aclara que para contemplar la secuela estética, tuvo en cuenta la tabla del Dr. Francisco Bermúdez, aceptada mundialmente como una excelente valoración del daño estético cicatrizal (6,25%), y que por ésta razón utilizó el máximo del Baremo, por ser desde su punto de vista el más adecuado al daño que el actor presenta en relación a la incapacidad anatómico funcional, esto evidentemente desde su conocimiento científico.

En resumen, advierto que la Comisión Médica N° 9 del 9/11/2010 hace mención a que en una clínica de Zapala le efectuaron una sutura química, y que: "En región mentoniana izquierda se observa línea horizontal de 1 cm. Eutrófica ligeramente deprimida" (fs. 3) y como lesión describe una cicatriz lineal en mentón menor de 4 cm. No se refiere a la secuela estética. Se fija la lesión en un 2,00% y como factor de ponderación tiene en cuenta la edad (mayor de 31



años del 0 al 2%) y le asigna un 0,50% más. Vale decir, reitero, se establece un porcentaje total por incapacidad permanente, parcial y definitiva del 2,50%.

Por tanto, no puedo, como lo hizo el juez a quo, quedarme sólo con esta conclusión médica porque ya a simple vista es insuficiente.

Por otra parte, el médico de la A.R.T., Dr. Ambroggio, sí contempla la lesión estética pero no menciona el tamaño de la cicatriz (nada más y nada menos que de 5 cm), ya que sólo indica: "Cicatriz lineal de 0,80 mm en la región para labial izquierda con leve retracción de la comisura labial del mismo lado", a lo cual le fija un 3% %...porcentaje subtotal: 3%...Factor de ponderación: Actividad: leve 10% del 3%= 0,30%; relación laboral: No amerita: 00% del 3%; edad 38 años: 0,70%. Incapacidad Total: 4% (cuatro por ciento) Permanente, Parcial y Definitiva"; lo cual también resulta incompleto.

Mientras que el perito de oficio arribó al 6% de incapacidad parcial, permanente y definitiva, asignándole al demandante según la Tabla de Valoración de las Incapacidades Laborales (máximo del Baremo), por: Incapacidad anatómico funcional: Cicatriz de 5 cm. Mentoniana un 4%, y por Factores de ponderación: Edad: 39 años, un 2%. Y siendo que para el primer ítem valoró la repercusión estética. Su trabajo, a mi criterio, resulta ser el más completo en cuanto al contenido pormenorizado de la lesión del reclamante, sin perjuicio de que no comparto con ella, el porcentual de incapacidad asignado.

En definitiva, en el caso concreto, el grado de incapacidad laboral parcial y permanente debe ser el resultado de la aplicación del Baremo laboral del Decreto N° 659/96 con los factores de ponderación, que nos permitan establecer las diferencias en cada caso, los cuales deben ser especificados para su uso uniforme y situarse en una escala para flexibilizar su aplicación.

Máxime que es sabido que la medicina no es una ciencia exacta, y en tal sentido se ha dicho: "Si bien la normativa complementaria a la L.R.T. tiene un determinado baremo para cuantificar las incapacidades, dicha tabla no constituye una regla rígida que deba aplicarse mediante simple operaciones aritméticas, sino sólo una guía para estimar la disminución que ocasiona un cierto padecimiento. La elaboración de un dictamen médico no obliga a determinar la incapacidad en función de una pauta rígida derivada de aquellos, sino de las apreciaciones que en cada caso el perito pueda hacer y en las que el baremo resulta una pauta razonable pero no el único elemento que se deba considerar. La determinación de una minusvalía requiere la valoración de las circunstancias personales inherentes a la individualidad de cada ser humano" (CNAT, Sala II, Expte. N° 11488/04, Sentencia Definitiva N° 97.637 del 15/02/2010, en la causa: Emprendimiento Recoleta SA c/ Arce, Juan Carlos y otros s/ Consignación).

Así, sobre la base de los lineamientos que vengo analizando, ninguno de los informes médicos obrantes en autos ni la sentencia de grado, cumplen satisfactoriamente su cometido para lograr un adecuado grado de incapacidad a los fines de la obtención de una indemnización laboral.

No obstante lo cual, reitero comparto las consideraciones médicas esbozadas por el perito oficial a fs. 59/62 y a fs. 72, no así los valores otorgados por incapacidad y los factores de ponderación, al interpretar que ambos resultan elevados, pero por otra parte, resultan también inconvenientes los mínimos del Baremo.

Consecuentemente, me inclino por propiciar, teniendo en cuenta los hechos de la causa: una cicatriz lineal mentoniana de 5 cm por 0,8 mm (ésta última medida según el médico de la ART, pues la CM la había fijado en 1 cm y la pericia oficial en 0,4 mm) en la región para labial izquierda con leve retracción de la comisura labial del mismo lado (conforme perito de la ART), a la cual le efectuaron sutura química en Zapala, con lesión estética, por lo tanto, le asigno al señor Ricardo Raúl Funes, siguiendo la Tabla de Valoración de las Incapacidades Laborales un 5% de incapacidad parcial, permanente y definitiva, por: Incapacidad anatómico funcional: Cicatriz de 5 cm. mentoniana y lesión estética: un 3,5%, y por Factores de ponderación: Actividad: leve 10% del 3,5%= 0,35% (idem médico ART); y directa por Edad (al ser un factor perfectamente determinable ya que no necesita la generación de ninguna variable adicional a los fines de incorporarlo como factor de ponderación, tal como sucede con el tipo de actividad y las posibilidades de reubicación laboral): 39 años, un 1,15%; es decir un 1,5%.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al agravio del actor con los alcances señalados precedentemente.

En otro orden, observo que, la demanda fue interpuesta el 3 de febrero del 2011 (accidente de trabajo ocurrido el



29/08/2010), en virtud de que la Comisión Médica N° 9 estableció que el reclamante padecía una incapacidad del 2,50%; transcurrida la etapa probatoria (fs. 144 y vta.), la parte actora recurrente presenta el alegato el 4 de julio de 2014 peticionando que se apliquen los arts. 3, 8 y 17 incs. 5 y 6 de la Ley N° 26.773/2012, debiendo a tal fin declarar la inconstitucionalidad del inciso 5 del último artículo mencionado.

En ese sentido, esta Sala III ha resuelto la liquidación de las prestaciones en materia de accidentes de trabajo y también de enfermedades profesionales, aplicando en forma inmediata las mejoras contempladas por normativa modificatoria -decretos o leyes-, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad; en relación a la ley 26.773, al decidir la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 a los mismos efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 413.572/2010; "VALENZUELA HUGO LEANDRO CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 415000/2010); "PINOCHET ROBERTO CONTRA PRODUCTORES FRUTAS ARG. COOP. SEG. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. N° 357197/2007)), tal el adicional del 20% del art. 3° de la 26773; antecedentes a los que me remito por razones de brevedad y economía procesal. (conforme arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 38 inc. n de la Constitución Provincial; 2 y 3 del Código Civil; 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.).

Resulta oportuno resaltar que este criterio es mayoritario en esta Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, 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 Ley de Riesgos del Trabajo, como se puede observar en la causa citada -Valenzuela- (sala III, Dres. Marcelo Medori - Fernando Ghisini); en los autos: "MENDEZ JUAN AGUSTIN C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 377393/8) (Sala I, Dr. Jorge Pascuarelli); y en: "FUENTES CRISTIAN GILBERTO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO" (Expte. N° 412674/10) (sala II, Dra. Patricia Clerici).

Ello, en virtud 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 Código Civil, 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 Ley de Riesgos del Trabajo, debido que el PEN, autoridad reglamentaria, debía solamente determinar la mejora correspondiente de las prestaciones de acuerdo a las circunstancias económicas generales, pero de ninguna manera podía condicionar su entrada en vigencia, postergando aún más la recomposición de las indemnizaciones por incapacidad de los trabajadores damnificados.

Ahora bien, la Ley 26.773 está referida al "Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños Derivados de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", y en su artículo 1° menciona los principios fundamentales en la materia: "Las disposiciones sobre reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales constituyen un régimen normativo cuyos objetivos son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias. A los fines de la presente, se entiende por régimen de reparación al conjunto integrado por esta ley, por la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y sus modificatorias, por el Decreto 1694/09, sus normas complementarias y reglamentarias, y por las que en el futuro las modifiquen o sustituyan."

Luego, clarifica en su articulado otras pautas esenciales tales como: "el derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional.

El principio general indemnizatorio es de pago único, sujeto a los ajustes previstos en este régimen" (art. 2, segundo y tercer párrafo).

"Los obligados por la ley 24.557 y sus modificatorias al pago de la reparación dineraria deberán, dentro de los quince (15) días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro. Los damnificados podrán



optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables. El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo. La prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación. En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil." (art. 4).

"Los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación, se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPTÉ (Remuneraciones Imponibles promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia" (art. 8).

Sobre el particular, el artículo 3° establece: "Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma. En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización adicional nunca será inferior a pesos setenta mil (\$70.000)".

Por último, dentro de las disposiciones generales, el artículo 17 inc. 5 determina: "Las disposiciones afines a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha".

En función de las normas transcritas precedentemente, debo propiciar, tal como lo solicita el recurrente en su alegato, la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 16 del Decreto N° 1694/2009 y del artículo 17, inciso 5 de la ley 26.773, por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan al trabajo subordinado, consagrado por los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, para así admitir la aplicación integral de las mejoras a las prestaciones dinerarias contempladas en la citada ley, aun cuando los hechos cuya primera manifestación invalidante hayan sido anteriores al 26 de octubre de 2012, debido a que el siniestro no ha sido cancelado a esa fecha, lo cual no implica la retroactividad de la ley (ex art. 3° Código Civil) ni afecta al derecho de propiedad de las obligadas del sistema.

A su vez, ese límite 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, desde el momento que tales caracteres exigen que la mejora de las prestaciones de un sistema dado, 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.

Se advierte entonces, que se repite la condición de la primera manifestación invalidante producida a partir de la publicación en el Boletín Oficial para la aplicación de la normativa, ciertamente en forma confusa. Esta situación ya había sido cuestionada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia con motivo del art. 19 del Decreto 1278/00 y del art. 16 del Decreto 1694/09.

Es así, que esta cláusula de las distintas recomposiciones prestacionales surge claramente contradictoria con la propia finalidad de las normas: actualizar las sumas indemnizatorias destinadas a reparar siniestros laborales en el marco de un sistema de seguridad social como es la LRT, especialmente, frente al particular contexto económico nacional, y de conformidad a lo previsto en el art. 11 inc. 2 y 3 de la ley 24.557.

En ese sentido, 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.

La Corte aceptó la aplicación inmediata de la norma que instituía la actualización de los créditos laborales (Ley 20.695), en un caso en que su fecha de entrada en vigencia era posterior al dictado de la sentencia, señalando que la aplicación de la nueva ley en la etapa de ejecución de sentencia no implicaba retroactividad alguna, pues en el caso "...no se había satisfecho el crédito del accionante...", por lo que "...resulta por tanto aplicable la doctrina del artículo 3° del Código Civil, primera parte, ya que tan sólo se alteran los efectos en curso de aquella relación nacida bajo el imperio de la ley antigua, a partir del momento de la entada en vigencia del nuevo texto legal..." ("Camusso vda. de Marino c/ Perkins S.A.", Fallos 294:445).

Asimismo, debo traer a colación los antecedentes que desarrollara el Dr. Marcelo Medori en la causa "Correa c/ Galeno ART s/ Recurso 24557" (Expte. N° 442094/11), a cuyo voto adhiriera en aquella oportunidad, para lo cual, considero importante transcribir algunas citas: "Por las consideraciones expuestas concluimos que el índice RIPE - anterior a la vigencia de la ley y posterior- se aplica únicamente sobre los pisos mínimos y las prestaciones adicionales por las siguientes consideraciones:

a) El régimen de reparación es el conjunto integrado por esta ley, por la ley Nro. 24557 y sus modificatorias, por el decreto Nro. 1694/09 y sus normas complementarias y reglamentarias y por la que en el futuro las modifiquen o sustituyan.

b) El artículo 11 apartado 3 autoriza al Poder Ejecutivo a mejorar las prestaciones dinerarias cuando las condiciones económicas financieras generales del sistema así lo permitan.

c) El decreto Nro. 1278/00, el decreto Nro. 1694/09 y finalmente la Ley Nro. 26773 con la aclaración de la resolución dictada, agregó e incremento únicamente las prestaciones adicionales del artículo 11. Además el decreto Nro. 1694/09 garantizó un piso mínimo y la Ley Nro. 26773 incrementó semestralmente ese piso y las prestaciones adicionales con el índice RIPE. Y con el artículo 17 inciso 6) procuró que el incremento de esos pisos y prestaciones adicionales fuese desde el último incremento 2009 hasta la vigencia de la Ley y por ello alude expresamente a las prestaciones dinerarias que se actualizaron mediante decreto Nro. 1694/09 que no son otros que los pisos y prestaciones adicionales.

d) Del análisis del incisos a), b) y c) es que debe necesariamente concluirse que la Ley Nro. 26773 no estableció una nueva fórmula para calcular la prestación dineraria del artículo 14 y 15, multiplicándola por el índice RIPE desde el 2010, sino que delegó en el Ministerio de Trabajo los incrementos semestrales de los pisos y prestaciones adicionales para así evitar que el Poder Ejecutivo dispusiera el aumento por decretos de estos pisos o prestaciones, procurando sanear el desfasaje producido desde el 2009 hasta la vigencia de la Ley Nro. 26773.

e) Si las prestaciones dinerarias del artículo 14 y 15 se multiplicarán por el índice ripte se introduciría un mecanismo de indexación, violando con ello la Ley Nro. 25561. La mayoría de las Cámaras de la Primer Circunscripción reconocen que es un mecanismo de actualización porque aplican la tasa de interés de la Ley Nro. 4087 y por ello se estaría violando la citada norma.

Debe tenerse presente que dichas prestaciones se incrementan en función de los aumentos salariales y se le garantiza un mínimo, por lo que no existe ningún perjuicio porque con la tasa activa del Banco Nación con más los incrementos salariales y pisos mínimos se procura compensar el deterioro del poder adquisitivo de la moneda, pudiendo inclusive los Tribunales aplicar —si se dan los extremos- tasas sancionatorias. La ventaja de aplicar los intereses es que carece de los efectos negativos que tienen los mecanismos de actualización sobre la economía. La aplicación del índice RIPE sobre la prestación dineraria del artículo 14 y/o 15 de la Ley Nro. 24557 con más el interés del 5 % anual o la tasa activa directa sin lugar a dudas va a producir una distorsión porque se está reconociendo un índice mayor al inflacionario, produciendo a futuro las consecuencias de las cláusulas de ajustes que ha sostenido la OIT, o los efectos sostenidos por la C.S.J.N en Massolo Alberto José c/ Transportes del Tejar S.A. "la adopción de mecanismos generales de la actualización de obligaciones y las deudas tienen probada eficacia para acelerar las alzas generales de precios y depreciar el valor de la moneda".

f) Al establecer el incremento por el RIPE de los pisos y prestaciones adicionales no es un mecanismo indexador



establecido como excepción, ya que no mide la variación de los precios, los costos ni el valor de la moneda y por otro lado es un indicador para mejorar periódicamente y a futuro los valores indicados y desacredita la idea de actualizar las deudas. Además con ello se evita el dictado de decretos del Poder Ejecutivo para incrementar los pisos y prestaciones y es un incremento semestral.

g) Y como sostiene el Dr. Maza si la idea del legislador era actualizar las indemnizaciones a cobrar del artículo 14 y 15 hubiera sido más razonable que acudiera a otros índices que reflejan en mayor o menor medida los cambios en el valor de la moneda en costos de los servicios o en precios de la economía Nacional. No parece compatible con esa finalidad actualizar las obligaciones en base a un indicador que solo mide la variación promedio de los salarios, puesto que esa variable no necesariamente ni en todos los casos y periodos semestrales va a compensar la eventual depreciación del valor de la moneda. Por otra parte el legislador se ha referido al vocablo ajustar que no es lo mismo que el vocablo indexar o actualizar, salvo la expresión confusa de la actualización del decreto Nro. 1694/09 que ninguna doctrina o jurisprudencia la ha visto como indexación de valores sino solo de mejoramiento o ajuste producido por esta norma sobre los pisos y prestaciones adicionales.

h) Finalmente la resolución Nro. 34/2013 confirmó esta opinión de que el incremento es sobre los pisos y prestaciones adicionales y con ello se evita la violación del debido proceso y derecho de propiedad y principio de razonabilidad, ya que las ART deben pagar retroactivamente deudas actualizadas conforme criterio sostenido en jurisprudencia y no pueden ser trasladadas al cliente por lo dispuesto en los artículos 10,11 y 12 de la Ley nro. 26773, alterando la ecuación económica financiera del sistema y vulnerándose el artículo 522 del CC por no tener presente las circunstancias económicas del País, la Ley Nro. 25561 y produciendo el riesgo del deterioro del sistema.

i) Por último la aplicación del ripte a los pisos y prestaciones adicionales y no sobre la prestación dineraria del artículo 14 y 15 de la Ley Nro. 24557 no le produce ningún perjuicio al trabajador, y por el contrario un enriquecimiento injustificado, ya que a los trabajadores accidentados o con enfermedades posteriores a la vigencia de la Ley Nro. 26773 se le incrementaría sólo el mínimo y las prestaciones adicionales, y a los trabajadores con accidentes o enfermedades anteriores a la vigencia se le incrementarían las prestaciones dinerarias del artículo 14 y 15, lo que es irrazonable.

j) Justamente el pronunciamiento Garis procuró que los trabajadores accidentados anteriores a la vigencia del decreto Nro. 1694, pero con prestaciones dinerarias no abonadas se le abonara el piso mínimo y la nueva prestación adicional, para así evitar una desigualdad. Con la interpretación armónica del artículo 17 inciso 6) con la resolución Nro. 34/2013 se concluye; que los trabajadores siniestrados y con prestaciones no abonadas con anterioridad a la vigencia cobraría los mismos pisos y prestaciones adicionales que los accidentados al momento de la vigencia de la ley 26773, no existiendo desigualdad ni perjuicio y por ello consideramos que la opinión del Dr. Maza es la correcta." (Grosso, Miguel. Ley 26.773 y aplicación del RIPTE. Incremento notorio de los montos indemnizatorios y del litigio con su aplicación a las prestaciones dinerarias de los artículos 14 y 15 de la ley 24.557. Visión jurisprudencial de la provincia de Mendoza. Publicado en: LL Gran Cuyo 2014 (abril), 265, Cita Online: AR/DOC/866/2014)...".

Así entonces, en lo que hace a la citada forma de ajuste por índice, entendida como mejora al sistema de prestaciones instituido por la Ley de Riesgos del Trabajo, en la referida causa: "CORREA SERGIO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 442094/2011), se estableció que de conformidad a lo estipulado en el art. 17.6 de la mentada ley 26.773 y dentro del marco general previsto por las leyes 23.928 y 25.561, el ajuste procede desde enero de 2010 a octubre de 2012, sobre los montos nominales mínimos y fijos que quedaran congelados con el Decreto N° 1694/2009, consignándose un método de recomposición automático para evitar el dictado de nuevos decretos, en coherencia con la normativa dictada con posterioridad, tales las Resoluciones S.S.S. 34/2013 y 3/2014, y el propio Decreto N° 472/2014.

Por tanto, viene firme a esta Alzada, la sentencia de primera instancia en cuanto a los límites de la pretensión –mayor porcentaje de incapacidad- lo cual surge de la documental de fs. 11 incorporada con la demanda y el escrito de fs. 37 del actor; como también el planteo referido al IBM, ya que al comparar la liquidación del demandante de fs. 15 no media diferencia con el que se tomara como base para el cálculo de fs. 11, debido a que aplicado a dicho IBM el



coeficiente de edad de 1,71 y el porcentaje de incapacidad del 2,5% arroja como resultado la suma de \$11.870,02 que es exactamente la cifra abonada por la ART (ver fs. 172 vta.).

Así pues, el importe que resulta de la fórmula del art. 14 de la LRT (53 veces el valor mensual del ingreso base -\$4.937,45- multiplicado por 65 dividido 38 y aplicado el 5% arroja la cifra de \$22.380,94) debe ser comparado con el mínimo legal, ajustado por el RIPE desde el 1.01.2010 a la entrada en vigencia de la ley 26.773 (4.11.2012), según artículo 17.6. Conforme a ésta pauta, para noviembre de 2012 el coeficiente aplicable es de 2,236 conforme surge del cociente resultante de la operación entre el índice RIPE de noviembre de 2012 (770,83) y el correspondiente de enero de 2010 (344,73).

El "piso tarifario" para la incapacidad total permanente definitiva y la muerte (\$ 180.000) se elevaría a \$ 402.480 (\$ 180.000 x 2,236). Para la incapacidad del 5% arroja la suma de \$20.124.

Al resultar el primero superior (\$22.380,94) a éste último monto (\$20.124), se le debe adicionar al primero el 20% previsto en el art. 3 de la ley 26.773 (\$4.476), y se llega a \$26.857.

Por último, a la suma de \$26.857 hay que descontarle lo percibido en sede administrativa (\$11.187,02), y el crédito adeudado al demandante asciende a la suma de \$15.670.

En consecuencia, el monto de condena es de \$15.670, con más sus intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A, desde el evento dañoso (29 de agosto de 2010) hasta el efectivo pago, de conformidad a lo dispuesto por el TSJ in re "Alocilla" y "Mansur".

Las costas de primera y segunda instancia serán impuestas a la demandada en su condición de vencida (art. 17 de la Ley N° 921 y 68 del Código Procesal).

Finalmente, al revocarse la sentencia de grado, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados sobre el capital y los intereses considerados por el a quo (Ley 2933), por lo que se deberá realizar una nueva regulación de conformidad con las pautas señaladas en la presente y teniendo en cuenta la Ley provincial 2933.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio hacer lugar a la apelación del actor y revocar la sentencia de primera instancia, debiéndose practicar nueva liquidación en el momento previsto por el art. 51 de la ley 921, a cuyo efecto se deberán regular los honorarios de los profesionales que participaron en esta Alzada en el 30% de lo que se establecerá en la anterior instancia, con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

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 de fecha 17 de junio de 2015, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 17 Ley 921 y 68 C.P.C.C.).
- 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 cuestión litigiosa resuelta.
- 4.- 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.).
- 5.- Hacer saber a los letrados de la actora que en lo sucesivo deberán abstenerse de un comportamiento semejante, bajo apercibimiento de lo establecido en el artículo 35 inciso 3° del Código Procesal.
- 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



[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial -
Sala III - (Expte.: 475715/2013) - Sentencia: 05/16 - Fecha: 04/02/2016

DERECHO CIVIL: Contratos.

LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. INCUMPLIMIENTO DE LA OFERTA O DEL CONTRATO POR EL
PROVEEDOR. RESTITUCION DE LO PAGADO. INTERESES. COMIENZO DEL CÓMPUTO. DAÑO MORAL.
APRECIACION. DAÑO PUNITIVO. ASPECTOS OBJETIVO Y SUBJETIVO.

1.- Los intereses correspondientes al capital reclamado deben correr desde que el demandante intimó el reintegro de los pagos efectuados, hasta su efectivo pago. Ello es así, en función de que aún dentro de la orbita de la relación de consumo regulada por la ley 24.240, para exigir la restitución de lo pagado (art. 10 bis ley mencionada), es necesario que el consumidor o usuario de dicho servicio o prestación comunique al incumplidor su voluntad de rescindir, momento a partir del cual al deudor se lo constituye en mora, pues a partir de allí y no antes, nace su obligación de restituir las sumas percibidas como contraprestación de una obligación no cumplida por su parte.

2.- [...] para la apreciación del daño moral de origen contractual es preciso demostrar la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o angustia, provocada por el accionar del incumplidor, que no puede equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios y corrientes que genera solamente su incumplimiento. Por ello, al no haberse acreditado tal extremo, no corresponde hacer lugar al daño moral reclamado, por lo que, en tal sentido, se confirmara la sentencia de grado.

3.- [...] para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor -daño punitivo-, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por éste el incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta de dolosa o gravemente culposa, ya que entiendo que el simple incumplimiento o existencia de la faz objetiva no habilita sin más su aplicación.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SYDIAHA ALEJANDRO MIGUEL C/ BRICEÑO ANGUEL AGUSTIN S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. N° 475715/2013), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 6 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría



actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- A fs. 254 el actor interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 247/253 vta., expresando agravios a fs. 258/261, los que vencido el plazo de traslado no son contestados por la contraria.

II.- Se agravia el recurrente por la fecha en que la jueza ordena liquidar los intereses.

Manifiesta, que si bien es cierto que el actor intimó el reintegro de los pagos efectuados mediante CD el 15-04-13, también lo es que no habiendo desconocido la demandada los recibos de pagos por cada una de las sumas abonadas, dichos importes deberán liquidar intereses desde la fecha de su efectivo pago.

Señala, que si el actor no hubiera procedido al pago de los importes abonados en aras de un contrato que nunca se cumplió; esas sumas de dinero podrían haber sido objeto de plazo fijo y con ello el accionante hubiera generado intereses desde el mismo momento de su entrega.

En segundo lugar, se agravia por el rechazo del daño moral, al expresar, que siendo el objeto del contrato la construcción de una vivienda, el menoscabo sufrido es evidente y si bien comparte lo sostenido por la a-quo en cuanto a la interpretación restrictiva de esta especie de daños en la órbita contractual, en el caso de autos la materialidad o tinte económico de cualquier objeto de contrato se ve reducida ante la figura de la vivienda.

Sostiene, que el daño moral sufrido por el actor adquiere en el caso ciertas particularidades que admiten su presunción, ya que el mismo se produce ante el aplastamiento por parte de la demandada de las expectativas de poseer una vivienda propia.

Menciona, que la posibilidad de la construcción de una vivienda propia, se planea con anticipación, con esperanzas, con el ahorro y esfuerzo de largo tiempo; y la aniquilación de todas estas expectativas y sueños truncados no puede más que exigir el resarcimiento. El incumplimiento de la demandada trajo aparejado daños evidentemente presumibles; y el requerimiento de su prueba deviene en un formalismo contrario a la gestada jurisprudencia y nueva legislación civil.

En tercer lugar, se agravia por el rechazo del daño punitivo.

Dice, que si bien la a-quo manifiesta que no existe constancia de que el demandado haya actuado a sabiendas, que no podía/quería cumplir su compromiso, cuando surge palmario de las constancias de la causa la arbitrariedad en el actuar del mismo, quién no solo no ejecuto la obra sino que tampoco procedió a informar la imposibilidad de cumplimiento al actor, ni mucho menos se decidió a reintegrar las sumas ya abonadas por aquél.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en relación al agravio expuestos relativos al comienzo del computo de los intereses del capital reclamado, diré que dentro de la órbita contractual en donde una de las partes ha dado comienzo al cumplimiento de su contraprestación (en el caso el actor ha ido efectuando pagos a cuenta a favor del demandado), a los fines de la mora -salvo pacto expreso en contrario- se requiere que el acreedor no solo comunique de manera fehaciente su voluntad de rescindir (art. 10 bis de la LDC), sino también la devolución de la contraprestación efectuada por su parte.

Ello es así, en función de que aún dentro de la órbita de la relación de consumo regulada por la ley 24.240, para exigir la restitución de lo pagado (art. 10 bis ley mencionada), es necesario que el consumidor o usuario de dicho servicio o prestación comunique al incumplidor su voluntad de rescindir, momento a partir del cual al deudor se lo constituye en mora, pues a partir de allí y no antes, nace su obligación de restituir las sumas percibidas como contraprestación de una obligación no cumplida por su parte.

Por lo tanto, en el caso particular de autos, los intereses correspondientes al capital reclamado deben correr desde la fecha que se indica en la sentencia, esto es, desde que el demandante intimó el reintegro de los pagos efectuados (15/04/13), hasta su efectivo pago.

Por lo expuesto, se rechazara este primer agravio.

Ahora bien, en punto a la procedencia del daño moral, y atendiendo a las particularidades de la especie, la realidad es que el recurrente no ha aportado elementos de convicción suficientes que autoricen a considerar configurado el daño moral que alegó haber padecido, no obstante corresponder a dicha parte la carga de la prueba referida a ese extremo por ser quien tenía a su cargo el onus probandi, de conformidad con lo previsto por el art. 377 del Código



Procesal.

Sentado lo anterior, y toda vez que la pretensión del reclamante halla fundamento en el incumplimiento contractual atribuido al Sr. Ángel Agustín Briceño, debo afirmar que el hecho de tener que demandar la resolución contractual por la construcción de la vivienda y la devolución del pago de precio a cuenta, no implica, per se, la procedencia del rubro bajo análisis, que debe ser apreciado con carácter restrictivo.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho que: "Las expresiones utilizadas por el art. 522 del C. Civil "podrá", "índole del hecho generador", "circunstancias del caso", en realidad son pautas que persiguen como finalidad un mayor afinamiento del criterio del magistrado, para evitar que se llegue a situaciones disvaliosas, como lo sería, precisamente, si llegara a admitirse automáticamente, ante el solo incumplimiento contractual, el daño moral. La facultad que al juez le concede el art. 522 del C. Civil debe ser apreciada con rigurosa medida, analizando detenidamente la índole del hecho generador de la responsabilidad y demás circunstancias concurrentes, dado que de ordinario en el ámbito contractual lo que resulta afectado no es más que el interés patrimonial. Civil - Sala L ARDULLI Sent. definitiva C. 043149 MENDEZ DE LOPEZ MANSILLA, Claribel y otra c/BONFIGLIO WASBEIN Y BONFIGLIO S.R.L.

De allí que, contrariamente a lo sostenido por la parte apelante, considero que para la apreciación del daño moral de origen contractual es preciso demostrar la existencia de una lesión a los sentimientos, afecciones o angustia, provocada por el accionar del incumplidor, que no puede equipararse a las inquietudes e inconvenientes propios y corrientes que genera solamente su incumplimiento.

Por ello, al no haberse habiéndose acreditado tal extremo, no corresponde hacer lugar al daño moral reclamado, por lo que, en tal sentido, se confirmara la sentencia de grado.

En cuanto al agravio formulado respecto al daño punitivo, me permito efectuar ciertas consideraciones, para luego evaluar si en el caso sub-examen corresponde o no su aplicación.

La reforma introducida en la Ley de Defensa del Consumidor, a través de su art. 52 bis, nos ha traído la figura de los daños punitivos de neto corte Anglosajón. El mencionado artículo (según Ley de Reforma 26.361) establece: "Daño punitivo. Al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan. Cuando más de un proveedor sea responsable del incumplimiento responderán todos solidariamente ante el consumidor, sin perjuicio de las acciones de regreso que les correspondan. La multa civil que se imponga no podrá superar el máximo de la sanción de multa prevista en el artículo 47, inciso b) de esta ley".

Al efectuar un análisis de la norma transcripta, advierto que no cualquier incumplimiento contractual o legal, puede servir de sustento para imponer una pena pecuniaria de índole civil que condene al incumplidor a reparar fuera de los límites del perjuicio efectivamente sufrido.

Considero, que la norma brinda al Juez un parámetro de referencia muy amplio, facultándolo -a instancia del damnificado- a aplicarla cuando: "el proveedor no cumpla con sus obligaciones legales o contractuales", lo que pareciera significar ab-initio que cualquier incumplimiento legal o contractual serviría de sustento para aplicar la sanción civil allí consagrada.

Ahora bien, sin perjuicio de lo expuesto, entiendo que el artículo no obliga a los jueces a sancionar pecuniariamente cualquier incumplimiento legal o contractual, pues el mismo dispositivo analizado dice expresamente que: "el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor", es decir que, a pesar de verificar el incumplimiento, puede no aplicarla.

De allí, que corresponde a los jueces en primer lugar verificar la existencia de incumplimiento de índole legal o contractual y luego de ello evaluar si corresponde sancionar o no al responsable de esa inobservancia fuera de los límites de la reparación del perjuicio ocasionado.

Esta tarea no resulta fácil, máxime cuando la misma norma que consagra la sanción no brinda un marco de referencia -más allá del mero incumplimiento legal o convencional- al que atenerse en lo que hace a la procedencia o improcedencia de los daños punitivos.



Por lo tanto, soy de la opinión que la amplitud de la norma analizada, amerita tener suma cautela a la hora de decidir aplicar o no la sanción civil allí dispuesta.

En honor a la prudencia a la que me referí en el párrafo anterior, diré que no cualquier incumplimiento debe ser sancionado con una multa de carácter pecuniario, sino que cada caso en particular debe ser evaluado con suma medida para verificar si en los hechos la inobservancia aludida amerita, más allá de la reparación de los perjuicios ocasionados, sancionar al incumplidor.

A mi juicio, una omisión o actuar negligente, sin intencionalidad o culpa grave, resulta por sí mismo insuficiente para justificar la aplicación del instituto analizado. Como fundamento de lo expuesto, basta con remitirse, en función de la imprecisión de la norma en estudio- al derecho Anglosajón de donde la misma tiene su origen, que exige como presupuesto de aplicación de ésta especie de sanción que el incumplidor haya asumido una conducta maliciosa.

De ello se deriva que para que resulte procedente la sanción pecuniaria del art. 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor, se requiere no sólo la existencia del aspecto objetivo, entendiéndose por éste el incumplimiento legal o contractual, sino también junto con él, un elemento subjetivo que sirva para calificar a dicha conducta de dolosa o gravemente culposa, ya que entiendo que el simple incumplimiento o existencia de la faz objetiva no habilita sin más su aplicación.

En el sentido expuesto esta Cámara en autos caratulados: "SUHS JAVIER ALEJANDRO C/ ARMORIQUE MOTORS S.A. S/ SUMARISIMO ART. 321" (EXP N° 402344/9) ha tenido oportunidad de pronunciarse al decir:

"En efecto: No cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido. Creemos que la amplitud dada por el legislador a los - por así llamarlos- requisitos de procedencia, es extremadamente peligrosa al no brindar al juez un marco o parámetro de referencia al que atenerse a la hora de sopesar la conveniencia y oportunidad de condenar a pagar daños punitivos. En el derecho norteamericano se ha aludido a una conducta caracterizada por la "malicia", entendida ésta como una actuación dolosa. También así se la caracterizaba cuando el demandado actuaba de una manera despreciable con indiferencia voluntaria y consciente de los derechos y seguridad de los demás (Civ. Code, par 3294 subd. -c-). No podemos exigir únicamente el aspecto objetivo del incumplimiento sino que, además, consideramos que es necesaria una particular subjetividad. En este punto coincidimos con Alejandro Andrada en que la institución de las "penas privadas" propende al establecimiento de un derecho más igualitario y más justo. En ese marco no parece respetar elementales exigencias de justicia, la circunstancia de tratar igualitariamente a aquel que ha causado un daño por una mera negligencia o imprudencia, que a aquel que comete graves transgresiones, de manera consciente y aún, en ocasiones, obteniendo pingües ganancias con su reprochable accionar.

En síntesis, aún para sus defensores como Pizarro y el citado autor, debe receptarse el daño punitivo "cuando el demandado en forma deliberada o con grosera negligencia causa un perjuicio a otro", en este criterio decididamente nos enrolamos y brevitatis causae "...resulta contrario a la esencia del daño punitivo, y a más de 200 años de historia, sostener que un abogado está habilitado a pedir y el juez a concederlos ante la simple invocación de que el proveedor no ha cumplido sus obligaciones legales o contractuales. Para poder cobrar daños punitivos hace falta algo más. Un elemento de dolo o culpa grave es necesario para poder condenar a pagar daños punitivos" -López Herrera, Edgardo, "Daños punitivos en el Derecho argentino, Art. 52 bis, Ley de Defensa del Consumidor", JA, 2008-II, 1201...".

En función a todo lo expuesto, al tratarse de una multa civil que tiene naturaleza netamente "sancionatoria" su interpretación debe ser restrictiva, por lo que su aplicación solo resultará procedente -como ya lo adelantara- cuando concurren al menos dos requisitos: 1) incumplimiento legal o contractual y 2) dolo o culpa grave por parte del proveedor o prestador de los servicios que ocasionaron tales faltas.

Desde esta óptica, la aplicación del artículo 52 bis de la Ley de Defensa del Consumidor es de carácter excepcional, por lo que el simple "incumplimiento de las obligaciones legales o contractuales para el consumidor", no autoriza su aplicación automática, sino que a la par de ello debe existir un grave reproche (dolo o culpa grave) sobre la conducta del prestador del servicio o proveedor, aun cuando la norma no lo mencione expresamente.

De otro modo, al incluir a la multa por daño punitivo como un rubro indemnizatorio más, se correría el riesgo de



propiciar un enriquecimiento ilícito a favor de la víctima, extremo no querido por el sistema de reparación de daños del derecho civil.

Traídos estos conceptos al caso analizado, adelanto que la sanción resulta improcedente.

Si bien es cierto que en autos ha quedado acreditada la existencia del hecho invocado por la actora: "incumplimiento del demandado" a los fines de justificar su reclamo, no encuentro elementos suficientes que justifiquen calificar dicha conducta como de suma gravedad (culpa grave o dolosa) para la multa civil pretendida.

Existió, sí, responsabilidad del demandado por el incumplimiento de su prestación y en la falta de devolución de las sumas de dinero abonadas para la construcción de una vivienda, por eso la responsabilidad material consagrada en la sentencia, pero de manera alguna, en función del carácter restrictivo del instituto en cuestión, ha existido a mi entender culpa grave o dolo que justifique por ese solo incumplimiento sancionar civilmente al accionado, tal como se aspira.

Por lo que en tal sentido la sentencia de grado habrá de ser confirmada.

IV.- Por las razones expuestas, y fundamentos del fallo recurrido, propongo al Acuerdo la confirmación del mismo en lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a la recurrente vencida (art. 68 del CPCC), a cuyo efecto se regularán los honorarios de conformidad con el art. 15 de la L.A.

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 la sentencia dictada a fs. 247/253 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art. 68 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](#)

"BEROIZA PABLO ANDRES C/ LA ERA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III - (Expte.: 388584/2009) - Sentencia: 06/16 - Fecha: 04/02/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

TRABAJADORES DE LA CONSTRUCCION. ACCIDENTE DE TRABAJO. PRUEBA INSTRUMENTAL. CERTIFICADOS MEDICOS. ACREDITACION. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. LIBRETA DE APORTES. FONDO DE DESEMPLEO. INTIMACION. MORA. INDEMNIZACION. INSUFICIENCIA EN EL PAGO DE HABERES. INDEMNIZACION. CONFESION FICTA. ALCANCES.

- 1.- La confesión ficta en materia laboral no se extiende sólo a los hechos personales sino también a los expuestos en la demanda o en su contestación. Así entonces, los



hechos que se tendrán por ciertos serán los presentados en la demanda o contestación, dependiendo de su grado de certeza o precisión los alcances probatorios de la presunción legal. Por tanto, cuando la demanda es clara y los hechos son expuestos en forma precisa, sin contradicciones, el valor de la confesión ficta adquiere relevancia a los fines de tener por acreditados los hechos expuestos como fundamento de la pretensión. [...] En el caso bajo estudio, aun cuando las posiciones no se refieran solo a hechos personales, al ser la demanda clara y precisa, la confesión ficta resulta -ante falta de prueba que la desvirtúe- de suma importancia para acoger favorablemente la pretensión del actor.

2.- Cabe resaltar que el certificado en donde se le otorga el alta médica al actor, no ha sido desconocido por la demandada; y en segundo lugar, la prueba de informes a los fines de constatar la autenticidad de los certificados médicos, resulta suficiente para tener por válido el contenido y autenticidad de dichos instrumentos. En tal sentido, si bien el informe no ha sido respondido directamente por la médica, la autenticidad de ellos ha sido ratificada por el galeno, Jefe de Servicios de Emergencia del Hospital Provincial Neuquén, por lo que tal circunstancia -salvo prueba en contrario- resulta suficiente para tener por válidos los certificados mencionados.

3.- Si el trabajador de la construcción pretende hacerse acreedor de la indemnización establecida en el párrafo 2º del art. 18 de la Ley 22.250 por el incumplimiento del empleador de entregar la libreta de aportes con sus respectivos depósitos o el pago directo del fondo de desempleo, cuando correspondiere, debe, necesariamente, conforme los términos del art. 18, interpelar a éste, es decir, constituirlo en mora, para que cumpla su debito dentro de los dos días hábiles. Ahora bien, con la intimación de fs. 4, el demandante ha dado cabal cumplimiento con el art. 18 de la mencionada ley, por lo que ante el incumplimiento de la demandada en la entrega de la libreta de fondo de desempleo, resulta procedente la indemnización consagrada.

4.- Esta Cámara se ha pronunciado diciendo que: "La multa por incumplimiento a la entrega de constancia fehaciente del depósito de los aportes al fondo de desempleo -art. 29 de la Ley 22.250- ha de ser aplicada por el R.N.I.C. -art. 33 inciso a) de la citada norma legal-, previa tramitación del sumario administrativo, situación, por lo tanto, ajena a la competencia judicial" (Cabezas, Moreno Ramón del C c/ Barreto, Juan Lorenzo s/ Despido", (Expte. N° 850-CA-2). Consecuentemente, siendo el órgano de aplicación el R.N.I.C., es precisamente él quien está facultado para, previo sumario administrativo, pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la multa dispuesta por el art. 33 de la Ley 22.250, por lo que al ser ésta una materia ajena a la competencia judicial, la misma deberá dejarse sin efecto.

5.- Habiendo operado la presunción establecida en el art. 417 del CPCyC,



precisamente la carga de la prueba, a los fines de desvirtuar los hechos expuestos en la demanda, estaba en poder de la accionada, quien nada probó al respecto, y ello resulta suficiente para confirmar el incremento del art. 18 de la Ley 22.250.

6.- Para que el actor se haga acreedor de la indemnización del art. 19 de la Ley 22.250, no resulta suficiente que se haya comprobado el atraso o pago insuficiente de los salarios, sino que también, necesariamente deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de atraso y/o insuficiencia en el pago de los haberes; b) intimación fehaciente formulada dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir del momento en que legalmente deba efectuársele el pago de las remuneraciones correspondientes al período a que se refiera la reclamación; y c) que el empleador no regularice el pago en los tres días hábiles subsiguientes al requerimiento.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de Febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BEROIZA PABLO ANDRES CONTRA LA ERA S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. N° 388584/2009) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL N° 2 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- Vienen estos autos a consideración de la Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de fs. 253/259, a tenor de los agravios vertidos a fs. 267/271, cuyo traslado fue contestado por el actor a fs. 277/279 y vta.

II.- La crítica de la parte recurrente se circunscribe a la valoración que se hace en la sentencia de grado de la confesión ficta del art. 417 del Código Procesal, ya que como consecuencia de ello se tiene por acreditado el accidente de trabajo denunciado por el actor.

Afirma, que no obstante que la demandada a pesar de haber estado debidamente notificada, no compareció a la audiencia confesional, habiendo presentado la contraria el pliego de posiciones, en la sentencia se comete el error de tener por acreditados en base a posiciones puestas por el demandante, los hechos no personales ni del conocimiento del absolvente. Ello por cuanto el art. 417 del CPCyC, dispone de manera expresa que cuando el citado no compareciese se lo tendrá por confeso sobre los hechos personales, teniendo en cuenta las circunstancias de la causa. Sostiene, que dado que la demandada es una persona jurídica, los hechos deberían ser personales de los integrantes de sus órganos o de sus mandatarios, cosa que no ocurre en autos. Por lo que no pueden tenerse por probados los hechos emergentes de las afirmaciones aquí transcritas por aplicación del referido art. 417.

En segundo lugar, cuestiona que se hayan tenido por reconocidos los certificados médicos de fecha 30/07/08 y 14/10/08, en función del informe remitido por el Hospital Castro Rendón (fs. 185), pues entiende, que ante el desconocimiento de la autenticidad, contenido y firmas de los mismos, la prueba idónea resulta ser el reconocimiento personal del sujeto que los expidió y ello no puede ser suplido con el informe de fs. 185.

En tercer lugar, le causa agravios que la sentencia haya tenido por probado que el actor estuvo con licencia médica hasta el 21/04/09 y por tal motivo condenar a su parte al pago de la suma de \$19.924,13.

Aduce, que los certificados médicos acompañados por el accionante carecen de autenticidad, dado que su firma no ha sido reconocida por la supuesta firmante, por lo tanto, no tienen valor probatorio.-

Expone, que aun en el hipotético caso de que los mismos hubieran sido reconocidos por la Dra. Luna, tampoco surge del certificado de fecha 21/04/09, que ese día se haya otorgado el alta médica al actor, debido a que dice el certificado médico en cuestión es que a esa fecha el accionante se encuentra en condiciones de alta médica, pero



no indica en qué fecha se produjo la misma.

Sostiene, que se debe tener presente que entre el certificado del 14/10/08 y el del 21/04/09 transcurren más de seis meses.

En cuarto lugar, se agravia porque su representada haya sido condenada al pago de la multa prevista por el art. 18 de la Ley 22.250, ya que el actor no cumplió con la intimación en los términos allí establecidos (dos días hábiles), sino que lo hizo por el plazo de 24 horas.

En quinto lugar, critica que su mandante haya sido condenada a pagar el incremento de la multa del artículo mencionado en el párrafo anterior (\$2.778,62), cuando la misma no es procedente porque el reclamante no la intimó a entregar la Libreta de Fondo de Desempleo por el plazo de dos días hábiles.

Transcribe la parte final del segundo párrafo del artículo 18, y advierte, que en autos el error de la sentencia radica en invertir la carga de la prueba, pues concluye que como no ha quedado acreditada la inscripción del actor en IERIC y AFIP, la demandada debe ser condenada al pago del incremento, cuando en realidad la carga de la prueba de la inscripción estaba en cabeza de la parte actora.

En sexto lugar, se agravia por lo que considera un gravísimo error de la Jueza al condenarla a pagar la suma de \$7.091,28, por aplicación de la multa del art. 33, inciso a) de la Ley 22.250, que tiene lugar en caso de incumplimiento en el deber de la empleadora de entregar mensualmente al trabajador la constancia del depósito de los aportes del fondo de desempleo.

Señala, que la multa del art. 33 es una sanción administrativa que aplica el IERIC, cuyo acreedor y beneficiario es el IERIC, no el trabajador, por lo que considera que la condena a pagar dicha multa se debe dejar sin efecto.

En séptimo lugar, se agravia por haber sido condenada al pago de \$35.052,36 por la multa del art. 19 de la Ley 22.250, al entender que no se dan los presupuestos que tornan viable su aplicación.

Por último, apela por altos, los honorarios del letrado de la parte actora, y de los peritos contador y médico.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo decir preliminarmente, que la confesión ficta en materia laboral no se extiende sólo a los hechos personales sino también a los expuestos en la demanda o en su contestación.

Así entonces, los hechos que se tendrán por ciertos serán los presentados en la demanda o contestación, dependiendo de su grado de certeza o precisión los alcances probatorios de la presunción legal. Por tanto, cuando la demanda es clara y los hechos son expuestos en forma precisa, sin contradicciones, el valor de la confesión ficta adquiere relevancia a los fines de tener por acreditados los hechos expuestos como fundamento de la pretensión.

El criterio jurisprudencial que comparto y que prevalece en la evaluación de la confesión ficta en demandas laborales, nos dice: "En materia de confesión ficta el juez laboral tiene amplias facultades de decisión" SCBA, L 33962 S 30-11-84, Juez SALAS (SD) MENDIVIL, Roberto César c/ANGEL C. CASTELAR E HIJO S.R.L. s/Cobro de haberes, etc. LT 1985 XXXIII-A, 227 - DJBA 128, 354 - AyS 1984-II, 423.-MAG. VOTANTES: SALAS - GHIONE - MERCADER - VIVANCO - RODRIGUEZ VILLAR SCBA, L 50147 S 29-9-92, Juez SALAS (SD) GODOY, Mónica Liliana c/LISTAR SERVICIOS S.R.L. s/Despido y cobro de pesos AyS 1992 III, 562 MAG. VOTANTES: SALAS - RODRIGUEZ VILLAR - NEGRI - LABORDE - MERCADER.

"En el proceso laboral la confesión ficta debe apreciarse en su correlación con el resto de las pruebas producidas atendiendo a las circunstancias de la causa, siendo potestad privativa de los jueces de grado ponderar sus efectos, a cuyo fin tienen el amplio margen de discrecionalidad que les ha sido autorizado por el legislador. Las conclusiones que al respecto determinen sólo pueden revisarse si se denuncia y demuestra la violación de la norma procesal correspondiente (art. 44 inc. "e", dec. ley 7718/71)." DLEB 7718-71 Art. 44 Inc. e SCBA, L 42308 S 16-5-89, Juez SALAS (SD) GODOY, Juan Carlos c/CAMEA S.A. s/Enfermedad profesional AyS 1989-II, 145 MAG. VOTANTES: SALAS - CAVAGNA MARTINEZ - NEGRI - RODRIGUEZ VILLAR - LABORDE SCBA, L 44264 S 17-10-90, Juez RODRIGUEZ VILLAR (SD) DÍAZ, Cecilio c/CHANAMPA Miguel s/Accidente, etc. MAG. VOTANTES: RODRIGUEZ VILLAR - SALAS - LABORDE - MERCADER - PISANO.

"En materia de procedimiento laboral corresponde establecer como premisa general que la confesión ficta en que incurriera el absolvente no consiste en tener por cierto el contenido de las posiciones sino que se extiende no sólo a los hechos personales sino a los expuestos en la demanda o contestación. Los hechos que se tendrán por ciertos serán los



expuestos en la demanda o contestación dependiendo de su grado de certeza o precisión los alcances probatorios de la presunción legal. Así cuando la demanda es confusa y los hechos son expuestos en forma imprecisa, contradictoria y dubitativa, el valor de la confesión ficta será menguado y dudoso como el de los hechos relatados" OBS. DEL SUMARIO: P.A.S. 1986 -VIII- 1328/29, LAGOS Jorge c/LEGUIZAMON Y CIA. S.R.L. s/ cobro de haberes MAG. VOTANTES: SAVARIANO – ESCURRA.

En el caso bajo estudio, aun cuando las posiciones no se refieran solo a hechos personales, al ser la demanda clara y precisa, la confesión ficta resulta -ante falta de prueba que la desvirtúe- de suma importancia para acoger favorablemente la pretensión del actor, por lo que el primer agravio será rechazado.

En relación al segundo y tercer cuestionamiento, debo afirmar que respecto a la prueba de informes es de aplicación lo previsto por el art. 403 del Código Procesal, que reza: "Impugnación por falsedad. Sin perjuicio de la facultad de la otra parte de formular las peticiones tendientes a que los informes sean completos y ajustados a los hechos a que han de referirse, en caso de impugnación por falsedad, se requerirá la exhibición de los asientos contables o de los documentos o antecedentes en que se fundare la contestación".

La norma transcrita ha sido interpretada por la jurisprudencia del siguiente modo: "Es facultad de las partes impugnar el informe, con fundamento en la falta de adecuación entre la repuesta emitida y las constancias documentales mencionadas por el informante, por manera que la falta de todo cuestionamiento por parte de la actora en punto a la veracidad de la afirmación de la entidad, acerca de la falta de datos requeridos, importa consentimiento de su contenido, máxime cuando de la propia normativa procesal resulta que la accionante pudo solicitar la exhibición de los asientos y demás documentos para verificar la realidad del acerto..." (C.N. Federal Civil y Comercial, Sala I, 13/05/86, La Tandilense, Cía de Seguros c/ Transporte Automotor Nuevo Horizonte S.A., La Ley 1987-C, 432).

Por otra parte, también se ha dicho que: "La validez de la prueba informativa no esta condicionada al reconocimiento de la firma del informe sino a la coincidencia entre la respuesta y las registraciones o constancias documentales que le sirven de sustento, por lo que si se impugna la falsedad del mismo queda habilitada la vía de comprobación consistente en la exhibición de dichas constancias y registraciones" (C. Civil y Comercial 8º Nom, Córdoba, 03/11/99, Patricelli, Julio c/ Municipalidad de Alta Gracia LLC 2000-1470).

En función de lo expuesto, la crítica resulta insuficiente para desvirtuar el certificado de fs. 35 y la prueba de informes de fs. 185.

En efecto, en primer lugar, cabe resaltar que el certificado de fs. 35 en donde se le otorga el alta médica al actor, no ha sido desconocido por la demandada; y en segundo lugar, la prueba de informes a los fines de constatar la autenticidad de los certificados médicos de fs. 184/185, resulta suficiente para tener por válido el contenido y autenticidad de dichos instrumentos.

En tal sentido, si bien el informe no ha sido respondido directamente por la Dra. Luciana Ortiz Luna, la autenticidad de ellos ha sido ratificada -conforme surge de la constancia obrante a fs. 186- por el Dr. Gustavo A. Monserrat, Jefe de Servicios de Emergencia del Hospital Provincial Neuquén, por lo que tal circunstancia -salvo prueba en contrario- resulta suficiente para tener por válidos los certificados mencionados.

El cuarto agravio se circunscribe a cuestionar la procedencia de la multa de los arts. 17 y 18 del Régimen especial estatuido en la Ley 22.250.

Así, el artículo 17º dice: "...Producida la cesación, el empleador deberá hacerle entrega de la Libreta de Aportes con la acreditación de los correspondientes depósitos y de la actualización a que hubiere lugar, según lo determinado en el artículo 30, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas de finalizada la relación laboral...".

Por su parte, el art. 18, en lo pertinente, determina: "...Si ante el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 17, el trabajador intimare al empleador por dos (2) días hábiles constituyéndolo en mora, se hará acreedor a una indemnización, que la autoridad judicial graduará prudencialmente apreciando las circunstancias del caso y cuyo monto no será inferior al equivalente a treinta (30) días de la retribución mensual del trabajador, que se menciona en el segundo párrafo del artículo 15, ni podrá exceder al de noventa (90) días de dicha retribución...".

De ello se colige que, si el trabajador de la construcción pretende hacerse acreedor de la indemnización establecida



en el párrafo 2° del art. 18 de la Ley 22.250 por el incumplimiento del empleador de entregar la libreta de aportes con sus respectivos depósitos o el pago directo del fondo de desempleo, cuando correspondiere, debe, necesariamente, conforme los términos del art. 18, interpelar a éste, es decir, constituirlo en mora, para que cumpla su debito dentro de los dos días hábiles.

Ahora bien, interpreto que con la intimación de fs. 4, el demandante ha dado cabal cumplimiento con el art. 18 de la mencionada ley, por lo que ante el incumplimiento de la demandada en la entrega de la libreta de fondo de desempleo, resulta procedente la indemnización consagrada, por lo que dicho agravio será rechazado.

En cuanto al agravio referido al incremento de la multa del art. 18 de la Ley 22.250, la misma norma en su parte final dice: "...La reparación así determinada, será incrementada con el importe correspondiente a treinta (30) días de la retribución citada, en el supuesto que se acredite incumplimiento del empleador a la obligación de inscripción resultante de lo dispuesto en el artículo 13. Todo ello, sin perjuicio del cumplimiento por parte del empleador de las disposiciones de la presente ley.

La demandada interpreta que la a quo invirtió la carga de la prueba, al poner en cabeza de la accionada la demostración de la inscripción del actor en el IERIC y en la AFIP.

Sobre este punto, debo destacar que en el caso particular de autos, la carga de la prueba no estaba en cabeza del actor, en función de las consideraciones expresadas en oportunidad de tratar la confesión ficta.

Por lo tanto, habiendo operado la presunción establecida en el art. 417 del CPCyC, precisamente la carga de la prueba, a los fines de desvirtuar los hechos expuestos en la demanda, estaba en poder de la accionada, quien nada probó al respecto, y ello resulta suficiente para confirmar el incremento del art. 18 de la Ley 22.250.

En relación al sexto agravio, el art. 29 de la Ley 22.250 determina:

"Mensualmente el empleador deberá entregar al trabajador constancia fehaciente del depósito de los aportes al Fondo de Desempleo", por su parte, el art. 33 inc. a) dice: "Será sancionado con multas de a) Hasta cuatro (4) remuneraciones básicas diarias correspondientes a la categoría de oficial albañil, por cada trabajador con quién el empleador no haya cumplido la obligación prevista en el art. 29...".

La multa consagrada en el art. 33 de la Ley de los Trabajadores de la Construcción, prevé un sistema de castigos para el incumplimiento de los empleadores de las obligaciones que el estatuto pone a su cargo. Así, la falta de cumplimiento de lo establecido en el art. 29 de la mencionada ley, lo hace pasible de ser multado en base a las sanciones pecuniarias determinadas en el propio art. 33.

En cuanto al ente de aplicación, se ha dicho: "El órgano de aplicación de las multas del art. 33 de la Ley 22.250 es el propio R.N.I.C., el que las graduara teniendo en cuenta los topes máximos en cada caso previsto, siempre sobre la base de la remuneración básica diaria correspondiente a la categoría de oficial albañil, al momento de constatarse la infracción. Obviamente las sanciones serán consecuencia de la comprobación de alguna de las infracciones aludidas, previa tramitación del sumario administrativo correspondiente..." (Maza- Perdígues-Tabernero- Trabajadores de la Construcción Ley 22.250- Ed. Némesis- Pág. 176).

En igual sentido, esta Cámara se ha pronunciado diciendo que: "La multa por incumplimiento a la entrega de constancia fehaciente del depósito de los aportes al fondo de desempleo -art. 29 de la Ley 22.250- ha de ser aplicada por el R.N.I.C. -art. 33 inciso a) de la citada norma legal-, previa tramitación del sumario administrativo, situación, por lo tanto, ajena a la competencia judicial" (Cabezas, Moreno Ramón del C c/ Barreto, Juan Lorenzo s/ Despido", (Expte. N° 850-CA-2).

Consecuentemente, siendo el órgano de aplicación el R.N.I.C., es precisamente él quien está facultado para, previo sumario administrativo, pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la multa dispuesta por el art. 33 de la Ley 22.250, por lo que al ser ésta una materia ajena a la competencia judicial, la misma deberá dejarse sin efecto, y en tal sentido éste agravio habrá de acogerse favorablemente.

El séptimo agravio vinculado a la improcedencia de la multa del art. 19 de la Ley N° 22.250, que nos dice: "En ningún caso el empleador podrá abonar al trabajador por cada jornada normal de trabajo, una retribución menor a la fijada en la convención colectiva de trabajo y normas salariales aplicables. Si el empleador se atrasare en el pago de los



haber o los hiciere efectivos en cantidad insuficiente, el trabajador tendrá derecho a reclamar además de las remuneraciones o diferencias debidas, una reparación equivalente al doble de la suma que, según el caso, resultare adeudarse, siempre que mediare intimación fehaciente formulada dentro de diez días hábiles contados a partir del momento en que legalmente se efectuare el pago de las remuneraciones correspondiente al período en que se refiera la reclamación, y a condición de que el empleador, no regularice el pago en los tres (3) días hábiles subsiguientes al requerimiento...".

De conformidad con la norma transcripta, el atraso o insuficiencia de pago da derecho al reclamo de las diferencias debidas y si se cumplen los recaudos establecidos en ella, al pago de una indemnización equivalente al doble de la suma que se le adeudase.

Por lo tanto, para que el actor se haga acreedor de la indemnización del art. 19 de la Ley 22.250, no resulta suficiente que se haya comprobado el atraso o pago insuficiente de los salarios, sino que también, necesariamente deben cumplirse los siguientes requisitos: a) existencia de atraso y/o insuficiencia en el pago de los haberes; b) intimación fehaciente formulada dentro de los diez (10) días hábiles contados a partir del momento en que legalmente deba efectuarse el pago de las remuneraciones correspondientes al período a que se refiera la reclamación; y c) que el empleador no regularice el pago en los tres días hábiles subsiguientes al requerimiento.

Con la pericia contable de fs. 118/120, se ha logrado probar –cuestión que ha quedado firme en la sentencia- que la demandada adeuda al actor: diferencias de haberes: primera quincena del mes de julio/2008: \$53,86, segunda quincena: \$138,65; haberes devengados hasta el alta médica: octubre/08: \$2978,62, noviembre/08: \$2978,62, diciembre/08: \$2978,62, enero/09: \$2978,62, febrero/09: \$2978,62, marzo/09: \$2978,62 y proporcional abril/09: \$2052,41.

Ahora bien, a los fines de la procedencia de la indemnización del art. 19 de la Ley 22.250, considero que el cumplimiento de los requisitos mencionados se han efectuado sobre los haberes adeudados (\$2.978,62) correspondientes a la primer quincena del mes de octubre de 2008, y no así con respecto a los demás periodos mencionados.

Observo, que la intimación de fs. 4, de fecha 29/10/08, cumple el requisito correspondiente (intimación fehaciente dentro del término de diez días hábiles contados a partir del momento en que legalmente deba efectuarse el pago), pero solamente en lo que respecta al haber adeudado en el mes de octubre de 2008, no así respecto de los demás periodos adeudados.

A idéntica conclusión arribo con respecto a las intimaciones obrantes a fs. 6, de fecha 23 de octubre de 2008; y a fs. 7, de fecha 14/10/08.

En relación a la intimación cursada a fs. 14, de fecha 21 de agosto de 2008, al no haber prosperado la diferencia de haberes sobre ese mes, dicha intimación no cumple con el requisito del inc. b) mencionado anteriormente.

Por todo ello, corresponde reducir el quantum indemnizatorio que corresponde por aplicación del art. 19 de la Ley 22.250, a la suma total de \$5.957 (\$2.978,62 x 2).

En orden a la apelación de honorarios por altos, en función del resultado propiciado, el recurso deviene abstracto, por lo que se deberá proceder en la instancia de grado a una nueva regulación.

IV.- Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo que se modifique parcialmente la sentencia y en consecuencia se deje sin efecto la multa del art. 33 de la Ley 22.250 (\$7.091,28) y se reduzca el importe de la indemnización del art. 19 de la mencionada ley (\$35.052,36) a la suma de \$5.957, por lo que el capital de condena se fija en la suma de \$34.585, con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia y que se calcularan al practicarse la planilla (art. 51 Ley 921). En función del resultado obtenido las costas de ambas instancias serán distribuidas en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo de la parte actora (art. 17 ley 921). En atención a lo expuesto, corresponde dejar sin efecto los honorarios de la anterior instancia, debiendo proceder a una nueva regulación y fijar los de la presente instancia de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la ley arancelaria vigente.

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.- Modificar parcialmente la sentencia de fecha 29 de abril de 2015 (fs. 253/259) de acuerdo a los considerandos respectivos que forman parte integrativa del presente fallo, disminuyéndose el monto de condena a la suma de \$34.585 en concepto de capital, con más los intereses fijados en la sentencia de primera instancia y que se calcularán al practicarse la planilla (art. 51 Ley 921), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de ambas instancias en un 90% a cargo de la demandada y en un 10% a cargo de la actora.
- 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, deviniendo abstracto el tratamiento del recurso incoado.
- 4.- 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.).
- 5.- 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](#)

"MONTANGIE ALEJANDRA C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESP. EXTRACONT. DE PART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 461393/2011) – Sentencia: 08/16 – Fecha: 04/02/2016

DAÑOS Y PERJUICIOS: Responsabilidad civil.

ROBO DE AUTOMOTOR. HIPERMERCADO. PLAYA DE ESTACIONAMIENTO. DAÑO MORAL. VALORACION. RECHAZO. INTERESES. COMIENZO DEL CÓMPUTO.

1.- [...] esas eventuales consecuencias espirituales que justificarían la existencia del agravio moral, cuando las mismas derivan de un bien de índole o carácter patrimonial, deben ser analizadas con sumo cuidado, pues de lo contrario llegaríamos a la errónea conclusión de que todo daño patrimonial genera daño moral, por lo que su procedencia en estos casos es de interpretación restrictiva.

2.- Es importante tener en cuenta que ante la existencia de un ilícito, como es el robo de un vehículo, es natural que su usuario o dueño, experimente cierta bronca, impotencia, desgano, como también las molestias y trastornos generados por los trámites posteriores al hecho delictivo y la privación misma del rodado en su empleo diario, ya sea que se utilice para ir a trabajar o durante el tiempo libre (vacaciones o paseo), pero ésta sola circunstancia no configura un daño moral susceptible de reparación pecuniaria.



3.- En cuanto a la apelación referida al comienzo del cómputo de los intereses, los mismos deben computarse desde la fecha del hecho ilícito (...) –la instancia de grado los computó desde la notificación de la demanda-, pues el perjuicio aquí indemnizable “privación de uso” se produce en tal fecha.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MONTANGIE ALEJANDRA C/ WAL MART ARGENTINA S.R.L. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR RESP. EXTRACONT. DE PART.” (Expte. N° 461393/11) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° 6 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de fs. 305/309 vta. admitió la demanda entablada por Alejandra Montangie por la sustracción de su automóvil del estacionamiento de Wal Mart Argentina SRL, y condenó a ésta última abonarle a la actora la suma de \$ 10.000, en concepto de privación de uso del rodado, con más los intereses a tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén desde la notificación de la demanda hasta el efectivo pago e impuso las costas del juicio a la demandada vencida.

Contra dicho pronunciamiento se alza la parte actora a fs. 313, expresando sus agravios a fs. 328/333 vta., cuyo traslado no fue contestado por la contraria.

A fs. 312 el letrado de la actora apela sus honorarios por bajos.-

II.- Agravios de la actora

Se agravia por el rechazo del daño moral, al sostener que la demanda ha sido fundada en la Ley de Defensa al Consumidor y en el Código Civil, por lo tanto, entiende que el art. 40 de la Ley N° 24.240 debe ser integrado con el resto del régimen normativo de responsabilidad.

Afirma, que de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la Ley 26.361, se debe aplicar la solución más favorable al consumidor.-

Sostiene, que es una cuestión importantísima en el presente pleito, determinar que la relación creada entre la actora y la accionada se encuentra bajo una relación de consumo, rigiéndose por los principios rectores de la ley de defensa del consumidor N° 24.240, entre ellos, el ya mencionado art. 3.

Manifiesta, que los antecedentes obrantes en la causa fueron interpretados y valorados errónea y arbitrariamente por la a quo.

Considera, que según los dichos de los testigos: Darío Irigaray (fs. 90/91 vta.), María G. Muñoz (fs. 78/79) y Jonatan Jesús (fs. 76/77), la demandante no solo sufrió menoscabo en sus sentimientos y alteración de los mismos por el hecho ilícito acaecido en dependencias del hipermercado demandado, sino que además no pudo disfrutar de las vacaciones con su familia, situación ésta que, a su entender, no fue contemplada por la sentenciante.

Expresa, que la a quo sólo se limitó a analizar la repercusión del ilícito desde la óptica de la ocurrencia del hecho y omitió valorar de manera correcta la prueba obrante en la causa, tal el caso de tener que levantarse y salir a la calle a buscar un taxi para trasladarse a su trabajo; haberse frustrado sus vacaciones y demás trastornos diarios que una persona tiene que soportar por no contar con un vehículo personal.

Refiere, que a lo antes expuesto se añade el derecho a la reparación integral del daño consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que goza de jerarquía constitucional en los términos del art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Indica, que sin perjuicio de la responsabilidad civil objetiva endilgada por la jueza, existe una responsabilidad determinada por las especificaciones del art. 1 de la ley 24.240 y el art. 1092 y siguientes del nuevo Código Civil y Comercial, que guarda relación con lo contemplado en el antiguo art. 1198 del Código Civil.



Dice, que no puede hacerse responsable al hipermercado de todo acontecimiento que ocurra como consecuencia del obrar ilícito de terceros ajenos al mismo, pero sí lo es en la medida que no haya adoptado con antelación, los resguardos mínimos de seguridad tendientes a evitar o al menos complicar la actividad ilícita.

Interpreta, que su parte ha logrado demostrar las consecuencias que el ilícito le provocó, tal la privación de disfrutar las vacaciones ya planeadas en la localidad de Las Grutas, y demás síntomas que perduraron en el tiempo, propios del daño aquí reclamado.

Por otra parte, critica lo resuelto en tanto dispone que los intereses comiencen a correr desde la fecha que se notificó la demanda, al considerar la inexistencia de intimación previa. En función del plenario "Samudio", dice que es impropio hablar de mora en los hechos ilícitos, por lo que entiende que la tasa de interés comienza a surtir efectos desde que se debe el cumplimiento de la obligación y ésta comenzó en el momento mismo de ocurrido el siniestro.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, referida al rechazo del "daño moral", que dice haber sufrido la actora con motivo del robo de su vehículo, debo efectuar algunas consideraciones al respecto para luego decidir, si en el caso, se cumplen o no lo presupuestos necesarios para su viabilidad.

En principio, corresponde definir qué se entiende por daño moral, para luego verificar si los padecimientos que dice haber experimentado la demandante como consecuencia de la sustracción de su automotor, han sido posibles de generar esta especie particular de daño.

El daño moral puede describirse como la disminución de aquellos bienes que tienen un valor precioso en la vida del hombre, como son la paz, la tranquilidad, el honor, la integridad física y sus sagrados afectos. Por daño o agravio moral se entiende la lesión, conculcación o menoscabo de un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extrapatrimonial, sufrido por un sujeto de derecho como resultado de la acción ilícita de otra persona. El daño moral es la lesión de los sentimientos que produce dolor, sufrimiento físico, inquietud espiritual, agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria. (Conf. Salas-Trigo Represas-López Mesa, "Cód. Civil anotado", 4-A actualización, Depalma, pág. 506).

Con relación a este daño la doctrina ha dicho: "Con frecuencia se presentan en nuestros tribunales reclamaciones por reparación del daño moral que habría sido ocasionado por la destrucción, pérdida, menoscabo o privación temporal de bienes patrimoniales, especialmente automotores. La procedencia de dichas pretensiones guarda estrecha conexión con la noción que se admita sobre el daño moral...hemos sintetizado las orientaciones fundamentales que se perfilan respecto del concepto de daño moral: a) Las que atiende al derecho o bien jurídico menoscabado: el daño moral consiste en la lesión de un derecho de la personalidad. b) La que tiene en cuenta el interés afectado por el hecho, con prescindencia de la naturaleza del bien ofendido: el daño moral reside en la frustración de un interés extrapatrimonial, relacionado con la intangibilidad de un bien extrapatrimonial o patrimonial. c) La que adopta como criterio la existencia y naturaleza del resultado de la violación del derecho y del interés ligado al bien protegido. En esta concepción que compartimos, el daño moral radica, en las repercusiones anímicas o espirituales de un hecho que engendra responsabilidad civil. Como en la posición anterior, tampoco existe relación necesaria entre el daño moral y la índole del derecho o del bien violados: ese perjuicio tiene como sustancia las eventuales consecuencias espiritualmente disvaliosas de la lesión, sea que la materia lesionada consista en bienes extrapatrimoniales o patrimoniales." (Daño Moral por Lesión de Bienes Patrimoniales- Dra. Matilde Zavala De González- Tratado Jurisprudencial y Doctrinario- TII- Responsabilidad Civil y Moral- Ed. La Ley – volumen 6- Pág. 856/857).

En función de los lineamientos expuestos, me enrolare en el concepto de daño moral descrito en el punto c), que en cuanto a los fines de la procedencia o improcedencia de este daño tiene en cuenta la existencia y naturaleza del resultado de la violación del derecho y el interés ligado al bien protegido, teniendo en cuenta principalmente las eventuales consecuencias espirituales derivadas de la lesión.

Ahora bien, esas eventuales consecuencias espirituales que justificarían la existencia del agravio moral, cuando las mismas derivan de un bien de índole o carácter patrimonial, deben ser analizadas con sumo cuidado, pues de lo contrario llegaríamos a la errónea conclusión de que todo daño patrimonial genera daño moral, por lo que su procedencia en estos casos es de interpretación restrictiva.



Así, con relación a la existencia del daño moral derivado de la destrucción o sustracción de automotores, se ha dicho que: "Cuando como consecuencia de un accidente de tránsito o de cualquier otro hecho fuente de responsabilidad (por ejemplo, un incumplimiento contractual) se ocasiona la destrucción, menoscabo o privación temporal o permanente, de un automotor, sin efectos de otra índole, no se configura, en principio un daño moral resarcible...debe juzgarse restrictivamente la admisión del daño moral, no revistiendo aquel carácter las simples molestias, incomodidades o inconvenientes transitorios, que no alcanzan a producir padecimientos espirituales de cierta entidad..." (obra citada, Pág. 863/864).

En base a lo expuesto, el hecho generador de los daños reclamados, en el caso, el robo del automotor de la actora, más allá de que éste se haya perpetrado en oportunidad en que asistía al comercio de la demandada, no deja de ser, en principio, un daño de índole patrimonial previsible (lo que justifica el contrato de seguro por robo) y reparable, ya sea a través de la sustitución de la unidad o su equivalente en dinero. Por ello, el solo hecho de que el robo se haya producido en la playa de estacionamiento del hipermercado, no influye de manera directa en el daño moral que dice haber experimentado la accionante como consecuencia del hecho.

En el caso particular, entiendo que los hechos que justificarían la procedencia del daño moral reclamado no guardan ningún tipo de relación con las normas tuitivas del derecho del consumidor que con tanto ahínco menciona el apelante.

Si bien éstas, cuando el hecho tuvo lugar en el estacionamiento de un supermercado, resultan ser un fundamento legal de peso a los fines de justificar la procedencia de los demás daños materiales reclamados (restitución del vehículo o su valor, privación de uso, en algunos casos lucro cesante, etc.), ello por sí solo no justifica la existencia del daño moral que se reclama.

Es importante tener en cuenta que ante la existencia de un ilícito, como es el robo de un vehículo, es natural que su usuario o dueño, experimente cierta bronca, impotencia, desgano, como también las molestias y trastornos generados por los trámites posteriores al hecho delictivo y la privación misma del rodado en su empleo diario, ya sea que se utilice para ir a trabajar o durante el tiempo libre (vacaciones o paseo), pero ésta sola circunstancia no configura un daño moral susceptible de reparación pecuniaria.

Lógicamente que el hecho de haber sido privada de su vehículo le ha generado molestias de diversa índole y le ha imposibilitado a ella y a su familia de utilizarlo para trasladarse a la localidad de las Grutas a fin de gozar de unas vacaciones, pero tal circunstancia no necesariamente sirve para justificar la existencia de daño moral por la sustracción del automotor, aunque sí lo es para fundar la indemnización por privación de uso del automotor, tal como se realizó en la instancia anterior.

De lo contrario, cualquier privación del vehículo (sea por accidente o por la existencia de un ilícito, como su robo o hurto) generarían agravio moral susceptible de ser indemnizado.

Por las razones expuestas, es que se rechazará el presente agravio.

En cuanto a la apelación referida al comienzo del cómputo de los intereses, debo decir que los mismos deben computarse desde la fecha del hecho ilícito (11/01/2010), pues el perjuicio aquí indemnizable "privación de uso" se produce en tal fecha.

En tal sentido la jurisprudencia ha dicho: "Tratándose de la reparación de los daños emergentes de un hecho ilícito, debe admitirse la condena al pago de los intereses que se solicitan, debiendo su curso liquidarse desde la fecha en que se produjo cada perjuicio objeto de la reparación..." (Industria Maderera Lanín S.R.L. c/ Nación, 01/01/77, T. 298, p. 223).

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se haga lugar parcialmente al recurso de apelación interpuesto por la actora, y en consecuencia se revoque la sentencia en cuanto ordena el cómputo de los intereses desde la notificación de la demanda, debiendo tomarse los mismos desde la fecha en que tuvo lugar el hecho ilícito, debiéndose dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, difiriéndolos al momento de practicarse la planilla de liquidación correspondiente.

Teniendo en cuenta el resultado obtenido, las costas de Alzada se impondrán por su orden, regulándose los honorarios



de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 Ley 1594.

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. 305/309 vta., modificándola en cuanto al cómputo de los intereses, debiendo tomarse los mismos desde la fecha en que tuvo lugar el hecho ilícito (11/01/2010), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- 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 de realizarse la planilla de liquidación.
- 3.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 71 C.P.C.C.).
- 4.- 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.).
- 5.- 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](#)

"AMUSATEGUI JUAN JOSE C/ LUCERO DE ALVAREZ JUANA C. Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 290237/2002) – Sentencia: 15/16 – Fecha: 16/02/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS PROFESIONALES. AGRIMENSOR.MENSURA Y FRACCIONAMIENTO. ENTREGA DE LOTES Y ESCRITURACION. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda entablada por un agrimensor quien pretendió la entrega de los bienes, con la respectiva escritura de dominio, por sus honorarios profesionales generados debido al trabajo de mensura con fraccionamiento del terreno de los demandados, pues, como sostiene la instancia de grado "ninguna prueba ha aportado el accionante que demuestre que efectivamente, el precio por su labor profesional ha sido pactado mediante la entrega de los seis lotes que describe en su demanda, (...)"

2.- No resulta procedente el agravio en donde el actor sostiene que al haber cumplido y probado que las obligaciones a su cargo se habían realizado, no quedaba otra cosa que fijar el precio, sea éste en la forma pretendida o en el modo y forma que el real saber y entender de la a quo indicara, pues la jueza de la anterior instancia ha



aplicado en forma correcta el principio de congruencia, ya que el reclamante no demandó la fijación de un precio por los trabajos realizados. Por consiguiente, si tal como lo establece el imperativo legal de los artículos 163, inciso 6° y 34, inciso 4° del Código Procesal, el Sentenciante debe ceñir su pronunciamiento a las pretensiones invocadas por las partes, no corresponde acceder a lo peticionado sin violentar el principio de congruencia rector de nuestro procedimiento.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AMUSATEGUI JUAN JOSE C/ LUCERO DE ALVAREZ JUANA C. Y OTROS S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. N° 290237/2002) venidos en apelación del JUZGADO EN LO CIVIL NRO. 1 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. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de fs. 184/188 vta. desestimó la demanda entablada por Juan José Amusatogui contra Juana Cayetana Lucero de Álvarez, Carlos Alberto Álvarez y Armando Eugenio Álvarez, con expresa imposición de costas a la parte actora perdidosa.

Contra dicha resolución apeló el accionante a fs. 190, cuyos agravios de fs. 206/208 vta. fueron replicados por el demandado Carlos A. Álvarez a fs. 210/216.

II.- Previo a adentrarme al tratamiento de los agravios vertidos en esta Alzada, creo oportuno efectuar un resumen de los hechos que motivaron el presente conflicto.

Relata el actor que en virtud de su profesión habitual de Ingeniero Agrimensor fue contratado por los demandados para realizar una mensura particular con fraccionamiento del lote A, de la chacra 122, matrícula original N° 36427, propiedad de los demandados, ubicada entre las calles Antártida Argentina al Norte; Rufino Ortega al Oeste; Collón Curá al Este y al sur con el canal transversal desde calle Galarza a calle Belgrano de la ciudad de Neuquén.

Manifiesta que debido a que los actores carecían de dinero a la fecha de su contratación, le abonarían por su labor profesional con la entrega de seis lotes ubicados en la Mza. R, cuyos datos catastrales describe. Sin embargo, a pesar de haber cumplido con todos los trámites a su cargo, finalizada la tarea encomendada, los demandados se negaron sistemáticamente a cumplir con lo acordado, o sea con la entrega de la posesión y la escritura de los lotes comprometidos en pago.

Solicita que se los condene a otorgar la escritura de dominio de los lotes dados en pago y que en cada caso, se fije en la etapa de ejecución el monto que corresponda en concepto de culpa con motivo del incumplimiento, o los daños y perjuicios causados por el mismo.

Con motivo del requerimiento formulado por el Tribunal a quo para que estime el monto por el que inicia la presente acción –fs. 11-, el demandante aclara a fs. 12, que no persigue el valor de los bienes en cuestión sino el cumplimiento efectivo de lo acordado, que era la entrega efectiva de los bienes con la respectiva escritura de dominio.

Por su parte, los demandados en cada una de sus presentaciones individuales, reconocen que le fueran encomendados al actor los trabajos de mensura y subdivisión del inmueble identificado con la matrícula original 36427, pero sostienen que al momento de la culminación de las tareas se abonarían los honorarios del profesional, conforme las pautas que rigen la materia (ver fs. 17 contestación de demanda de Juana Cayetana Lucero de Álvarez; fs. 28 "Que en aquella oportunidad y por lo que mi parte tiene entendido ya que no negoció de manera directa con el actor, sino que el mismo se entendía con los codemandados, se acordó que los honorarios podrían ser abonados con alguno de los lotes que surgieran de la subdivisión. Que esta podía ser una de las formas de pago que aceptaría la contraria, pero no obstante faltaba fijar el monto de los mismos honorarios y de esto dependería la decisión de cómo se abonaría en definitiva la misma obligación. Que no obstante lo expuesto, nunca se consiguió que la actora fijara en



forma definitiva el monto de los mencionados honorarios, conforme correspondiese", contestación de Luis O. Álvarez; y fs. 36 vta. Carlos Alberto Álvarez adhiere a lo expuesto por la primera –Cayetana Lucero de Álvarez- y agrega "...poner de relieve la no fijación de un precio por la labor que desempeñaría el Ingeniero Amusategui y que encuentra su razón de ser en la relación de años que vinculó a las partes de lo que también da cuenta la inexistencia de un contrato escrito; y agregan, que la tarea encomendada no se culminó, al no haberse amojonado ni demarcado los lotes.

Producida la totalidad de la prueba ofrecida por las partes, la Sra. Magistrada de la anterior instancia rechaza la demanda entablada. Para así decidir, considera que atento a los términos de los escritos constitutivos, ha quedado reconocido por las partes que los accionados encomendaron al ingeniero Amusategui, la realización de la mensura particular con fraccionamiento del lote A, de la chacra 122, matrícula original N° 36427, de esta ciudad de Neuquén, y de propiedad de los demandados.

Sin embargo, -afirma- desconocen los requeridos haber pactado con el ingeniero Amusategui el pago de sus honorarios con la entrega de los lotes objeto de esta demanda, imputando por lo demás al actor el incumplimiento de parte de las tareas encomendadas, al sostener que aquél no ha llevado a cabo el amojonamiento de los lotes, conforme se obligara en el contrato verbal que uniera a los contendientes.

Entiende, que conforme surge de la pericia de fs. 116/117 (ver resp. punto I-1) y 2) se probó el debido cumplimiento del contrato, por parte del actor, sin que se hubiere demostrado el incumplimiento que se le imputa en torno a la falta de amojonamiento. (ver testimonio del Agrimensor Alfredo Palacios, obrante a fs. 80). Y agrega, distinta y más compleja es la situación en lo referente al pago de los servicios o de la obra y el monto y forma de pago de la remuneración convenida, pues en el caso, ninguna prueba aportó el accionante que demuestre el deber de los demandados de abonar en la forma que pretende –mediante la entrega de los seis lotes que describe en su demanda- por lo que se rechaza la acción entablada.

III.- Agravios de la parte actora

En primer lugar, coincide con la interpretación de la a quo en relación al contrato aunque disiente en la interpretación dada a los hechos que motivaran la acción ya que el silencio de los demandados resultó vinculante pues éstos tenían la obligación legal de expedirse respecto al reclamo realizado por el actor derivado de la relación contractual preexistente.

En segundo lugar, cuestiona que en base al principio de congruencia la jueza sostiene que la pretensión del actor fue clara y se limitó al cumplimiento efectivo de lo acordado y rechaza la demanda por no haber probado el actor el pacto de honorarios aludido.

Considera que al haber quedado trabada la Litis con la demanda y contestaciones, ante el reconocimiento expreso de uno de los demandados del objeto de la pretensión, tal afirmación adquiere relevancia al modo de casi un allanamiento.

Refiere que cumplido y probado por el accionante que las obligaciones a su cargo estaban realizadas, no quedaba otra cosa que la jueza fijara el precio, sea éste en la forma pretendida o en el modo y forma que el real saber y entender de ella pudiese suplir a las partes litigantes.

En tercer lugar, ataca la imposición en costas a su parte, ya que reconociendo expresamente en el fallo que el actor cumplió con su labor profesional, que aun intimando previamente a los demandados al cumplimiento de lo pactado sin recibir respuesta, que tanto la testimonial como las pericias producidas echaron por tierra el supuesto incumplimiento del actor en el contrato.

IV.- Antes de abocarme al análisis de los planteos formulados por la parte recurrente, creo necesario recordar que los jueces no están obligados a hacerse cargo de todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes ni a analizar las pruebas producidas en su totalidad, sino tan solo aquéllos que sean conducentes para la correcta decisión de la cuestión planteada, de conformidad con el art. 386 del Código Procesal.

A su vez, la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del CPCC), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277 del Cód. Proc.).



Desde esta perspectiva, considero que los pasajes del escrito a través del cual el demandante pretende fundar su recurso logran cumplir mínimamente con los requisitos referidos en el art. 265 del Código Procesal. 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 del recurso y trataré los agravios vertidos.

V.- Ingresando al estudio de la cuestión planteada, interpreto que corresponde desestimar el recurso de apelación articulado por cuanto la crítica no resulta suficiente para desvirtuar los fundamentos de la a quo para rechazar la pretensión a partir de considerar que "ninguna prueba ha aportado el accionante que demuestre que efectivamente, el precio por su labor profesional ha sido pactado mediante la entrega de los seis lotes que describe en su demanda, por lo que la misma deberá ser rechazada".

Es así, que el recurrente no logra rebatir los argumentos de la sentencia en cuanto a que: "conforme surge de los términos del escrito de inicio y su aclaratoria obrante a fs. 12 punto II, el actor limitó su pretensión "al cumplimiento efectivo de lo acordado que era la entrega efectiva de los bienes, con la respectiva escritura de dominio...(sic), aclarando expresamente que no persigue aquí el valor de los bienes, sin requerir tampoco la fijación judicial de sus honorarios" (fs. 187 vta.) –el remarcado es propio-.

"En estos términos, al no haber el accionante demostrado acabadamente la celebración con los demandados del pacto de honorarios en la forma que se invoca y cuyo cumplimiento se pretende, y atendiendo a los claros límites del objeto de la demanda, corresponde el rechazo de la misma".

Consecuentemente, comparto la línea maestra de la sentencia de primera instancia en cuanto a que el objeto de la pretensión de autos era el cumplimiento de lo acordado, a saber: la entrega efectiva de los bienes, con la respectiva escritura de dominio y ahora, tal como lo indica la parte contraria y pretende sostener el recurrente que el objeto de la demanda se encontraba indicado en una carta documento que el letrado patrocinante remitiera a los accionados, en contradicción con lo establecido por los incisos 3 y 6 del art. 330 del Código de rito, que habla de la forma de la demanda, y en concordancia con el deber de los jueces previsto en los arts. 34, inc. 4° y 163, inc. 6° del Código Procesal.

Asimismo, se agravia el apelante al considerar que al haber cumplido y probado que las obligaciones a su cargo se habían realizado, no quedaba otra cosa que fijar el precio, sea éste en la forma pretendida o en el modo y forma que el real saber y entender de la a quo indicara.

Tampoco comparto este argumento del quejoso, pues la jueza de la anterior instancia ha aplicado en forma correcta el principio de congruencia, ya que el reclamante no demandó la fijación de un precio por los trabajos realizados.

Ello es así, conforme se desprende -reitero- del escrito de fs. 12 punto II, donde se circunscribe o limita la pretensión del actor a: "... no se persigue el valor de los bienes en cuestión, sino que se persigue el cumplimiento efectivo de lo acordado que era la entrega de los bienes, con la respectiva escritura de dominio".

Vale decir entonces, que comparto lo sostenido en la instancia anterior, pues el planteo recursivo en este punto, excede el marco de las presentes actuaciones al transgredir los términos de esta litis.

En efecto, el principio de congruencia mencionado por la a quo, de indudable rango constitucional y cuyo fundamento se encuentra en los artículos 34, inc. 4° y 163, inc. 3° del Código Procesal, se alza como obstáculo insalvable para acceder a lo peticionado en esta Alzada. Este principio exige la concordancia que debe existir entre la demanda, la contestación y la sentencia en lo que hace a las personas, al objeto y a la causa, de modo que, las partes al fijar el alcance y el contenido de la tutela jurídica requerida delimitan la actividad jurisdiccional a las cuestiones incluidas en la pretensión del actor y la oposición del demandado.

Por consiguiente, si tal como lo establece el imperativo legal de los artículos 163, inciso 6° y 34, inciso 4° del Código Procesal, el Sentenciante debe ceñir su pronunciamiento a las pretensiones invocadas por las partes, no corresponde acceder a lo peticionado sin violentar el principio de congruencia rector de nuestro procedimiento.

En relación a las costas, entiendo que deben cargarse en el orden causado, por cuanto el accionante pudo considerarse con derecho a promover la demanda, así como por las modalidades de la relación fáctica. En este sentido debe prosperar la apelación. Corriendo igual suerte las de Alzada (art. 71 del Código Procesal).



Por lo expuesto, propongo al Acuerdo confirmar en lo principal la sentencia recurrida, modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.). Imponer las costas de la Alzada en el orden causado, debiéndose regular oportunamente los honorarios de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 de la ley 1594.

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 de fs. 184/188 vta., modificándola en cuanto a las costas, las que se imponen en el orden causado (art. 71 C.P.C.C.), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran el presente pronunciamiento.

2.- Imponer las costas en la 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 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](#)

"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SALAS LEIVA PEDRO S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 509838/2014) – Sentencia: 16/16 – Fecha: 16/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. COBRO DE PATENTES. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. TITULO HABILITANTE.

Cabe confirmar la sentencia que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y de falta de legitimación pasiva opuestas al cobro del impuesto de patentes de carácter municipal de un rodado cuya propiedad se adjudica al accionado, pues sin perjuicio del límite que impone este tipo de proceso de apremio al análisis de la causa de la obligación y de conformidad a la doctrina emanada de la CSJN, se comprueba en el caso que la perseguida omitió seguir el procedimiento exigido en la ordenanza vigente ante el organismo recaudador a los fines de liberarse del gravamen, resultando insuficiente haber cumplido sólo con la denuncia de venta. El título expresamente contiene la individualización del sujeto obligado como contribuyente originado y que motivó la inscripción inicial, así como, los períodos en que no se ingresaron los montos por el impuesto, con lo que el título resulta hábil a los fines del cobro del tributo y procedencia de la ejecución.



Texto completo:

NEUQUEN, 16 de Febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ SALAS LEIVA PEDRO S/ APREMIO" (Expte. N° 509838/2014) venidos en apelación del Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 3, 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.- Vienen los autos a estudio de esta Alzada para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 35/37, contra la sentencia de fs. 29/31 vta., que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y de falta de legitimación pasiva interpuestas por su parte con costas.

Manifiesta que, la Ordenanza N° 10383 que la sentencia indica que el actor no cumplió fue sancionada el 16/11/2005, vale decir, con posterioridad a la denuncia de venta del vehículo efectuada por su parte el 23/02/2004, por lo que el fallo resulta arbitrario al exigir cumplir una ley que a la fecha del acto no estaba vigente.

Menciona que, en función de lo dispuesto por el art. 2 del Código Civil, las leyes no son obligatorias sino después de su publicación y desde el día que determinen. En su defecto, serán obligatorias después de los ocho días siguientes al de su publicación oficial.

Asimismo, se agravia por el hecho de que se haya denegado la apertura a prueba, cuando el actor ha manifestado que jamás fue notificado del acto administrativo que dio origen al certificado de deuda en ejecución.

A fs. 38 se ordenó correr traslado del recurso, el cual no fue contestado por la contraria.

II.- Que resulta liminar al análisis reseñar que la sentencia de grado que viene apelada, imponiendo las costas a la demandada, rechazó la excepción de inhabilidad del título opuesta al cobro del impuesto de patentes de carácter municipal de un rodado cuya propiedad se adjudica al accionado; el juez de grado sostuvo que el presentado constituye un título público, hábil y suficiente para llevar adelante la acción de apremio, y en relación a la denuncia de venta, considera que la perseguida omitió cumplir con lo prescripto en el art. 292 de la Ordenanza Tributaria Municipal N° 10.383, aludiendo concretamente a la falta de comunicación al Organismo Fiscal, de tal forma que tenga el efecto de limitar la responsabilidad por el gravamen.

Que a fs. 2 obra certificado de deuda impaga por impuesto de patentes de automotor individualizado con el dominio ANC - 445 emitido con fecha 27 de septiembre de 2013, en el que se hace constar que los períodos y el importe consignado responden al "concepto: Patente de Rodados".

Que a fs. 6 obra el formulario de DENUNCIA DE VENTA del mismo dominio que fue presentado por el titular al Registro Nacional de la Propiedad Automotor del 23 de febrero de 2004.

Que abordando la cuestión traída a resolver, estimo oportuno comenzar por citar respecto a los efectos del trámite ante el organismo nacional del registro de los rodados en la percepción del impuesto que nos ocupa, me he expedido en los autos "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ HANOVER ARGENTINA S.A. S/ APREMIO" (Expte. N° 361818/7, Sent. del 01 de diciembre de 2010) por la inconstitucionalidad de la Ley 25.232, que incorporó un último párrafo al art. 27 de la Ley 22977, por el que se desplaza al sujeto obligado al tributo de patentes frente a la denuncia de la tradición del automotor ante los registros, todo ello por considerar que resulta inaplicable en el ámbito provincial local conforme al Art. 104 de la Ley 53 –que reserva tal potestad de sancionar ordenanzas impositivas en la materia que nos ocupa a los Consejos Deliberante-, y fundamentalmente a tenor de la sentencia dictada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaída en la causa: "Provincia de Entre Ríos c. Estado Nacional" (Fallos: 331:1412), donde se sostuvo que ello implicó una intromisión del legislador federal en una cuestión de exclusiva competencia de las provincias.

Y siguiendo la misma doctrina judicial, también me expedí en "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ PETRACCA, GABRIELA ROMINA S/ APREMIO" (Expte. N° 492.430/13), entre otros.

Que en segundo lugar, cabe destacar que el Código tributario vigente al momento de efectuarse la denuncia de venta, la Ordenanza Municipal N° 1447, no contemplaba la posibilidad de liberarse de la responsabilidad del pago del



impuesto de patente a través de la presentación de la denuncia de venta, tal como luego lo incluyó como requisito el nuevo art. 292 de la Ordenanza 10383 que derogó aquel régimen tributario.

Precisamente, estaba previsto un procedimiento más exigente que el actual para liberarse del gravamen, desde que el anterior art. 195 sólo contemplaba una posibilidad: "baja por cambio de radicación".

Que en definitiva, sin perjuicio del límite que impone este tipo de proceso de apremio al análisis de la causa de la obligación y de conformidad a la doctrina emanada de la CSJN, se comprueba en el caso que la perseguida omitió seguir el procedimiento exigido en la ordenanza vigente ante el organismo recaudador a los fines de liberarse del gravamen, resultando insuficiente haber cumplido sólo con la denuncia de venta.

Examinando entonces el caso concreto, se comprueba que el título expresamente contiene la individualización del sujeto obligado como contribuyente originado y que motivó la inscripción inicial, así como, los períodos en que no se ingresaron los montos por el impuesto, con lo que el título resulta hábil a los fines del cobro del tributo y procedencia de la ejecución.

III.- En consecuencia, propiciaré al acuerdo el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la accionada, y la confirmación de la sentencia de trance y remate decretada en la instancia de grado, conforme los argumentos expuestos.

IV.- Las costas de la Alzada se impondrán a la demandada en su carácter de vencida (art. 558 del CPCyC), debiéndose regular los honorarios de los letrados intervinientes de acuerdo a lo establecido por los arts. 6, 7, 9, 20, 39, 15 s.s. y c.c. de la Ley 1594.

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 la sentencia de trance y remate dictada a fs. 29/31 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 558 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](#)

"SEGURA ANTONIO ORLANDO C/ FALKEN S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 453058/2011) – Sentencia: 17/16 – Fecha: 16/02/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. LICENCIA POR ENFERMEDAD. INTERPELACION. ABANDONO DE TRABAJO. CONFIGURACION. DESPIDO INCAUSADO.

1.- Resultó injustificado el despido del trabajador dispuesto por el empleador debido a



que el trabajador no se presentó a trabajar porque continuaba con su estado de enfermedad, pues, la empleadora –independientemente de que haya controvertido el estado de salud y licencia otorgada al actor- conocía los motivos de la ausencia de éste a su puesto de trabajo. Vale decir, se encuentra acreditado que al momento en que la recurrente procede al despido, el actor se encontraba con licencia por enfermedad y que tal situación, más allá de su cuestionamiento, era conocida por la demandada al momento de proceder a intimar a éste a que se presente a trabajar y considerarlo incurso en abandono de trabajo.

2.- Para la configuración de esta causal extintiva –abandono de trabajo-, sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, se exige la concurrencia de dos elementos: a) uno material, que consiste en que el trabajador esté ausente de su puesto de trabajo en un momento en que debería estar cumpliendo con el débito laboral porque tiene obligación de ponerse a disposición de su empleador con la asiduidad y puntualidad establecida en el contrato; debido a ello, toda omisión a estas obligaciones configura per se un incumplimiento contractual que faculta a la patronal a intimarlo a reincorporarse automáticamente; y b) otro inmaterial o subjetivo, conformado por la intención del dependiente de no volver a brindar sus obras o servicios normales y habituales en ese empleo.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SEGURA ANTONIO ORLANDO C/ FALKEN S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (EXP N° 453058/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA LABORAL N° 1 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Patricia CLERICI, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Marcelo J. MEDORI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- A fs. 310/316 vta. la demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de fs. 302/307 vta., que hizo lugar a la demanda y la condenó -a Falken SRL- a pagar la suma de \$11.621 en concepto de indemnización por despido sin causa (arts. 245, 232 y 233 LCT y SAC de cada rubro) y haberes correspondientes a los días de enfermedad de junio de 2010 y SAC; ello con más los intereses a tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén SA, desde la mora -06/07/2010- hasta el efectivo pago y costas del proceso.

II.- En primer lugar, sostiene la accionada que, la sentencia de grado claramente persigue el rechazo del reclamo de su representada haciendo mérito a cuestiones no introducidas ni afirmadas, como resulta ser la hipótesis de una defectuosa comunicación del despido del accionante; por lo que considera que se trata de una cuestión netamente arbitraria.

Afirma que, ni durante el intercambio epistolar ni al contestar la demanda, el Sr. Segura plantea como defensa el argumento que de oficio se utiliza en la sentencia, por lo que es evidente que la misma se encuentra viciada por haber fallado extra petita en franco detrimento del derecho de defensa en juicio de la parte empleadora, imponiéndose su revocación en este aspecto, con costas.

En segundo término, expone que contrariamente a lo planteado en la sentencia de grado, el sentido del control médico previsto en el art. 210 LCT, consiste en que el empleador pueda verificar que el trabajador se encuentra o no



en condiciones de cumplir con su obligación principal: cumplir tareas.

Manifiesta que, ante la presentación por parte del Sr. Segura de certificados psicológicos con reposo en los cuales no se aprecia cuál sería el tratamiento (práctica habitual que ocasiona severos perjuicios a empleadores), su instituyente optó por evaluar la patología del actor con una profesional en psiquiatría, quién arribó a la conclusión que el actor, a partir del 22/06/10, se encontraba en perfectas condiciones para trabajar.

Señala que, por tal motivo su mandante lo intimó a que se presentara a trabajar, bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de trabajo.

Aduce que, no se encuentra probado en autos que el trabajador mantuviera un tratamiento psicológico, por lo que resultan antojadizas las conclusiones vertidas en la sentencia respecto de que el Lic. Roberto Tournier era quién debía otorgarle el alta.

Señala que, en la causa se encuentra probado que el accionante hizo caso omiso a la intimación de su parte tendiente a reincorporarse a sus tareas, en abierta violación al principio de buena fe, ya que pretendió ampararse en un certificado extendido por un licenciado en psicología, cuya entidad científica es de rango inferior al certificado emitido por un doctor en psiquiatría.

En tercer lugar, cuestiona que se haya hecho lugar a la indemnización del art. 2 de la Ley 25.323.

Sostiene, que la actitud de su mandante de no abonarle al actor los rubros reclamados, se encuentra claramente justificada por su improcedencia, por lo que solicita se revoque la misma resolución de grado en este punto.

Por último, critica que se acogiera la indemnización del art. 80 de la LCT, toda vez que conforme surge de la declaración de la Sra. Leiva, el actor nunca se presentó a retirar los certificados, que se le notificó por carta documento que estaban a su disposición en la empresa.

A fs. 319/320 vta., la parte actora contesta el traslado de los agravios y solicita que se rechace la apelación, con costas.

III.- Ingresando al examen de la cuestión planteada por la parte recurrente respecto de que el a quo ha fallado extra petita, adelanto que no comparto su visión, pues en definitiva, independientemente de la interpretación brindada al intercambio en la sentencia de la anterior instancia, el caso se subsume clara y concretamente en si la causal de despido alegada por la empleadora "abandono de trabajo" se encuentra o no configurada.

En tal sentido, debo decir que comparto la jurisprudencia que sostiene que el abandono de trabajo en los términos de la norma legal citada, no se configura cuando el trabajador responde a la intimación cursada por el principal exponiendo los motivos de su ausencia que, justificados o no, revelan su intención de no abandonar el contrato de trabajo (SCBA, cfr. causas L. 60.918, "Cardinalli", sent. del 16/XII/1997; L. 76.799, "Ortiz", sent. del 16/VII/2003).

Las circunstancias fácticas acreditadas en el expediente dan cuenta de que frente a la intimación patronal a retomar tareas, el actor rechazó la posición del principal, dando razones que -a su entender- justificaban su no concurrencia al trabajo.

Así, con fecha 17/06/2010, (fs. 26) el actor procede a enviar a la empleadora TCL 76145316, en el que expone: "Notifico a Uds. que a la fecha continuo con mi estado de enfermedad, poniendo a su disposición en mi domicilio particular, certificado médico extendido por el facultativo que me atiende, el que a continuación transcribo textualmente "certifico continuar asistiendo en tratamiento al Sr. Segura Antonio, DNI N° ... quien se encuentra en reposo laboral por un Diag., F41.1; F54, y fundamentalmente por un Z 56.7 y debe permanecer con el mismo desde el próximo 19 de cte. y por 20 (veinte) días más.

Como ya se adelantó anteriormente se esta a la espera de alguna resolución favorable por parte de la empresa a fin de hacerse un posible reintegro laboral...".

La demandada, el 24/06/2010 (telegrama de fs. 12) le remite la CD. OCA N° CBR 0009979 (5) en los siguientes términos: "En función de su TCL 76145316 y dado que en el mismo el médico tratante coincide con el dictamen de la junta médica realizada por el Dr. FOLIS, Marcelo, le hacemos saber que (tal su intención que obra en el TCL que se contesta) debe reintegrarse a su puesto de trabajo en el plazo de 48 hs. de recibido la presente, todo bajo apercibimiento de considerarlo incurso en abandono de tareas y rescindir el contrato por su exclusiva culpa...".



El 6 de julio de 2010, telegrama de fs. 13, la empleadora hace efectivo el apercibimiento anterior en los siguientes términos: "NO HABIENDOSE PRESENTADO A LA FECHA 5-07-2010 A SU PUESTO DE TRABAJO CONSIDERAMOS ABANDONO DEL MISMO".

Ambas misivas enviadas por la demandada, en fecha: 12/07/2010 (ver telegrama de fs. 27) son respondidas por el actor, en los siguientes términos: "...Niego que haya incurrido en abandono de trabajo como pretende imputarme, cuando a la fecha en que me enviaron tales misivas me encontraba con enfermedad debidamente comunicada a Uds. Mediante TCL 76145316- CD N° 04324128 de fecha 17-06-2010, con 20 días de reposo laboral a partir del 19-06-2010, por lo que su intimación en base a un supuesto dictamen de su médico de control (art. 210 L.C.T.) Dr. Marcelo Folis, carece de los efectos jurídicos que pretende asignarle, siendo falso que haya existido junta médica y que mi médico tratante coincidiera con lo que supuestamente dictaminara su médico de parte Dr. Folis y que de manera alguna pueden hacer prevalecer ante el certificado del facultativo que me asiste...Su apercibimiento y despido por abandono de trabajo es absolutamente improcedente y arbitrario, razón por la cual intimo plazo de 48 hs. deje sin efecto tal distracto incausado, bajo apercibimiento de considerarme despedido sin causa y por su culpa. Asimismo, infírmole plazo 48 hs. deposite mis haberes adeudados del mes de junio del 2010 y SAC 1 Semestre 2010 que se me adeudan, bajo apercibimiento de ley...".

En función de las comunicaciones transcritas, surge con claridad que la empleadora –independientemente de que haya controvertido el estado de salud y licencia otorgada al actor- conocía los motivos de la ausencia de éste a su puesto de trabajo.

Vale decir, se encuentra acreditado que al momento en que la recurrente procede al despido, el actor se encontraba con licencia por enfermedad y que tal situación, más allá de su cuestionamiento, era conocida por la demandada al momento de proceder a intimar a éste a que se presente a trabajar y considerarlo incurso en abandono de trabajo.

Cabe reiterar que la cesantía por abandono de trabajo se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir a su empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna y la nota que lo caracteriza es -en principio y generalmente- el silencio del trabajador (SCBA, cfr. causas L. 43.045, "Pereira", sent. del 21/XI/1989; L. 88.056, "González", sent. del 12/IV/2006).

Consecuentemente, habiéndose entonces ausentado de su trabajo por motivos de salud y con el aval del certificado, más allá de su cuestionamiento, su conducta mal puede encuadrarse en la figura del art. 244 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Así se ha resuelto que el abandono de trabajo previsto en el art. 244 no se configura si el trabajador respondió a la intimación que le fue cursada y expuso los motivos de su ausencia, lo cual revela su intención de continuar la relación, máxime si se pusieron a disposición los certificados médicos que avalan su imposibilidad de laborar (CNTrab., sala X, 25/02/2011, "Kommers, Oscar Alberto c. Alcain, Tucuna Eduardo y otros", DJ 15/06/2011, 88, AR/JUR/2644/2011).

Para la configuración de esta causal extintiva, sin consecuencias indemnizatorias para el empleador, se exige la concurrencia de dos elementos:

a) uno material, que consiste en que el trabajador esté ausente de su puesto de trabajo en un momento en que debería estar cumpliendo con el débito laboral porque tiene obligación de ponerse a disposición de su empleador con la asiduidad y puntualidad establecida en el contrato; debido a ello, toda omisión a estas obligaciones configura per se un incumplimiento contractual que faculta a la patronal a intimarlo a reincorporarse automáticamente; y b) otro inmaterial o subjetivo, conformado por la intención del dependiente de no volver a brindar sus obras o servicios normales y habituales en ese empleo.

La Suprema Corte de la Provincia de Mendoza tiene dicho que: "[...] el abandono de trabajo como causal de despido debe ser probado fehacientemente por quien lo alega, lo que implica demostrar también la intencionalidad del trabajador, es decir, su conducta concreta y voluntaria (LS 188-048 [...]), (SCJ, causa N° 72.339, caratulada: CACERES CARLOS ALBERTO EN J1 14.402 LUCATTO FERNANDO ANTONIO C/ CARLOS ALBERTO CACERES P/ ORD. S/ CAS. - INC..)".

Por tal motivo, dicho agravio será rechazado.

En cuanto a la aplicación del art. 2 de la Ley 25.323, debo manifestar que el objetivo de la misma es compeler



precisamente al empleador a abonar en tiempo y forma las indemnizaciones por despido y evitar litigios. La sanción no se vincula con la causa del despido, sino que en realidad se castiga la conducta dilatoria que genera gastos y pérdida de tiempo. De allí que el presupuesto de procedencia es en principio el no pago de la indemnización en tiempo oportuno y la existencia de un despido sin invocación de causa producido a partir del 20/10/2000, aunque se lo debe hacer extensivo a los casos de despido indirecto con causa justificada y despido directo con invocación de causa a todas luces inverosímil. (Conf. Julio Armando Grisolia- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- ed. Lexis Nexis- ed. 2005 -TII- pág. 1239).

El art. 2 de la Ley 25.323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y obligando al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales. De las constancias de autos surge que mediante Telegrama de fs. 28, de fecha 20 de julio de 2010, el actor cumplió con el paso previo aludido en el párrafo anterior, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada corresponde declarar procedente su aplicación.

Se ha dicho: "El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior.." (Julio Armando Grisolia- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- T II, ed. Lexis Nexis- pag. 1299).

En función de ello y teniendo en cuenta el resultado arribado, corresponde rechazar el presente agravio, y en consecuencia, confirmar la aplicación de la multa del art. 2 de la Ley 25.323.

En relación a la indemnización del art. 80 de la LCT., diré que no resulta suficiente que la empleadora argumente que los certificados estuvieron a disposición del actor, sino que es necesario que arbitre los medios para que, ante la falta de retiro de los mismos por parte del actor, aquélla cumpla con su obligación consignándolos judicialmente.

En el caso de autos, los certificados fueron acompañados en oportunidad en que la empleadora contestara la demanda (ver certificados obrantes a fs. 135/136), es decir, con posterioridad al plazo que establece el art. 80 (conf. art. 45 de la Ley 25.345), sino que además en el certificado de servicio que obra a fs. 136 se consigna "abandono de trabajo" como causa de extinción del contrato de trabajo, lo que no ha sido acreditada en autos.

Por lo que, tales circunstancias me persuaden para propiciar la confirmación de la indemnización dispuesta en el art. 80 LCT.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo el rechazo del recurso de apelación de la demandada, debiendo confirmarse la sentencia de fs. 302/307 y vta., en todo aquello que fue materia de agravios.

Imponer las costas de esta instancia al apelante vencido, regulándose los honorarios respectivos de conformidad con el art. 15 de la Ley 1594.

Tal mi voto.

La Dra. Patricia Clerici dijo:

Adhiero al voto del Señor Vocal preopinante, aunque entiendo pertinente aclarar, con relación a la multa prevista por el art. 80 de la LCT, que se encuentra reconocido por la demandada que cuando el actor se presentó a retirar los certificados, éstos no le fueron entregados (fs. 216), más allá de las justificaciones que intenta.

Formulo esta aclaración porque es opinión de la Suscripta que si el empleador pone a disposición del trabajador los certificados a que refiere el art. 80 de la LCT, y éste aduce que no le fueron entregados, es a cargo del trabajador acreditar tal circunstancia.

Por lo expuesto, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 302/307 vta. en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 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. Patricia Clerici



Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"CABRERA LEDA BLANCA C/ DA RODDA GASTON ARMANDO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –
Sala III – (Expte.: 476336/2013) – Sentencia: 20/16 – Fecha: 18/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

DESALOJO. EXTENSION DE LA CONDENA. OTROS OCUPANTES.

Corresponde modificar la sentencia que hace lugar al desalojo haciendo extensiva la condena formulada a "otros ocupantes". Ello es así, toda vez que se ha sostenido en doctrina y jurisprudencia que la sentencia de desalojo produce efectos contra la universalidad de los ocupantes que, por cualquier título, detenten el inmueble objeto de juicio, toda vez que únicamente de esa forma aquélla adquiere eficacia. De lo contrario, las sentencias serían de imposible cumplimiento, ya que bastaría introducir a un tercero en el inmueble locado para que el locador no obtenga la entrega de la tenencia ordenada judicialmente (Salgado, Locación, comodato y desalojo, quinta edición actualizada, pág. 442, con cita de fallos de la CNEsp. Civ. y Com., sala VI, 16-6-87, y de la CNCiv., sala C, 11-4-97, LA LEY, 1997-F, 153; Kielmanovich, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo II, pág. 1057).

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CABRERA LEDA BLANCA C/ DA RODDA GASTON ARMANDO S/ DESALOJO POR FALTA PAGO", (Expte. N° 476336/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 7 de agosto del 2015 (fs. 151/155), expresando agravios a fs. 168/171.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al limitar la condena al perseguido y negar su extensión a otros ocupantes, tornando totalmente ineficaz el procedimiento, cuando se constato la existencia de otros ocupantes que fueron debidamente notificados y se demandó expresamente en tal sentido. Denuncia preaviso al accionado del modo de evadir el desahucio.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo extensiva la condena contra subinquilinos y/u ocupantes del inmueble objeto de la Litis.

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 hace lugar a la demanda



de desalojo contra el demandado, con fundamento en la falta de comprobación de la pérdida de tenencia alegada para el cese de pago de alquileres, advirtiendo que la presente condena no ha de hacerse extensiva a terceras personas atento la forma en que se efectuara la diligencia de notificación de demanda, no habiéndose identificado a otros ocupantes.

De las constancias de autos surge que efectivamente la demandante requirió el desalojo contra el locatario y contra subinquilinos o cualquier ocupante (fs. 15); así, fue ordenado, haciendo saber al oficial notificador los recaudos del caso, en particular, identificar los ocupantes, informando el carácter que invoquen y luego notificar la existencia del juicio, previniéndoles que de resultar sentencia condenatoria les sería oponible, pudiendo presentarse a contestar demanda (fs. 17); la que se efectúa a fs. 55/57, notificándose al Sr. Da Rodda e informando que el Sr. Ramasco dice ser el propietario del lugar; transcurrido el período probatorio, oficiosamente el juzgado ordena nueva cédula de notificación a los efectos se cumplan con lo ordenado a fs. 17, identificar a eventuales ocupantes (fs. 122); oponiéndose la accionante, argumentando innecesariedad (fs. 123/125); se deja sin efecto lo dispuesto a fin la sentencia pudiera ser oponible a los ocupantes (fs. 126).

"La sentencia de desalojo dictada contra el demandado alcanza no sólo el desahucio de la persona, sino el de los ocupantes y subinquilinos, sin perjuicio de los derechos que pudieran hacer valer en la forma y oportunidad fijada por la ley... La ley no impone demandar a quien no es inquilino ni subinquilino. La demanda contra estos ocupantes o terceros no es tampoco, en el caso, de la esencia del juicio de desalojo" y si la condena se "extiende" a los mismos, ello es mera consecuencia de la sentencia contra el inquilino y no demuestra con respecto a aquéllos, la existencia de la "legitimación sustancial pasiva". "De ahí también, que resulta jurídica y legalmente inobjetable la resolución que hace extensiva la sentencia de desalojo a los subinquilinos, si éstos omitieron presentar, en la oportunidad procesal que se les concedió, las pruebas que pudieran acreditar la legitimidad del título que invocaron, por aquello de que la sola ocupación no da derechos; o bien que rechaza la presentación extemporánea de éstos, siendo que habían sido notificados debidamente". (cfr. Morello, Sosa, Berízonce, Tessone, "Códigos Procesales..." Tomo VII-B pág. 214, 227 y ccs.).

Como ya nos expidiéramos in re "MERINO PROSPITTI DANIELA F. CONTRA GADEA ROLANDO EDGARDO Y OTRO S/ DESALOJO FINAL CONTRATO LOCACION" (EXP N° 375580/8), sen. del 13 de diciembre de 2012, expediente del mismo juzgado, no se puede avalar la ineficacia del proceso, siempre que no se vea afectado el derecho de defensa. (arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; y 679 y ss. del Cód. Proc.).

En el caso concreto, se ha demandado expresamente contra el inquilino y posibles ocupantes, y se ha notificado al mismo, identificando a otro ocupante, quien no se ha presentado a estar a derecho, advirtiendo que en la cédula de notificación se transcribió expresamente: "Teniendo en cuenta el alcance de la pretensión ejercida y el derecho de eventuales ocupantes, la notificación de la demanda se deberá extender a éstos para su diligenciamiento. El oficial notificador procederá a identificarlos informando el carácter que invoquen y luego notificará a los mismos de la existencia de éste juicio, previniéndoles que de resultar sentencia condenatoria les será oponible, pudiendo ellos presentarse en autos en el plazo previsto para contestar la demanda".

De manera, que se ha garantizado el derecho de defensa de los presentes en el momento de la notificación, quienes no han justificado su ocupación, debiendo en consecuencia restituir el inmueble a la locadora bajo apercibimiento de lanzamiento. Destaco, finalmente, que la magistrada omite referirse a la constancia en la que se identifica al ocupante; y que el CPCyC nacional ha puesto solución a esta cuestión en este mismo sentido en su art. 687.

Precisamente, se ha sostenido en doctrina y jurisprudencia que la sentencia de desalojo produce efectos contra la universalidad de los ocupantes que, por cualquier título, detenten el inmueble objeto de juicio, toda vez que únicamente de esa forma aquélla adquiere eficacia. De lo contrario, las sentencias serían de imposible cumplimiento, ya que bastaría introducir a un tercero en el inmueble locado para que el locador no obtenga la entrega de la tenencia ordenada judicialmente (Salgado, Locación, comodato y desalojo, quinta edición actualizada, pág. 442, con cita de fallos de la CNEsp. Civ. y Com., sala VI, 16-6-87, y de la CNCiv., sala C, 11-4-97, LA LEY, 1997-F, 153; Kielmanovich, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tomo II, pág. 1057).



Y para asegurar que no se vulnere el derecho de defensa, se dice que si bien la sentencia tiene amplios efectos en relación con los detentadores del inmueble, es necesario que aquéllos hubiesen sido notificados de la demanda, o que ingresaran al inmueble sin título con posterioridad a aquel momento (conf. Salgado, ob. cit. págs. 442 y 443; Areán, juicio de desalojo, págs. 616 y 617).

En este orden de ideas, se aseveró que si se ha individualizado a los ocupantes, trabada la litis con éstos, no habiéndose expresado a lo largo del proceso sobre la existencia de otros ocupantes, ha de entenderse que quienes hoy resultan ser ocupantes lo son con posterioridad a la traba de la litis y, por lo tanto, la sentencia dictada los alcanza. No puede desalojarse a quien ocupa el inmueble desde antes de promoverse la acción y a quien no se le anoticia de la pretensión; empero, no puede fomentarse, a la inversa, que se retrotraigan etapas válidas y firmes o se fomenten recursos reñidos con la seriedad de la justicia, permitiéndose "ingresar" al proceso en la etapa de ejecutoriedad de sentencia, a quien no ostenta "límpida y convincentemente" sino una ocupación posterior a la iniciación del juicio (Cám. Apel. Civ. y Com. Morón, sala II, 16-3-95, citado por Areán, juicio de desalojo, pág. 619)... (cfr. Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, Airoldi, Armando Raúl c. Britambo S.H. y Núñez José Daniel • 17/07/2008 Publicado en: LLBA 2008 (setiembre), 867 DJ 03/06/2009 1473 con nota de Ariel I. Fognini; Hernán P. Santoro Cita online: AR/JUR/4583/2008).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, propicio hacer lugar a la apelación, extendiendo la condena formulada a "otros ocupantes", sin costas en la alzada, atento la manera en que se ha suscitado la cuestión.

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.- Modificar la sentencia dictada a fs. 151/155 vta., haciendo extensiva la condena formulada a "otros ocupantes", de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Sin costas en la alzada, atento la manera en que se ha suscitado la cuestión.
- 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](#)

"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ AVAYA ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III - (Expte.: 536561/2015) - Sentencia: 22/16 - Fecha: 18/02/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. BOLETA DE DEUDA. CAUSA DE LA OBLIGACION. ORDINARIO POSTERIOR.

Deben rechazarse las defensas de la demandada destinadas a cuestionar la composición de la deuda emitida por la Administración [en el caso la boleta de deuda emitida por la Dirección Provincial de Rentas], pues encontrándose limitadas las



defensas en esta clase de procesos, no corresponde analizar las defensas de fondo - destinadas precisamente a cuestionar la composición de la deuda- interpuestas por el apelante, ello sin merma del derecho de defensa en juicio, habida cuenta que éste podrá hacer valer sus derechos a través de un juicio ordinario posterior, toda vez que la controversia sobre un fondo litigioso profundo dilatará el procedimiento desnaturalizándolo.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DE NEUQUEN C/ AVAYA ARGENTINA S.R.L. S/ APREMIO", (Expte. N° 536561/2015), venidos en apelación del Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 2, 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. Ghisini dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 58 por la parte demandada contra la sentencia que luce a fs. 53/55 y vta.

A fs. 60/62 y vta. presenta memorial sosteniendo que al contestar la demanda su parte expresó el exceso de facultades en que incurrió el Fisco Provincial al emitir la boleta de deuda que pretende ejecutar. Asimismo sostuvo que la deuda era inexistente y por lo tanto inexigible, toda vez que, con la documental adjuntada, su parte cumplió en tiempo oportuno con la presentación de las liquidaciones mensuales correspondientes a los cuatro períodos reclamados en esta ejecución, de las que surgen datos relevantes para dirimir el conflicto.

Crítica la resolución de grado, diciendo que su parte jamás cuestionó en su defensa los aspectos formales del título en cuestión, sino que la misma se sostuvo en la forma en que la compañía extinguió las obligaciones tributarias reclamadas por la Provincia de Neuquén.

Sostiene que, no se discute la causa de las obligaciones, toda vez que los planteos de su representada no se vincularon con la causa de las mismas, sino en establecer de qué manera se extinguió lo que la compañía presentó en sus declaraciones juradas, las que nunca fueron impugnadas por la Administración tributaria mediante un acto administrativo fundado.

Aduce que, el propio Tribunal admitió que jurisprudencialmente se ha aceptado la inhabilidad fundada en la inexistencia de deuda, cuando la misma resulta manifiesta.

Reitera los argumentos utilizados en la instancia de grado para sostener la extinción de dicha obligación.

Del memorial se corrió traslado, el que fue contestado por la contraria mediante presentación obrante a fs. 64/68, solicitando en primer lugar se declare desierto el recurso en los términos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, pide el rechazo del recurso con costas.

II.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a debate, diré que no le asiste razón al apelante.

En efecto, debo recordar que en autos se intenta cobrar por vía de apremio -arts. 604 y 605 del CPCyC y demás normas del Código Fiscal Provincial-, la boleta de deuda N° 217294, de fecha: 28 de noviembre de 2014, emitida por la Dirección Provincial de Rentas, en uso de prerrogativas que la propia ley acuerda (art. 107 del Código Fiscal).

En función de lo expuesto, las defensas de la demandada destinadas a cuestionar la composición de la deuda emitida por la Administración, salvo casos excepcionalísimos en donde la irregularidad de su composición resulta flagrante, resulta improcedente en esta clase de juicios.

Sobre el particular se ha dicho que:

"...En el proceso de apremio con sus notas de estrictez y donde "prima facie" las formas y el derecho documentado por los justiciables es indisponible, deviene inviable introducir defensas no previstas en la ley que lo regula. De ahí que deben apartarse de ésta clase de juicios compulsorios aquellos temas cuya correcta discusión y subsiguiente



juzgamiento no pueden realizarse por no estar contemplados en las correspondientes normas procesales, so pena, en caso contrario, de desnaturalizarlo, con grave deterioro de la seguridad jurídica" (Crf. CC0201 LP B 74271 RSD 304-92 S 10.9.92, Sumario B250704, en JUBA7).

Por tal motivo es que, encontrándose limitadas las defensas en esta clase de procesos, no corresponde analizar las defensas de fondo -destinadas precisamente a cuestionar la composición de la deuda- interpuestas por el apelante, ello sin merma del derecho de defensa en juicio, habida cuenta que éste podrá hacer valer sus derechos a través de un juicio ordinario posterior, toda vez que la controversia sobre un fondo litigioso profundo dilatará el procedimiento desnaturalizándolo.

Por lo tanto, no siendo la excepción en estudio una de las defensas previstas en la ley para el juicio de apremio, su tratamiento debe ser excepcional y solo reservado a aquellos supuestos en que la cuestión no pueda ser útilmente debatida y reparada en el proceso de conocimiento ulterior, por lo tanto, no siendo éste el caso que se presenta en autos donde la inexistencia de la deuda no aparece manifiesta, corresponde su rechazo. Precisamente el fundamento de ello, estriba en la celeridad del proceso de apremio y en que la defensa de fondo relacionada con la composición de la deuda debe necesariamente ventilarse en un juicio ordinario posterior, cuya vía no se le cierra al ejecutado, como así tampoco la de accionar eventualmente por repetición de las sumas que hubiere pagado.

En el sentido expuesto autorizada Jurisprudencia ha expresado:

"Constituye un principio común que en los juicios de apremio, donde la cognición queda reducida al examen de un escaso número de defensas, las cuales se refieren fundamentalmente al título en sí o a hechos posteriores a la creación del título y que inciden en la extinción del crédito, no pueden discutirse hechos anteriores a la formación del título, ni cabe articular defensa que se relacione con la existencia o legitimidad del crédito que el instrumento reconoce. Con otras palabras, no es posible admitir controversias de ninguna especie sobre el origen del crédito ejecutado, limitándose la discusión a las formas extrínsecas del documento (art. 6 in fine decreto ley 9122/78). (L.D.T. Referencia Normativa: Dleb 9122-78 Art. 6Cc0201 Lp, B 68445 Rsd-268-89 S Fecha: 07/11/1989-Juez: Montoto (sd)-Caratula: Fisco Pcia.bs.as. C/ Empresa La Gioconda S/ Apremio- Mag. Votantes: Montoto – Sosa).

También que: "El procedimiento fijado por la ley de apremio es sumarísimo, las defensas permitidas están limitadas y la sentencia deja abierta la vía para la controversia amplia en el ordinario. Es que, tales juicios limitan en principio su examen a la superficie. La legitimidad de la acción corresponde a la perfección formal. La controversia sobre el fondo dilataría un procedimiento cuya naturaleza esencial es la brevedad. Cuando las leyes procesales limitan sus recursos, interpretan cabalmente su espíritu. No puede haber otra excepción a estos principios que aquella en que el fallo ponga punto final al debate sin posibilidad de reabrirlo por ninguna vía; pues mientras quede alguna expedita, el litigante no podrá afirmar con razón que le ha sido negada la protección de los derechos constitucionales reconocidos. Y la inconstitucionalidad de una ley es un vicio interno, algo así como la inhabilidad intrínseca de un título. (L.D.T: Cc0203 Lp 101832 Rsi-291-4 I- Fecha: 24/02/2004 - Carátula: Fisco De La Provincia De Buenos Aires C/ Arditi, Rodolfo David S/ Apremio-Obs. Del Fallo: Esta Sala, Causa B81845, Reg. Sent. 294/95-Mag. Votantes: Fiori-Billordo).

Por todo lo expuesto, jurisprudencia invocada y fundamentos del fallo recurrido, propongo al Acuerdo su confirmación, con costas en esta Alzada a cargo de la apelante vencida (art. 68 CPCC), los honorarios profesionales se regularán oportunamente de conformidad con el artículo 15 de la ley arancelaria.

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 la sentencia de fs. 53/55 vta. en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al demandado vencido (art. 68 C.Proc.).
- 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 y oportunamente vuelvan 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](#)

"BALDERRAMA MIGUEL JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ AMPARO POR MORA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 506530/2015) – Sentencia: 24/16 – Fecha: 25/02/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

AMPARO POR MORA. TRABAJADOR MUNICIPAL. PAGO DE HABERES. SUMAS UNICAS. RECLAMO ADMINISTRATIVO. TELEGRAMA. PRINCIPIOS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. INFORMALISMO.

Corresponde revocar la decisión que rechaza el amparo por mora administrativa interpuesto por el trabajador municipal, al sostener que no se ha entablado un reclamo administrativo en forma, ya que es insuficiente la remisión de un telegrama en el marco del art. 25 de la ley 1981. Ello es así, pues, la propia legislación -Ordenanza N° 2.270/04 de Procedimiento Administrativo de la Municipalidad de Plottier, Capítulo IV, Escritos, Artículos 124 y 131- prevé la posibilidad de entablar el reclamo administrativo mediante la forma telegráfica, otorgando validez inclusive a la fecha de imposición. Ello debe comprenderse dentro del marco del informalismo que beneficia al administrado, íntimamente relacionado con el derecho de defensa, en el caso particular, del ciudadano frente al aparato estatal.

Texto completo:

NEUQUEN, 25 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BALDERRAMA MIGUEL JAVIER C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ AMPARO POR MORA", (Expte. N° 506530/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO 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 11 de diciembre del 2015 (fs. 21/22), presentando memorial a fs. 26.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al denegar la pretensión por entender que no se ha formalizado reclamo administrativo alguno dado el desconocimiento del telegrama remitido por el empleado cuando el mismo fue remitido a través del correo argentino y el municipio ha afirmado no encontrarlo.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda y subsidiariamente reclama costas por su orden.

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 rechaza el amparo por mora administrativa incoado con motivo de que no se ha entablado un reclamo administrativo en forma, siendo insuficiente la remisión de un telegrama en el marco del art. 25 de la ley 1981.

De las constancias de autos surge que el actor remitió telegrama obrero, reclamando el pago de las sumas únicas de \$2.000 mensuales desde diciembre 2014 a abril 2015 que fueran percibidas por todos los demás trabajadores municipales con fecha 21.5.2015 (fs. 2); y que el 28.8.2015 pide pronto despacho de su reclamo administrativo (fs. 3); todo ello sin obtener respuesta alguna; la demandada recién al presentar el informe, desconoce la recepción del telegrama por no encontrar antecedentes del mismo dentro de la administración.

La norma administrativa de aplicación, PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO de la Municipalidad de Plottier, ORDENANZA N° 2.270/04, dispone expresamente: "CAPITULO IV, ESCRITOS, Artículo 124: Formalidades ...Podrá emplearse el medio telegráfico para contestar traslados o vistas e interponer recursos o reclamaciones." Asimismo, el artículo 131 prevé que: "...Cuando se empleare el medio telegráfico para contestar traslados o vistas o interponer recursos o reclamaciones, se entenderá presentado en la fecha de su imposición en la oficina postal." (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 124, 131, 159 inc. f, 171 y 174, de la ley 1.284; 8 de la ley 1.305; y 25 de la ley 1.981).

A los fines de la recta interpretación de estas normas, cabe tener presente los principios esenciales del procedimiento administrativo, precisamente el artículo 3 inc. e) prevé en forma expresa entre ellos, el informalismo, estableciendo que: "Los administrados no verán afectados sus derechos por la inobservancia de exigencias formales, que puedan ser cumplidas posteriormente sin afectar derechos de terceros".

"El procedimiento es informal sólo para el administrado: Es decir, es únicamente el administrado 506530/2015 quien puede invocar para sí la elasticidad de las normas de procedimiento, en tanto y en cuanto ellas le benefician; ese informalismo no puede ser empleado por la administración para dejar de cumplir con las prescripciones que el orden jurídico establece respecto a su modo de actuación, ni para eludir el cumplimiento de las reglas elementales del debido proceso. Así planteada la cuestión, parécenos indudable que es superior el principio del informalismo para el administrado, única y exclusivamente, que el del formalismo para la administración y el administrado.

En efecto, la práctica administrativa demuestra que los recurrentes y reclamantes en vía administrativa son en una gran proporción gente de modestos recursos y escasos conocimientos jurídicos, que actúan sin patrocinio letrado y sin posibilidad alguna de dominar los vericuetos del procedimiento, perdiendo frecuentemente los términos para recurrir, y efectuando presentaciones que no reúnen sino raramente los caracteres de un escrito judicial. Establecer un procedimiento formal, a semejanza del judicial, implicaría hacer perder a esa gran mayoría de administrados toda posibilidad sería de recurrir administrativamente, por cuanto pocas veces podrían presentar sus reclamaciones en un todo de acuerdo con las prescripciones positivas. Tal vez en países de cultura más evolucionada pueda ser viable un procedimiento administrativo formal, como el judicial, pero por lo que respecta al derecho argentino la respuesta parece ser negativa: Formalizar en extremo el procedimiento significaría desproveer de medios de protección administrativa eficiente a la mayoría de los particulares. Ello no significa, por supuesto, que no se puedan dictar algunas normas esenciales de procedimiento: Pero ellas deben a nuestro criterio mantener siempre el principio del informalismo en favor del administrado." (http://www.gordillo.com/pdf_tomo5/03/03-capitulo2.pdf).

En consecuencia, atento a los hechos descriptos y el encuadre jurídico expuesto, cabe reconocer razón al recurrente, considerando que el empleado formalizó un reclamo administrativo mediante el medio telegráfico gratuito, documento que no ha sido desconocido en su autenticidad, ya que la administración municipal sólo ha alegado no encontrar antecedentes al respecto (cfme. art. 356 inc. 1 del CPCC). Tanto este reclamo como el pedido de pronto despacho que fuera expresamente reconocido en su recepción no fueron contestados en forma alguna por el municipio.

En contraposición a lo manifestado por el magistrado, la propia legislación prevé la posibilidad de entablar el reclamo administrativo mediante la forma telegráfica, otorgando validez inclusive a la fecha de imposición. Ello debe comprenderse dentro del marco del informalismo que beneficia al administrado, íntimamente relacionado con el derecho de defensa, en el caso particular, del ciudadano frente al aparato estatal.



Trata sobre la presente cuestión el fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires caratulados bajo la denominación "Investigaciones Médicas S.A. c/ Provincia de Buenos Aires (I.O.M.A.)", citado en JUBA, con fecha 28 de septiembre de 2005 el cual, ante la solicitud por parte de la actora (Investigaciones Medicas S.A.) con el objeto de condenar a I.O.M.A. al pago de una determinada suma de dinero en virtud de una prestación de servicios de diagnóstico a favor de los afiliados de la obra social. Por citación textual de parte de la sentencia, se expresa en remisión a la cuestión de fondo que:

"...Es 506530/2015 la aplicación del principio del informalismo o formalismo moderado a favor del interesado en el trámite administrativo el que permite soslayar los reparos formales opuestos a la admisibilidad de la pretensión para dar primacía a la verdad jurídica objetiva y a la legalidad objetiva (arts. 39 primer párrafo, 69, 75, 88 del decreto ley N° 7647/70.) La regla in dubio pro actione, -principio rector en materia contencioso administrativa-, tratándose de impugnación de actos administrativos, estando en juego la posibilidad de acceso a la justicia, impone preservar los derechos del administrado, interpretando en su favor las normas que rigen el caso. En definitiva aquella norma combinada con la tutela judicial efectiva y la garantía de acceso irrestricto a la justicia permiten superar los escollos rituales, que como en el presente, actúan como un valladar inconducente para la obtención de una solución judicial de los conflictos (art. 15 de la Constitución provincial)...".

Y en relación al medio telegráfico: "Las cartas documento enviadas por el reclamante (cuya recepción no se cuestiona), constituyen una petición formal respecto a la cual debe expedirse el organismo administrativo, conforme lo dispuesto en el art. 25 del R.L.N.P.A. en cuanto admite que "todo escrito inicial o en el que se deduzca un recurso deberá presentarse en mesa de entradas o receptoría del organismo competente o podrá remitirse por correo...". En esa inteligencia, Hutchinson explica que "en el caso del envío por correo de la petición o recurso, la fecha válida para el cómputo de los plazos es la del envío por el correo. El escrito puede enviarse por carta -simple, certificada, expreso, etc.-, telegrama -simple o colacionado-, carta documento, cablegrama y formas similares que el progreso técnico pueda inventar, siempre que haya certeza en cuanto a la identidad del recurrente" (cfr. "Ley Nacional de Procedimiento Administrativo", T° II, pág. 100). (Del dictamen Fiscal al que adhiere la Sala)." (Auto: "GUZMÁN MORALES, JOSÉ TOMÁS c/ A.N.Se.S. y otro s/ Amparo por mora de la administración". - Cámara Federal de la Seguridad Social. - Sala: Sala III. - Mag.: Poclava Lafuente-Laclau-Fasciolo. - N° Sent.: sent. int. 90363. - Fecha: 02/03/2006 - Nro. Exp.: exp. 19376/2005. LDT).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, propicio hacer lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido y haciendo lugar al amparo por mora administrativa, vencidos los plazos del art. 159 de la ordenanza citada, debiendo la municipalidad despachar el reclamo formulado por el demandante en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 27 de la ley 1.981, con costas en ambas instancias a cargo de la demandada vencida, a cuyo efecto deberán readecuarse y regularse los honorarios profesionales con ajuste a 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.- Revocar la sentencia dictada a fs. 21/22 vta. y, en consecuencia, hacer lugar al amparo por mora administrativa, vencidos los plazos del art. 159 de la ordenanza citada, debiendo la municipalidad despachar el reclamo formulado por el demandante en el 506530/2015 plazo de cinco días bajo apercibimiento de lo dispuesto en el art. 27 de la ley 1.981, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas en ambas instancias a cargo de la demandada vencida (Art. 68 C.P.C.C.).
- 3.- Dejar sin efecto los honorarios regulados, los que adecuados al nuevo pronunciamiento se fijan en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., letrados apoderados de la actora, de PESOS DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES (\$2.463) a cada uno (artS. 6, 9, 10, 11 y 36 Ley 1594, T.O. Ley 2456).



4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada por la actora, en el 35% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino – SECRETARIO

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ EL NEGRITO S.R.L. Y OTRO S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 503733/2013) – Sentencia: 27/16 – Fecha: 08/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

APREMIO. TASA. TASA POR INSPECCION DE SEGURIDAD E HIGIENE. CARACTERES. CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA.

1.- La denominación de la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene puede variar en cada municipio, pero el quid de la cuestión siempre versa sobre aquellas tasas retributivas de servicios destinadas a financiar la actividad de contralor e inspección del municipio con el fin de preservar la salubridad, seguridad e higiene en locales establecimientos y oficinas donde se desarrollen actividades a título oneroso sujetas al poder de policía municipal, ya sea en forma permanente o temporaria. Asimismo, el hecho imponible de este tributo se perfecciona con la prestación efectiva de servicios de inspección por parte del municipio, en los establecimientos dentro del ámbito municipal donde se llevan a cabo actividades comerciales, industriales o de servicio.

2.- Siendo la tasa sólo una especie de tributo, la misma participa de los caracteres del género, motivo por el cual tiene su fuente u origen en la ley y sólo en ella, no pudiendo ser creadas por otro medio distinto, lo cual surge del principio de legalidad tributaria.

3.- Tasas tales como seguridad e higiene o alumbrado, barrido y limpieza, donde no es elemento integrante del hecho imponible la voluntariedad del sujeto en recibir el servicio público divisible que se brinda, la misma se torna exigible por el mero hecho de realizarse la prestación.

Texto completo:

NEUQUEN, 08 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ EL NEGRITO S.R.L. Y OTRO S/ APREMIO", (Expte. N° 503733/2013), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 1 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los



Dres. Marcelo Juan MEDORI y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse apartado de la causa el Dr. Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia de trance y remate del 24 de agosto del 2015(fs. 58/65), presentando memorial a fs. 77/84.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la inconstitucionalidad del art. 228 del Código Tributario Municipal cuando de su propio texto queda claro que no hay contraprestación concreta en favor del contribuyente, contradiciendo la doctrina de la CSJN y omitiéndose el emplazamiento previo al co-ejecutado.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a las defensas planteadas con costas.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 87/100.

Manifiesta que los antecedentes de la CSJN no son aplicables al caso y que el TSJ ha sentado criterio convalidando la norma atacada, no siendo necesaria la intimación previa según OM N° 10.383 e improcedente la discusión de la forma en que se determinara el tributo.

Solicita se rechace la apelación con costas.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis rechaza las excepciones de inhabilidad de título e inconstitucionalidad interpuesta, mandando llevar adelante la ejecución, con fundamento en que la norma impugnada establece una contraprestación precisa y es improcedente la discusión referida a la causa del título, previendo la normativa de aplicación la solidaridad de los administradores de empresas, conforme prerrogativas reconocidas en los arts. 121 y 123 de la Constitución Nacional.

Consta en autos la opinión de la fiscalía en contra de la declaración de inconstitucionalidad propuesta.

1. Inconstitucionalidad de la norma tributaria. Para el análisis de esta cuestión cabe partir como lo hace el magistrado de grado recordando que el planteo es restrictivo en sí mismo y mucho más en un proceso como el presente, criterio sostenido tanto por la CSJN como por el TSJ.

La norma del Código Tributario Municipal en cuestión establece expresamente: "DERECHOS DE INSPECCIÓN Y CONTROL DE SEGURIDAD E HIGIENE DE LAS ACTIVIDADES COMERCIALES, INDUSTRIALES Y DE SERVICIOS, CAPITULO I, HECHO IMPONIBLE, ARTÍCULO 228°: Hecho Imponible. Se abonarán las Tasas que fije la Ordenanza Tarifaria Anual por el ejercicio de cualquier actividad productiva, industrial, comercial, de servicios u otra, en virtud de los servicios municipales de contralor de la seguridad, salubridad, higiene, protección del medio ambiente, desarrollo de la economía y los restantes servicios prestados no especificados y no retribuidos por un tributo especial que tiendan a la satisfacción del interés general de la población, y a la creación de condiciones favorables para el ejercicio de la actividad económica. Comprende los derechos de funcionamiento de la actividad, cuenten o no con establecimiento en la ciudad o por introducción de mercaderías o productos desde otros municipios". (cfme. arts. 121 y ss. de la Const. Nac.; 273 inc. b de la Const. Prov.; y 604 y 605 del Cód. Proc.).

Como se puede observar se trata de la tasa de inspección, la que ha sido convalidada por la jurisprudencia nacional y particularmente por nuestro tribunal superior in re "Wall Mart Argentina S.A. c. Municipalidad de Neuquén s. acción de inconstitucionalidad", expte. n° 289/02, afirmando que: "En síntesis, la Municipalidad de Neuquén estableció el tributo en cuestión, en ejercicio de su poder de policía sanitario, siendo el hecho imponible de la mencionada tributación, la prestación del mencionado servicio de control (art. 44), con el objeto de preservar la salud pública de la población. .. Respecto a la denunciada indeterminación del servicio previsto en el art. 46 la ordenanza tributaria, considero que asiste razón a la demandada, toda vez que el aditamento de los términos "derechos de funcionamiento de la actividad" alude a la organización administrativa que demanda de la prestación del servicio de inspección de salubridad, seguridad e higiene, lo que no altera en modo alguno el concepto por el cual se abona la cuestionada tributación. Por tal razón, considero que el caso sub exámine se diferencia del resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en Fallos T. 315 pág. 1575, citado por la actora, en tanto en dicho caso, la norma que se impugnaba no discriminaba debidamente los servicios cuya manutención solicitaba, sino que refería a cualquier servicio público municipal no retribuido por otro tributo especial".



La denominación de la Tasa por Inspección de Seguridad e Higiene puede variar en cada municipio, pero el quid de la cuestión siempre versa sobre aquellas tasas retributivas de servicios destinadas a financiar la actividad de contralor e inspección del municipio con el fin de preservar la salubridad, seguridad e higiene en locales establecimientos y oficinas donde se desarrollen actividades a título oneroso sujetas al poder de policía municipal, ya sea en forma permanente o temporaria. Asimismo, el hecho imponible de este tributo se perfecciona con la prestación efectiva de servicios de inspección por parte del municipio, en los establecimientos dentro del ámbito municipal donde se llevan a cabo actividades comerciales, industriales o de servicio. "Define el Profesor Ferreiro Lapatza a la tasa del siguiente modo: "...un tributo cuyo hecho imponible consiste en la prestación de un servicio o la relación de una actividad de la administración que afecte o beneficie de modo particular al sujeto pasivo". Desde mi punto de vista las tasas son prestaciones, generalmente en dinero, exigidas por el Estado a los sujetos pasivos en virtud de su poder de imperio, creadas y reguladas por ley, cuyo objetivo es financiar el gasto público necesario para prestar los servicios públicos divisibles que se brindan. Es importante señalar que, siendo la tasa sólo una especie de tributo, la misma participa de los caracteres del género, motivo por el cual tiene su fuente u origen en la ley y sólo en ella, no pudiendo ser creadas por otro medio distinto, lo cual surge del principio de legalidad tributaria. ..

Como es obvio, al ser la tasa una especie de tributo, el pago de la misma es impuesto por el Estado en forma coactiva, por lo cual puede ser exigido administrativa y/o judicialmente por el ente que la impone, más allá de la voluntariedad o interés del sujeto pasivo en recibir la prestación, ya que aún cuando el sujeto no utilice el servicio público de que se trate, en algunos supuestos, debe igualmente abonar el tributo. Es el caso de ciertas tasas tales como seguridad e higiene o alumbrado, barrido y limpieza, donde no es elemento integrante del hecho imponible la voluntariedad del sujeto en recibir el servicio público divisible que se brinda, sino que la misma se torna exigible por el mero hecho de realizarse la prestación. Existen tasas que se cobran para financiar servicios públicos uti universi, que se brindan a la totalidad de la población vinculada o que, dicho de otro modo, son aquellos que benefician a toda la comunidad y que, por ende, benefician también al sujeto pasivo en forma individual. Basta con que el servicio se encuentre organizado y se preste para que sea exigible el pago de la tasa, siendo claro ejemplo de ello lo que sucede con la tasa de alumbrado, barrido y limpieza, donde todos los habitantes de un municipio reciben esos servicios, siendo imposible brindarlo quienes lo requiera y no hacerlo a quien no esté interesado, por lo cual, y dado los intereses públicos en juego, la exigibilidad del aporte para el sostenimiento del servicio a la totalidad de los habitantes de la comuna deviene necesario y absolutamente razonable. .. En concordancia con lo sostenido por Giuliani Fonrouge, Valdés Costa y Villegas, entiendo que, aún cuando no se particularice en una persona, pero siempre que el servicio se preste en forma efectiva, la tasa se torna exigible. Por ejemplo, en la tasa por inspección, seguridad e higiene, la actividad de la comuna consiste en controlar que los comercios y locales industriales y profesionales se encuentren mantenidos en buena forma y de acuerdo a las normas vigentes para el caso, lo cual deviene en un beneficio para toda la comunidad, esto es, el relacionado con el mantenimiento de la salubridad pública. Es por ello que, más allá de que a un comercio determinado no se le efectúe la inspección correspondiente, basta con que la misma ocurra en otros establecimientos y que en cualquier momento pueda hacerse en el local de ese comerciante para que sea exigible el pago del tributo, pues aún cuando no se realice prestación efectiva en cabeza de un sujeto pasivo en particular, el servicio se presta y, por ende, se cumple con la finalidad de proteger la seguridad y salubridad de la población."(Los Municipios, las tasas y la razonable proporcionalidad entre lo recaudado y el costo del servicio, Por Juan Manuel Álvarez Echagüe, <http://www.aeyasoc.com.ar/articulo9.pdf>).

Atento la doctrina especializada y siguiendo el criterio de nuestro tribunal superior, surge evidente que el servicio prestado por el municipio como contrapartida de la tasa de inspección de seguridad e higiene beneficia en general a toda la comunidad y en particular al contribuyente, no pudiendo afirmarse que exista una inconstitucionalidad manifiesta en la norma y en los términos del planteo formulado.

La jurisprudencia de otras provincias de la nación ha sostenido en tal sentido: Tribunal: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Fecha: 22/04/2008, Partes: "OBRAS SANITARIAS MENDOZA S.A. C. MUNICIPALIDAD DE RIVADAVIA", HECHOS: Una empresa prestataria del servicio público de agua potable y cloacas interpuso una acción a



fin de que se declare la inconstitucionalidad de la tasa por derechos de inspección y habilitación de instalaciones de agua, gas y cloacas y por ocupación o utilización de espacios de dominio público que un municipio de la Provincia de Mendoza pretende cobrarle. La Suprema Corte de Justicia Provincial rechazó la acción. SUMARIO:

1. Resulta improcedente declarar la inconstitucionalidad de la tasa por derechos de inspección y habilitación de instalaciones de agua, gas y cloacas que un municipio pretende cobrar a la empresa prestataria del servicio público, pues, las facultades de control de higiene y seguridad son típicas atribuciones municipales consagradas en el art. 75 inc. 30 de la Constitución Nacional, y en tanto aquella no ha logrado demostrar que el municipio no presta servicios relacionados con la actividad que brinda, ni tampoco que el aforo que pretende cobrar sea superior al costo del procedimiento de inspecciones que realiza y que ésta sí ha probado realizar".

2. Finalmente, respecto la defensa de falta de legitimación del codemandado, la sentenciante deniega la misma en base a que se encuentra vedado en el presente trámite la indagación sobre la constitución de la deuda, la presunción de legitimidad de que goza el documento, la solidaridad expresamente prevista en la norma tributaria y la concordancia constitucional. El recurrente se limita a insistir en que el mismo no fue intimado previo a la instancia judicial, invocando un antecedente de esta cámara que se refiere el código fiscal provincial, que prevé un dispositivo distinto al municipal, que en su artículo 26 expresamente establece la innecesariedad de la interpelación previa.

Este planteo excede las formas externas del título y se introduce en el vínculo causal que no puede ser investigado en el presente proceso, no existiendo ilegalidad manifiesta según se expresara que justifique avanzar sobre tales postulados esenciales en garantía de la defensa en juicio.

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 de los recurrentes vencidos, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia Pamphile, 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. 58/65 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos (art. 558 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.

Dra. Cecilia Pamphile - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MUNICIPALIDAD DE SENILLOSA C/ ENSI S.E. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 460169/2011) – Sentencia: 30/16 – Fecha: 15/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.



APREMIO. TASA POR HABILITACION Y DERECHO DE INSPECCION. CERTIFICADO DE DEUDA. FORMALIDADES DEL TÍTULO. OMISIONES. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO. TITULO INHABIL.

Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta, pues el certificado de deuda emitido por el municipio ejecutante, mediante el cual se reclama el pago de tasa por habilitación y derecho de inspección, para que revista el carácter de título ejecutivo -teniendo en cuenta la literalidad, autosuficiencia y autonomía que debe revestir dicho título- necesariamente tiene que indicar las normas u ordenanzas municipales pertinentes que habiliten su emisión, lo que luce ausente. Ello es así, para permitirle al Juez no solo verificar el cumplimiento de los requisitos de emisión (autoridad competente y demás formalidades exigidas por la legislación aplicable), que hacen a los requisitos extrínsecos del instrumento, sino también para salvaguardar el derecho Constitucional de Defensa de la parte, a fin de posibilitarle -dentro del estrecho marco cognoscitivo que caracteriza al procedimiento de apremio- controlar el cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación aplicable.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MUNICIPALIDAD DE SENILLOSA C/ ENSI S.E. S/ APREMIO", (Expte. N° 460169/11), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando Marcelo GHISINI y la Dra. Patricia M. CLERICI -por encontrarse apartado de la causa el Dr. Marcelo J. Medori-, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Vienen las presentes actuaciones a estudio de esta Sala como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 58, contra la sentencia que luce a fs. 49/51, que hace lugar a la excepción de inhabilidad de título interpuesta, sus partes, con costas a la accionante vencida.

En su memorial de fs. 60/64, considera que el fallo se fundamenta en un restrictivo y laxo análisis del título, como así también de los hechos y derecho que hacen a la Administración Municipal percibir el pago de la Tasa por Habilitación y Derecho de Inspección; y en una total inobservancia de la Ordenanza Municipal N° 839 y de las Ordenanzas N° 1640 y 1685.

Expresa, que el rechazo del cobro pretendido implica amparar a quien no ha pagado la licencia comercial, invocando innecesariamente requisitos formales del instrumento de apremio, que carecen de sustento normativo, y su inclusión obedece a meras interpretaciones subjetivas que no hacen a la eficacia de la boleta de deuda y menos aún que tales falencias puedan provocar la indefensión del deudor.

Sostiene, que la a quo hace lugar a la excepción de inhabilidad de título en base a la ausencia del marco normativo, y considera el título incompleto, situación ésta que a su entender es contraria a la practica municipal que se ve normativamente plasmada en el art. 43 de la Ord. Municipal N° 1685.

Afirma, que la normativa mencionada y la inmediatamente anterior Ord. N° 1640, no imponen la obligación de colocar la normativa que requiere el tribunal a quo para dar por hábil el título.

Refiere, que además ello es contrario al principio de presunción del que gozan los actos administrativos y viene a configurar un exceso de ritualismo porque todo vecino de la localidad conoce que debe pagar las tasas y contribuciones municipales, entre ellas la habilitación comercial.



Menciona, que por otra parte, el instrumento que ahora es considerado viciado y carente de formalidades legales, ha sido base de ejecución de innumerables causas que el Municipio de Senillosa ha entablado contra deudores y que han tramitado por ante ese mismo Juzgado.

Sostiene, que de la simple lectura de la boleta surge que se trata de un certificado de deuda de tasa por habilitación y derecho de inspección.

Menciona, que la boleta de deuda presentada en autos, es plenamente válida, identifica al deudor, conceptos, montos y a los funcionarios que la emitieron.

A fs. 66/67 y vta., la demandada contesta el traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo decir que el certificado de deuda emitido por la Municipalidad de Senillosa, mediante el cual se reclama el pago de tasa por habilitación y derecho de inspección, para que revista el carácter de título ejecutivo -teniendo en cuenta la literalidad, autosuficiencia y autonomía que debe revestir dicho título- necesariamente tiene que indicar las normas u ordenanzas municipales pertinentes que habiliten su emisión.

Ello es así, para permitirle al Juez no solo verificar el cumplimiento de los requisitos de emisión (autoridad competente y demás formalidades exigidas por la legislación aplicable), que hacen a los requisitos extrínsecos del instrumento, sino también para salvaguardar el derecho Constitucional de Defensa de la parte, a fin de posibilitarle -dentro del estrecho marco cognoscitivo que caracteriza al procedimiento de apremio- controlar el cumplimiento de las formalidades establecidas por la legislación aplicable.

Consecuentemente, la exigencia del cumplimiento del requisito de indicar en el instrumento que se ejecuta, la norma u ordenanza que habilita su confección, no responde a interpretaciones subjetivas, sino que es un recaudo que aun cuando no se exija en la ordenanza, debe ser contemplado en función de la literalidad, autonomía y autosuficiencia de todo título que se ejecuta vía apremio.

Por otro lado, esto de ninguna manera afecta al principio de presunción del que gozan los actos administrativos, pues precisamente para fortalecer la presunción mencionada, mínimamente resulta necesario al menos indicar en el título base de la presente ejecución la norma u ordenanza que sirve de sustento a semejante presunción.

Desde otra óptica, aun cuando esta deficiencia -falta de indicación de la normativa en que se funda el título- haya sido práctica habitual de la actora, ello no habilita a convalidar tal irregularidad, la que deberá ser subsanada a los fines de evitar los planteos por excepción de inhabilidad de título.

III.- Por las razones expuestas propongo al Acuerdo que se rechace el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y en consecuencia se confirme la sentencia apelada, con costas a cargo de la recurrente, atento a su carácter de vencida.

Los honorarios se determinarán en base a las pautas de la ley arancelaria.

La Dra. Patricia Clerici dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia de fs. 49/51, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de esta instancia a cargo de la actora, atento a su carácter de vencida.
- 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 - Dra. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA



[-Por Carátula](#)

"B. S. C/ S. J. L. S/ MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 73087/2015) – Interlocutoria: 03/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

VIOLENCIA FAMILIAR. PROHIBICION DE ACERCAMIENTO.

Las medidas cautelares de restricción deben ser interpretadas dentro de un contexto fáctico que amerite su otorgamiento, pues no solo implica una restricción para el destinatario de la medida, sino también una prohibición para el adulto responsable que habita junto a sus hijos la vivienda familiar. Las meras conjeturas no son suficientes, sino que deben alegarse y probarse la existencia de los hechos que han motivado la detención del Sr. S. -por parte de la Policía Federal- para evaluar en sede judicial si existe fundamento para proceder al dictado de la cautelar petitionada. En el caso de autos, solo se ha mencionado la detención del Sr. S.- sin invocar, ni probar algún hecho de violencia que amerite consagrar la medida de prohibición de acercamiento, por lo que tal circunstancia resulta insuficiente para su concesión. Por ello, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y hasta tanto no se arrimen elementos que ameriten tomar una decisión distinta a la propiciada por la jueza de grado, no corresponde otorgar la medida de restricción solicitada, por lo que el recurso será rechazado.

Texto completo:

NEUQUEN, 02 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "B. S. C/ S. J. L. S/ MEDIDA CAUTELAR" (EXpte. N° 73087/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE FAMILIA N° 3 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.- Viene la presente causa a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 8, contra la resolución de fs. 7 y vta., que rechaza la medida cautelar solicitada por el accionante con costas a su cargo. En su memorial de fs. 10/11 vta., expresa que al desconocer cuál es la causa de la detención del Sr. J. L. S., por parte de la Policía Federal, ello le genera un temor fundado acerca de las eventuales situaciones de violencia que pudieran sufrir sus hijos.

Sostiene que, los clásicos presupuestos de admisibilidad de las medidas cautelares deben ser interpretados desde una perspectiva diferente de la habitual cuando se trata de casos de violencia familiar, cuestión que a su entender no han sido contempladas por la jueza.

Menciona que, no es cierto que el suscripto en sus dichos haya omitido denunciar que sus hijos se encontraban en situación de peligro, ya que entiende que el solo hecho de interponer la medida es una prueba elocuente e irrefutable



de que ellos estaban en peligro.

Considera, que la a-quo relativiza la situación por el simple hecho de que, contra quien se solicita la medida, residiría en la ciudad de Bahía Blanca, Provincia de Buenos Aires. Realiza una serie de conjeturas al respecto.

Argumenta que el Sr. J. L. S. tiene una relación con la Sra. L. desde abril del año 2014, y que además, conforme surge del informe de fecha 15/09/15 el mismo se encontraba durmiendo en la casa. Este hecho y otros, que son de su conocimiento exteriorizan que de un tiempo a esta parte el nombrado convive con la madre de sus hijos, por lo que su temor ante la detención del Sr. S. se encuentran fundados.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, y sin perjuicio del esfuerzo del apelante por revertir el resultado de la resolución de grado, entendemos que en la causa no hay elementos suficientes que ameriten el dictado de una medida como la pretendida por el actor.

Las consideraciones volcadas como fundamento de la medida de prohibición de acercamiento de domicilio no se encuentran justificadas por el hecho de que el Sr. J. L. S., haya sido detenido en oportunidad de encontrarse en la casa que la Sra. L. y sus hijos habitan en el barrio Los Olivos de la ciudad de Centenario. Ello, en función de que para que tal medida sea procedente, se deben demostrar las causas que motivaron dicha detención –a través del libramiento del correspondiente oficio- y demás elementos fácticos que rodeen a la misma, a los fines de hacer verosímil la pretensión cautelar invocada.

Las medidas cautelares de restricción deben ser interpretadas dentro de un contexto fáctico que amerite su otorgamiento, pues no solo implica una restricción para el destinatario de la medida, sino también una prohibición para el adulto responsable que habita junto a sus hijos la vivienda familiar.

Las meras conjeturas no son suficientes, sino que deben alegarse y probarse la existencia de los hechos que han motivado la detención del Sr. S. para evaluar en sede judicial si existe fundamento para proceder al dictado de la cautelar peticionada.

En el caso de autos, solo se ha mencionado la detención del Sr. S.- sin invocar, ni probar algún hecho de violencia que amerite consagrar la medida de prohibición de acercamiento, por lo que tal circunstancia resulta insuficiente para su concesión.

Por ello, teniendo en cuenta las consideraciones expuestas y hasta tanto no se arrimen elementos que ameriten tomar una decisión distinta a la propiciada por la jueza de grado, no corresponde otorgar la medida de restricción solicitada, por lo que el recurso será rechazado.

Tratándose de una cuestión suscitada entre la parte y el tribunal, es sin costas de Alzada.

III.- Por ello esta Sala III,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución de fs. 7 y vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.
- 2.- Sin costas de Alzada, por tratarse de una cuestión suscitada entre la parte y 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](#)

"SEVERINI ALDO MARCELO B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ APELACION E/A 'SEVERINI ALDO M. B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRAC. PART. (EXPT. 419719/10)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 61311/2010) – Interlocutoria: 04/16 – Fecha: 02/02/2016



DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

INHIBICION GENERAL DE BIENES. ESCRITURACION. MANTENIMIENTO DE LA INHIBICION.

Cabe confirmar la resolución que no hace lugar al levantamiento de la inhibición general que afecta a uno de los inmuebles de la codemandada, pues, indudablemente, la accionada es la que carga con la obligación de acreditar la modificación de aquellas circunstancias que fueron valoradas para dictar la originaria cautelar, y ciertamente la insuficiencia de su planteo lo evidencia el principal argumento de la juez de grado, cual es no haber acreditado el perjuicio que podría ocasionarle la imposibilidad de disponer del bien en relación al mencionado juicio de escrituración, cuando lo allí acordado fue supeditado al levantamiento de la cautelar aquí dictada.

Texto completo:

NEUQUEN, 02 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "SEVERINI ALDO MARCELO B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ APELACION E/A 'SEVERINI ALDO M. B. Y OTROS C/ ASOCIACION MUTUAL UNIPOL Y OTRO S/ D. Y P. RESP. CONTRAC. PART. (EXpte. 419719/10)" (Expte. ICC N° 61311/2012) 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.- A fs. 106/107 del presente incidente la mutual co-demandada funda el recurso de apelación interpuesto contra la resolución de grado que rechazó el pedido de levantamiento de la inhibición general que afecta a uno de sus inmuebles (01.06.2015); pide se la revoque, a los fines de autorizar la escrituración del bien.

En primer lugar, considera falta de mérito de los hechos invocados, al no advertir que la situación no es análoga a lo decidido antes, habiendo planteado un concreto y no eventual perjuicio con motivo de que un tercero la ha demandado por escrituración de la que resultará una sentencia condenatoria que inevitablemente requerirá el levantamiento de la cautelar.

Crítica a continuación la ausencia de valoración de los nuevos hechos invocados en su petición y relativos a la cancelación de la operación crediticia con garantía hipotecaria sobre un inmueble de su patrimonio que respaldaría con suficiencia el reclamo de autos; se inconforma también por omitir pronunciarse sobre la prueba informativa peticionada para acreditar tales extremos.

Por último, objeta que no se considere la modificación los antecedentes tenidos en cuenta al decretarse la medida cautelar, cuando se ha mejorado la situación patrimonial con la cancelación del crédito hipotecario y quedado expuesto el concreto perjuicio que le causa el mantenimiento de la inhibición frente al reclamo por escrituración de un inmueble introducido por un tercero.

II.- Sustanciado el recurso (22.06.2015), los actores no responden.

III.- En la audiencia fijada con fines conciliatorios, el día 12 de noviembre de 2015, la demandada ASOCIACION MUTUAL UNIPOL solicita que a los fines de la economía procesal y evitar dispendio jurisdiccional, se provea en esta instancia la producción de informativa al banco Credicoop a los fines de que informe el estado de la deuda correspondiente al crédito hipotecario otorgado a la UNIPOL identificado con la cuenta 1910930486651; asimismo al Registro de la



Propiedad Inmueble para que informe sobre condiciones de dominio y embargos del inmueble identificado como RPI 69344, Matr. Catastral 09-020-044-0347, ubicado en calle Choique B° Salud de Neuquén Capital, y su constatación a través de Oficial de justicia con mandamiento a librarse con habilitación de días y horas y con carácter de urgente.

Conferido el traslado a la parte actora, manifiesta que se opone a la producción de la prueba atento a que la eventual medida implicaría la sustitución de la inhibición general de bienes por un embargo, así como que no resulta suficiente el bien denunciado para cubrir el eventual resultado de una sentencia de primera instancia.

Así, y conforme lo planteado, solicitan que las actuaciones pasen a resolución.

IV.-Liminarmente cabe señalar que el art. 203 del Código Procesal establece expresamente que:

"El deudor podrá requerir la sustitución de una medida cautelar por otra que le resulte menos perjudicial, siempre que ésta garantice suficientemente el derecho del acreedor. Podrá, asimismo, pedir la sustitución por otros bienes del mismo valor, o la reducción del monto por el cual la medida precautoria ha sido trabada, si correspondiere..". (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 743 del Cód. Civ. y Com.; y 195 y ss. del Cód. Proc.).

Una de las características principales de toda medida precautoria es su mutabilidad; de ahí la posibilidad, una vez decretada, de pedir su ampliación, mejora o sustitución (art. 203). En sentido concordante, aparece la provisoriedad de la institución en cuya virtud podrá requerirse su levantamiento cuando cesaran las circunstancias que la determinaron. Ello es consecuencia de que el auto que decreta una medida cautelar no causa estado porque puede solicitarse su cambio, sustitución o levantamiento, pero siempre que hayan cambiado las circunstancias de hecho o de derecho por las cuales fue anteriormente decretada o denegada. (conf. Fassi-Yañez CPCC Comentado y Anotado, p. 64, t. 2).

En el caso concreto a estudio, a los fines del levantamiento parcial de la inhibición general de bienes inscripta, la accionada estimó suficiente invocar que el único inmueble que se mantendría afectado tiene un valor que supera el monto reclamado por los actores y haber cancelado un crédito hipotecario que lo gravaba, lo que constituiría una mejora, integrándolo con la necesidad de evitar un perjuicio mayor de verse impedida de cumplir un acuerdo judicial que celebró con un tercero para transferirle el otro de los bienes que registra a su nombre.

Indudablemente, la accionada es la que carga con la obligación de acreditar la modificación de aquellas circunstancias que fueron valoradas para dictar la originaria cautelar, y ciertamente la insuficiencia de su planteo lo evidencia el principal argumento de la juez de grado, cual es no haber acreditado el perjuicio que podría ocasionarle la imposibilidad de disponer del bien en relación al mencionado juicio de escrituración, cuando lo allí acordado fue supeditado al levantamiento de la cautelar aquí dictada.

Aun cuando el razonamiento satisface la fundamentación de la decisión, vale señalar también que aquellas consideraciones y prueba acerca de que el único bien inmueble remanente posee un valor que excede el eventual resultado del litigio con los actores, tanto como la liberación de la hipoteca que lo gravaba y las precisiones sobre su condición registral, tampoco han sido sometidos suficientemente al debate con la contraria y al análisis del juez de grado, obstando cualquier abordaje como el planteado ante esta Alzada (art. 277 del CPCyC), máxime frente a expresa oposición de la contraparte.

Y ciertamente no se comprueba razón alguna que de sustento al levantamiento de la cautelar, atento a que no se comprueba el cambio de la situación fáctica, y en tanto ello importaría reducir de los alcances de la garantía judicial fijada.

"Es de la esencia de las medidas cautelares, su mutabilidad, pero la razón de tal esencia se justifica a través de la acreditación de las circunstancias que justifiquen el cambio y por supuesto, ellas avaladas por las constancias que efectivamente se desprendan del expediente. La sola petición de modificar la medida ya dispuesta no resulta suficiente, pues debe acreditarse su necesidad; ello así, pues el juzgador debe formar convicción al respecto por cuanto debe mantener "...adecuadamente protegido el crédito que garantizan y al mismo tiempo que no se cause innecesariamente perjuicio al deudor". (Medidas cautelares, modificación de medidas cautelares, SUMARIO DE FALLO, 26 de Marzo de 2002, Id Infojus: SUQ0013759, Fuente del sumario: OFICIAL, FALLOS A LOS QUE APLICA, L., E. E. c/ D.B., H. y Otros s/ Laboral s/ Embargo Preventivo, INTERLOCUTORIO. CAMARA CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y MINERIA).



V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que fue planteado, se habrá de rechazar la apelación interpuesta confirmándose la resolución recurrida, con expresa imposición en costas en la alzada a la vencida (art. 68 y 69 del CPCyC), difiriendo la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas a tal fin.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 379 y vta. en todo lo que fue materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios de esta instancia para el momento en que existan pautas a tal fin.
- 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](#)

"B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 67894/2014) – Interlocutoria: 05/16 – Fecha: 02/02/2016

DERECHO DE FAMILIA: Medidas cautelares.

MEDIDA DE PROTECCION ESPECIAL DE DERECHOS. INTERNACION EN HOGAR INSTITUCIONAL. EXTERNACION VOLUNTARIA. ACTUACION JUDICIAL. PRINCIPIOS GENERALES EN LOS PROCESOS DE FAMILIA. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD. ACTUACION ADMINISTRATIVA. MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL. DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. LEY DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

1.- Corresponde revocar lo decidido por la instancia de grado, que tiene presente el informe del Centro Provincial de Enseñanza Media n° 41, suscribe a la aplicación de la ley 26.061 y dispone, teniendo en cuenta que el órgano de aplicación se encuentra en plena transición para adaptar su estructura al cumplimiento de la nueva normativa, de manera excepcional en atención a las graves particularidades del caso que ameritan una pronta acción por parte del estado, vista urgente a la Defensoría a fin articule las medidas que estime pertinentes y oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con adjunción del informe mencionado a fin tome conocimiento, haciendo saber que cualquier medida excepcional que se tome deberá proceder según el art. 40 de la ley citada. Asimismo, oficia a la Municipalidad de Plottier a fin practique informe socioambiental actualizado, debiendo remitirlo en el plazo de cinco días; pues, aparece sorpresivo e infundado el decisorio impugnado –por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente-, en principio, se puede observar que la situación



de vulnerabilidad de la menor ya se encuentra judicializada desde el año pasado cuando se iniciaran las presentes actuaciones, habiendo inclusive la magistrada ordenado la internación en un hogar. Es decir, que el juzgado ya se encuentra entendiendo en la cuestión, la resolución implica una derivación a sede administrativa cuando aún no se ha definido la situación, al punto que ni siquiera se ha escuchado a la menor, ni en la defensoría ni en el juzgado, y según los informes técnicos de las profesionales el peligro es cierto y grave para la adolescente, desconociéndose inclusive su paradero. (Del voto del Dr. MEDORI).

2.- Tutela judicial efectiva, intermediación, oficiosidad, acceso a la justicia, interés superior del niño y adolescente, derecho a ser oído (cfme. arts. 12 inc. 1 Conv. Dchos. del Niño; 3 inc. b y 24, 27 inc. a ley 26.061 y 15 de la ley 2302), valores en sí mismos que propicia el nuevo código (cfme. arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com.), y que no se ven plasmados en esta providencia judicial, que básicamente delega el tratamiento de la situación a la autoridad administrativa cuando se sugieren medidas excepcionales que deben en principio ser tomadas por juez competente y sólo en caso de urgencia por la autoridad de aplicación con revisión judicial, es decir, que en su caso la causa debería volver al entendimiento de la misma juzgadora con la demora y dispendio consecuente. (Del voto del Dr. MEDORI).

3.- Cabe dejar sin efecto la resolución atacada, ordenándose las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia por supuesto de la recurrente, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero, para tomar cualquier medida de protección, siendo por lo demás innecesario abordar la tacha de inconstitucionalidad sobre norma inaplicable al caso (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302). (Del voto del Dr. MEDORI).

4.- Adhiero a la solución propiciada por el Vocal preopinante, en atención a las especiales características del presente caso, en el cual ya se venía dando la intervención jurisdiccional dado que se habían tomado medidas excepcionales de protección de derechos (art. 32 inc. 4 de la Ley Provincial N° 2302). (Del voto del Dr. GHISINI).

Texto completo:

NEUQUEN, 02 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "B. K. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (Expte. N° 67894/2014) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y, El Dr. Medori, dijo:

I.- Que la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente N° 1 interpone recurso de apelación contra la providencia



simple del 18 de septiembre del 2015 (fs. 38), presentando memorial a fs. 43/46.

Argumenta que la juez de grado incurre en arbitrariedad al omitir medidas concretas de protección judicial, remitiendo el caso a la sede administrativa y limitando las funciones de la defensoría, con grave afectación del interés superior de la adolescente y la normativa de rigor. Asimismo, aduce que hasta tanto la legislatura no modifique el sistema provincial de protección, los jueces deben respetar el mismo por sobre la legislación nacional.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, declarando la inconstitucionalidad del art. 40 de la ley 26.061 y ordenando citación de la menor y evaluación a través del equipo interdisciplinario.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis tiene presente el informe del Centro Provincial de Enseñanza Media n° 41, suscribe a la aplicación de la ley 26.061 y dispone, teniendo en cuenta que el órgano de aplicación se encuentra en plena transición para adaptar su estructura al cumplimiento de la nueva normativa, de manera excepcional en atención a las graves particularidades del caso que ameritan una pronta acción por parte del estado, vista urgente a la Defensoría a fin articule las medidas que estime pertinentes y oficiar al Ministerio de Desarrollo Social con adjunción del informe mencionado a fin tome conocimiento, haciendo saber que cualquier medida excepcional que se tome deberá proceder según el art. 40 de la ley citada. Asimismo, oficia a la Municipalidad de Plottier a fin practique informe socioambiental actualizado, debiendo remitirlo en el plazo de cinco días.

De las constancias de autos, surge que con motivo de un informe del Hospital de Plottier a solicitud de la defensoría se procede a internar a la joven en el Hogar Malen Maihue por orden de la misma magistrada (fs. 3); tras su externación voluntaria, se ordena urgente abordaje de la situación familiar por la Dirección de Familia de la Municipalidad de Plottier en coordinación con el hospital en atención a lo solicitado por la defensoría (fs. 11); citada la madre, se presenta a dar cuenta de los hechos, pidiendo se le otorgue la guarda y se le incluya en un plan social acorde (fs. 18/20); el hogar informa que la menor ingresó el 1.12.14 y se retiró el día 5 sin autorización (fs. 24/28); el municipio comunica sobre la intervención efectuada de la que resulta que la menor se ha mudado con el novio (fs. 30); y el tribunal requiere a la madre informe paradero de la menor (fs. 34). El parte educacional advierte sobre la situación de extrema vulnerabilidad de la menor con motivo de la falta de contención familiar, con antecedentes de ASI, refugiándose en la escuela, se sugiere internación en el mismo hogar o en familia sustituta (fs. 35/37), desencadenándose la resolución impugnada.

El artículo 32 de la ley provincial de Protección Integral del Niño y el Adolescente N° 2302 dispone: "Medidas. Ante la amenaza o violación de los derechos establecidos en esta Ley, podrá disponerse la aplicación de las siguientes medidas: 1) Orientación, apoyo y seguimiento psico-social en programas gubernamentales o no gubernamentales, a niños y adolescentes, sus familias o responsables. 2) Indicación de matrícula y asistencia obligatoria en establecimientos de enseñanza básica. 3) Indicación de tratamiento específico en las diferentes modalidades de atención médica psicológica y de acuerdo a la problemática bio-psico-social presente. 4) Albergue en entidad pública o privada, de carácter provisorio y excepcional, aplicable en forma transitoria hasta el reintegro a su grupo familiar o incorporación a una modalidad de convivencia alternativa. Las medidas enunciadas en los incisos 1), 2) y 3) podrán ser dispuestas en forma directa por la autoridad administrativa de aplicación. La enunciada en el inciso 4), deberá ser ordenada por autoridad judicial competente." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 3, 4, 9 inc. 1, 18, 19, 20 y cc. de la Convención de los Derechos del Niño; 705 y ss. del Cód. Civ. y Com.; 3, 24, 27, 33, 39, 40 y 41 de la ley nacional de Protección Integral del Niño y del Adolescente n° 26.061; 4, 8, 9, 11, 25, 28, 32 inc. 4, 33, 34, 48 inc. 19 y 51 inc. 3 de la ley provincial 2302; 33 y 34 del Dec. Regl. 317/01; y Ac. TSJ 3420/00).

Asimismo, el art. 37 inc. 2) prevé entre las funciones de la autoridad administrativa de aplicación: "Intervenir en aquellas situaciones que impliquen perjuicio o abuso físico o psíquico, malos tratos, explotación o abuso sexual de niños o adolescentes, se encuentren o no bajo la custodia de los padres, de tutor o de guardador, para asegurar su protección; todo ello mediante la intervención del juez competente. En situaciones de urgencia el organismo competente podrá ejecutarlas con carácter preventivo debiendo dar cuenta al defensor de la Niñez y Adolescencia, e intervención al juez competente, dentro de las veinticuatro (24) horas de dispuesta".



El artículo 40 de la ley nacional estipula: "PROCEDENCIA DE LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de VEINTICUATRO (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de SETENTA Y DOS (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes".

Atento las premisas fácticas y jurídicas expuestas, aparece sorpresivo e infundado el decisorio impugnado, en principio, se puede observar que la situación de vulnerabilidad de la menor ya se encuentra judicializada desde el año pasado cuando se iniciaran las presentes actuaciones, habiendo inclusive la magistrada ordenado la internación en un hogar. Es decir, que el juzgado ya se encuentra entendiendo en la cuestión, la resolución implica una derivación a sede administrativa cuando aún no se ha definido la situación, al punto que ni siquiera se ha escuchado a la menor, ni en la defensoría ni en el juzgado, y según los informes técnicos de las profesionales el peligro es cierto y grave para la adolescente, desconociéndose inclusive su paradero.

Por otro lado, elude la competencia que le es propia, a tenor de la legislación provincial que se ve fortalecida por la novedosa normativa del Código Civil y Comercial, adscribiendo en forma expresa a una normativa de otra jurisdicción y que en cierto sentido se contradice con la local, en un punto muy delicado, cual es la prerrogativa administrativa para la disposición de medidas de protección excepcionales que como tales pueden implicar la privación de la libertad del vulnerable, requiriendo revisión judicial. (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 63 de la Const. Prov.; y 9 de la Conv. Internac. Dchos. del Niño).

Tutela judicial efectiva, intermediación, oficiosidad, acceso a la justicia, interés superior del niño y adolescente, derecho a ser oído (cfme. arts. 12 inc. 1 Conv. Dchos. del Niño; 3 inc. b y 24, 27 inc. a ley 26.061 y 15 de la ley 2302), valores en sí mismos que propicia el nuevo código (cfme. arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com.), y que no se ven plasmados en esta providencia judicial, que básicamente delega el tratamiento de la situación a la autoridad administrativa cuando se sugieren medidas excepcionales que deben en principio ser tomadas por juez competente y sólo en caso de urgencia por la autoridad de aplicación con revisión judicial, es decir, que en su caso la causa debería volver al entendimiento de la misma juzgadora con la demora y dispendio consecuente.

Por lo cual, deberá dejarse sin efecto la resolución atacada, ordenándose las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia por supuesto de la recurrente, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero, para tomar cualquier medida de protección, siendo por lo demás innecesario abordar la tacha de inconstitucionalidad sobre norma inaplicable al caso (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

Esta Cámara de Apelaciones ha sostenido en igual sentido: "En el caso concreto sub examen, es claro que frente a la denuncia de una situación de virtual abandono y consiguiente riesgo respecto de menores de corta edad, su tratamiento y resolución es de competencia del Juzgado de Familia (art. 48 incs. 18, 19 y 21 ley 2302), sin perjuicio de las amplias potestades impuestas y conferidas a la Defensoría por el art. 49 lex. cit. y de la prescripción de "realizar intervenciones alternativas a la judicialización del conflicto en todos los casos en que sea posible". "Tal como indica la recurrente, el Ministerio que representa ha entendido que procedía disponer en el caso, respecto de los menores afectados, la medida asegurativa prevista por el art. 32 inc. 4º, ley 2302, cuyo dictado corresponde a la autoridad judicial competente (art. cit. in fine), por lo que debe concluirse que –ante el desplazamiento del grupo familiar que se informa a fs. 7 vta. y la falta de información relativa a la asistencia escolar de los menores- corresponde al órgano jurisdiccional la disposición de las medidas necesarias para ubicar a los mismos y constatar la subsistencia de la



situación de riesgo que dio lugar al inicio de estas actuaciones, resolviendo en consecuencia." ("C. C. Y OTRO S/ SITUACION" (EXP N° 24397/5), sala I, sen. 26 de octubre de 2006).

El Tribunal Superior se ha expedido en otro caso de conflicto entre la defensoría y los juzgados de familia recordando que: "En este orden de ideas, resulta ineludible reiterar que el artículo 1° de la Ley 2.302, establece como objetivo prioritario la protección integral del niño y el adolescente, considerándolos sujetos de derechos y no objetos de estos. Ellos, deben entenderse complementarios de otras prerrogativas reconocidas tanto en la Constitución Nacional como en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales, la Leyes Nacionales, la Constitución de esta Provincia, y sus Leyes Provinciales. Estos conceptos remarcados por el actual artículo 47 de la Constitución del Neuquén, constituyen la directriz que debe señalar el norte y el alcance de nuestra intervención. Al activar una vía extraordinaria jurisdiccional -como es la casatoria- con el objeto de obtener un pronunciamiento que delimite la intervención funcional, se pierde de vista el deber esencial, velar por el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (cfr. R.I. N° 174/2013 del Registro de la Secretaría Civil)".("G. I. C. Y OTROS S/ PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE S/ INCIDENTE DE ELEVACIÓN" (Expte. N° 99 - Año 2014), sen. 31 de julio de 2015). Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando el fallo recurrido de conformidad a lo expresado supra, ordenándose las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia de la defensoría, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero de familia, para tomar cualquier medida de protección, (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

El Dr. GHISINI, dijo:

Adhiero a la solución propiciada por el Vocal preopinante, en atención a las especiales características del presente caso, en el cual ya se venía dando la intervención jurisdiccional dado que se habían tomado medidas excepcionales de protección de derechos (art. 32 inc. 4 de la Ley Provincial N° 2302).

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Revocar el decisorio de fs. 38, de conformidad a lo expresado supra, ordenándose en la instancia de grado, las medidas previas requeridas por la defensoría, en particular, citación de la menor y su madre a audiencia para ser escuchadas por la magistrada en presencia de la defensoría, y evaluación del Equipo Interdisciplinario del fuero de familia, para tomar cualquier medida de protección, (cfme. art. 51 inc. 3 de la ley 2302).

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](#)

"VAZQUEZ SANDRO RODOLFO Y OTRO C/ DIAZ LUCAS GERMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 472769/2012) – Interlocutoria: 07/16 – Fecha: 04/02/2016

CONTRATOS: Seguro.

LEY DE SEGUROS. CITACION EN GARANTIA A LA ASEGURADORA DEL ACTOR. ACTOR NO



RECONVENIDO. RECHAZO DE LA CITACION.

1.- Corresponde rechazar la citación en garantía de la aseguradora del actor peticionada por la Aseguradora del demandado -al contestar la demanda-, quien precisamente se presentó en el juicio citada por el actor, toda vez que de manera alguna justifica la pretendida citación de la Aseguradora de éste último a fin de darle la intervención que el art. 118 de la Ley de Seguros 17.418 consagra a tal efecto. Ello es así, pues, no advertimos cual es el fundamento por el cual la aseguradora del actor deba responder por la responsabilidad que la aseguradora de la parte demandada atribuye a quién señala como conductor del rodado del accionante, cuando ni el actor ni el conductor de su rodado han sido demandados.

2.- En el hipotético caso de un rechazo de demanda, la aseguradora del actor -a quien se pretende citar en garantía- ni siquiera debería afrontar el pago de las costas que le fueran impuestas a éste, pues, el demandante no ha sido demandado, por lo que no resulta operativo el deber de indemnidad que en función del contrato y de la ley de seguros se consagra a favor del asegurado.

Texto completo:

NEUQUEN, 04 febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VAZQUEZ SANDRO RODOLFO Y OTRO C/ DIAZ LUCAS GERMAN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO DE AUTOMOTOR CON LESIÓN O MUERTE" (Expte. N° 472769/2012), venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil N° CUATRO, 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.- Vienen los presentes para el tratamiento de la apelación articulada a fs. 199 por Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Ltda. contra la resolución interlocutoria de fs. 193/195, que rechaza todas las excepciones interpuestas por su parte, con costas.

En su memorial de fs. 201/208, expresa que la resolución apelada hace lugar a la citación solicitada, basándose exclusivamente en la circunstancia de que la citación de Seguros B. Rivadavia Coop. Ltda. ha sido requerida por la aseguradora del demandado a fin de permitir la posibilidad en una hipotética condena de repetir las sumas abonadas a los accionantes e impedir que se les oponga la excepción de defensa negligente, y de esta forma omite resolver la excepción que en el caso es evidente y palmaria y ni siquiera requiere la producción de prueba.

Sostiene, que el Sr. Vázquez contrató una póliza de responsabilidad civil hacia terceros y en consecuencia, ni el propio Vázquez ni la Sra. Capdevilla (asegurado y conductor respectivamente) son terceros por quienes Seguros Rivadavia debe responder.

Argumenta, que si bien la sentencia que se dicte en estos autos puede no ser ejecutoria contra su mandante en este proceso, lo cierto es que deja expedita la vía de la repetición de lo pagado, cuando en realidad no existe vínculo jurídico que permita obligar a su representada respecto de las indemnizaciones que los Sres. Vázquez y Capdevilla puedan percibir por este accidente.

Señala, que la resolución se limita analizar el alcance de la citación del tercero adhesivo en esta causa, sin otorgarle la posibilidad a Bernardino Rivadavia de demostrar los supuestos que ha invocado que permitirán dar por resuelta la vinculación procesal y jurídica que tiene su poderdante respecto de los reclamos interpuestos y de su posterior repetición en un cobro sumario de pesos que pueda intentar San Cristóbal Seguros SA.



Afirma, que no caben dudas que el tercero no solamente puede invocar y probar todas las defensas que hacen a su derecho, tal como lo pretende su parte.

Concluye, que en el caso no se dan ninguno de los presupuestos exigidos por el art. 90 para la citación como tercero de Bernardino Rivadavia y en caso de que a pesar de ello se admita (conforme postura del a quo), se le debe permitir al tercero que esgrima todas las defensas que hacen a su derecho.

Apunta, que en el caso de autos, Seguros Rivadavia no es citada como tercero para responder por alguna de las partes del proceso, por lo que no existe contrato alguno que vincule a dicha aseguradora con los demandados, y tampoco hay nexo legal que la asimile a los actores, por lo que no cabe duda alguna que la citación como tercero de su mandante es errónea, en tanto y en cuanto los demandantes son los propios asegurados.

Menciona, que su parte ha acreditado mediante la denuncia del siniestro oportunamente acompañada, no desconocida por la parte actora, que la señora Capdevilla conducía el vehículo Chevrolet Corsa, patente: HVI-046, de propiedad del Sr. Vázquez. Y que, en la demanda se esgrime que la Sra. Capdevilla era transportada en el vehículo asegurado y que quién poseía el control y conducción de la unidad asegurada era el Sr. Juan Ignacio Vespoli, que no respetó la velocidad reglamentaria y produjo el accidente.

Indica, que respecto de Vespoli, su parte opuso la falta de cobertura por carecer de carnet habilitante para el manejo de transporte de pasajeros. Y en cuanto a la señora Capdevilla, planteó la defensa inherente al lugar en el que era transportada, puesto que de la causa penal surgiría que al momento de producirse la colisión viajaba en el asiento del acompañante.

Plantea, que su mandante con respecto al Sr. Vespoli y la Sra. Capdevilla no tiene ningún tipo de obligación legal o contractual que permita, al menos con la provisoriedad y particularidad de su citación como tercero adhesivo, responder, ya sea en esta causa o en un eventual juicio de repetición.

El recurso fue respondido por la parte demanda y su aseguradora a fs. 211/212 y vta., solicitando su rechazo con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, en primer lugar nos avocaremos a la procedencia o no de la citación que en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros, solicitara la aseguradora de la demandada, San Cristóbal Seguros S.A., a los fines de que comparezca a juicio la compañía aseguradora de la parte actora, Bernardino Rivadavia Coop. de Seguros Ltda.

De los términos del escrito de contestación de demanda obrante a fs. 60/76 vta., se desprende el pedido de citación del seguro del actor –Punto X.- Citación de Tercero. Citación en Garantía-, en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros, solicitado por la aseguradora del demandado –San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales-, ello como consecuencia de la presunta culpa del conductor del rodado del actor al producirse el accidente.

Bajo ese contexto, el art. 118 de la Ley N° 17.418 establece: "...El damnificado puede citar en garantía al asegurador hasta que se reciba la causa a prueba... La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro...También el asegurado puede citar en garantía al asegurador en el mismo plazo y con idénticos efectos..." (el resaltado es propio).

En lo que respecta a la naturaleza jurídica de la citación en garantía, señala Miguel A. Piedecasas, que inicialmente se observaron algunas posiciones diferenciadas, y así se consideró que era: a) un contrato a favor de tercero; b) un convenio eximente de responsabilidad; y c) un seguro propiamente dicho, siendo un contrato por cuenta y a favor del eventual responsable; posición esta última que es la que se ha impuesto por el avance de la doctrina, legislación y jurisprudencia (PIEDECASAS, Miguel A., La citación en garantía, en Revista de Derecho de Daños, N° 2010-1, Juicio de daños, Rubinzal-Culzoni, p. 136).

Desde el punto de vista procesal, la citación en garantía es un caso de intervención obligada de terceros y no hay duda de la posibilidad de su condena conforme lo determinado específicamente en artículo transcrito párrafos más arriba, de manera que no se puede hablar de demandar a la aseguradora, sino de citarla en garantía.

De modo que, alterando lo establecido por el art. 94 del Código Procesal: "Intervención obligada. El actor en el escrito de demanda, y el demandado dentro del plazo para oponer excepciones previas o para contestar la demanda,



según la naturaleza del juicio, podrán solicitar la citación de aquel a cuyo respecto consideraren que la controversia es común. La citación se hará en la forma dispuesta por los artículos 339 y siguientes". El art. 118 de la ley 17.418 nos dice que la citación de la aseguradora puede ser pedida antes de la apertura a prueba por el demandante o por el demandado, de modo tal que no necesariamente el actor debe solicitarla en la demanda ni el accionado al contestarla, sino que les es factible hacerlo con posterioridad, aunque siempre antes de que la causa se abra a prueba.

No obstante, que el accionante puede elegir a quién de todos los legitimados va a demandar en el juicio, no se encuentra habilitado para dirigir su reclamo únicamente contra la aseguradora, debido a que respecto de ella tiene una acción directa pero no autónoma, lo cual significa que si bien puede hacer que la misma comparezca al proceso, ello queda sujeto a condición de que demande al asegurado; vale decir entonces, que éste necesariamente tiene que revestir el carácter de demandado, pues es precisamente a quien la compañía debe mantener indemne su patrimonio. Vale aclarar que no es estrictamente necesario demandar al asegurado, pues se puede accionar contra quien era el conductor del vehículo con autorización para hacerlo, toda vez que quedan asimilados de acuerdo a las condiciones de póliza y de conformidad a cómo lo viene interpretando la jurisprudencia.

Ahora bien, siendo claros los términos empleados en la Ley Nacional de Seguros y en función de los argumentos que venimos desarrollando, observamos que estamos frente a un supuesto en donde el demandado no ha reconvenido, y sin embargo su aseguradora pretende traer a juicio como otra citada en garantía, a la compañía del actor, por ello consideramos que no se encuentra facultada para hacerlo, pues si éste último no ha sido demandado, no reviste dicho carácter, por lo tanto, qué sentido tiene la citación de su aseguradora sino tiene el deber de mantener indemne su patrimonio.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: "Si no existe demanda contra el asegurado no puede dictarse condena contra su aseguradora, porque mediante la citación prevista en el art. 118 de la Ley 17.418 el asegurador es llamado a juicio para cumplir con la prestación debida a su único acreedor, debiendo destacarse que en ningún momento aquél se constituye en deudor del acreedor de su acreedor, si éste no es condenado a reparación pecuniaria alguna, no existe para su asegurador obligación de mantenerlo indemne porque su patrimonio no sufre ninguna agresión (arg. Art. 499, Cód. Civ.) (SCJBA, 27-12-88, Ac. 39.624, "Díaz, Israel c/ Banquero, Rolando y otros s/ Daños y Perjuicios", D.J.B.A. 1989-136, 89; A. y S. 1988-IV-657).

Resumiendo, en el caso sub-examen la Aseguradora del demandado -San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales-, que fuera citada en garantía por la parte actora, al contestar la demanda (ver fs. 60/76 vta.) esgrime su defensa en función de la responsabilidad del conductor del rodado del actor, pero de manera alguna justifica la pretendida citación de la Aseguradora de éste último -Bernardino Rivadavia- a fin de darle la intervención que el art. 118 de la Ley de Seguros 17.418 consagra a tal efecto.

Sobre la base de lo expuesto, no advertimos cual es el fundamento por el cual la aseguradora del actor deba responder por la responsabilidad que la aseguradora de la parte demandada (San Cristóbal Seguros) atribuye a quién señala como conductor del rodado del accionante (Sr. Juan Ignacio Vespoli), cuando ni el actor ni el conductor de su rodado han sido demandados.

Por otra parte, y en el hipotético caso de un rechazo de demanda, la aseguradora del actor ni siquiera debería afrontar el pago de las costas que le fueran impuestas a éste, pues, repetimos el demandante no ha sido demandado, por lo que no resulta operativo el deber de indemnidad que en función del contrato y de la ley de seguros se consagra a favor del asegurado.

Finalmente, diremos que el solo hecho de mencionar, como se hace en la resolución, como justificativo de dicha citación, la posibilidad de iniciar una acción revérsica sin explicitar clara y concretamente los motivos que en el caso concreto ameritarían dicha citación, no resulta suficiente para citar a la aseguradora Bernardino Rivadavia en los términos y con los alcances pretendidos.

Por lo que no corresponde la citación solicitada por la aseguradora de la parte demandada. Conforme se resuelve deviene abstracto el abordaje de las demás cuestiones planteadas.-



En función de lo expuesto, consideramos que en el sublite la citación requerida no es viable, correspondiendo en consecuencia revocar el decisorio en crisis y dejar sin efecto la citación de la Aseguradora Bernardino Rivadavia Coop. Ltda., con costas a cargo de la parte vencida.

Por todo ello, esta Sala III,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución obrante a fs. 193/195, y en consecuencia rechazar la citación solicitada por San Cristóbal Sociedad Mutual de Seguros Generales, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a cargo de la vencida (art. 68 C.P.C.C.).

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](#)

"MANZOLIDO CARLOS BRUNO C/ BANCO HIPOTECARIO S. A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 280638/2002) – Interlocutoria: 12/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO CIVIL: Sucesiones.

COBRO DE CREDITO. HONORARIOS DEL ABOGADO. HONORARIOS REGULADOS. PROCESO SUCESORIO. PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD.

Cabe confirmar la providencia que deniega la liberación de fondos a favor de los herederos resultantes de los honorarios del letrado fallecido que han sido regulados y confirmados, pues a tenor del nuevo código de aplicación al caso concreto conforme lo prescripto por el art. 7 del mismo, pareciera que debe estarse al principio de indivisibilidad de la herencia hasta tanto se efectúe la partición, destacando la derogación de las normas que preveían la posibilidad de dividir los créditos anticipadamente. Esto se justifica en la protección de derechos de terceros, que deben acudir al proceso sucesorio para hacerse de sus créditos (cfme. art. 2356). Los institutos procesales de universalidad y fuero de atracción protegen tal principio, estableciéndose expresamente como objeto del proceso sucesorio el cobro de créditos.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MANZOLIDO CARLOS BRUNO C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REAJUSTE DE



PRESTACION" (Expte. N° 280638/2002) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 2 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Que los herederos del ex letrado de la parte actora interponen recurso de apelación contra la providencia simple del 9 de octubre del 2015 (fs. 913), presentando memorial a fs. 918/927.

Argumentan que la juez de grado incurre en arbitrariedad al denegar la liberación de fondos a favor de los herederos sin fundamento alguno, ignorando las facultades legales de percepción de los mismos y la integración de la masa indivisa del sucesorio. Citan doctrina y jurisprudencia que da cuenta que los créditos divisibles no forman parte de la masa hereditaria indivisa administrada en el proceso sucesorio y que el fuero de atracción no opera activamente. Denuncia agravio por las cargas y las demoras de transferir los fondos al sucesorio en extraña jurisdicción y la conformidad del obligado.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar al libramiento de cheques según lo pedido.

Corrido el pertinente traslado la contraria no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis deniega el libramiento de órdenes de pago en la forma solicitada por los herederos del Dr. Ríos y requiere datos completos de la cuenta judicial del expediente sucesorio a los fines de transferir los fondos.

De las constancias de autos surge que los honorarios del letrado fallecido han sido regulados y confirmados (fs. 813 vta. y 889 vta.); consta declaratoria de herederos de los recurrentes (fs. 853/854); a fs. 898/899 se da en pago la suma de \$7.655 en concepto de honorarios regulados al Dr. Julio Cesar Rios y a fs. 911 los herederos solicitan cheques por la porción de cada uno, plasmándose la resolución impugnada.

El artículo 2280 del Código Civil y Comercial estipula expresamente: "Situación de los herederos. Desde la muerte del causante, 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...". (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 2277, 2337 y cc. del Cód. Civ. y Com.; y 714 y cc. del Cód. Proc.).

La herencia, considerada como objeto del derecho de sucesión, es tan indivisible como el patrimonio, en tanto que a éste se lo considera como objeto del derecho de propiedad de aquel a quien pertenece. El principio del ejercicio de los derechos y acciones del causante de manera indivisa es, hasta cierto punto, modificado, en cuanto a que los derechos de cada heredero se encuentran restringidos por la presencia de los derechos de sus coherederos. Pero como esta modificación concierne solo a las relaciones de los herederos entre ellos, resulta, mientras la herencia no ha sido dividida, extraña a las relaciones de los herederos con los terceros, los cuales no cesan de estar regidos por el principio expuesto. Así, se ha sostenido que en el derecho argentino, desde la muerte del causante y hasta que no esté hecha la partición cada uno de los herederos ejercita los derechos de su autor de una manera necesariamente indivisible. La herencia es necesariamente indivisible y esa indivisibilidad se aplica a la posesión hereditaria para el ejercicio de las acciones, por cualquiera de los herederos, tendiente a la defensa de la posesión y el dominio de los bienes que componen la herencia." (p. 406, t. X, Cód. Civ. y Com. Com. Lorenzetti).

El código derogado a partir de su artículo 3485 establecía un sistema de partición de pleno derecho de activos y pasivos divisibles que contradecía las normas del mismo código contenidas en el artículo 3416 que determinaban el principio de la indivisibilidad. Por aplicación de éste se consideraba que cuando varias personas se encontraban simultáneamente llamadas a una misma herencia, eran hasta la partición, tomadas en una manera indivisible. Este Código ha traído la supresión del engorroso tema de la división de los créditos activos y pasivos de los artículo 3485 a 3502 del código derogado. (p. 550 ídem).

El artículo 2335 del nuevo código textualmente establece que el objeto del proceso sucesorio es identificar a los sucesores, determinar el contenido de la herencia, "cobrar los créditos", pagar las deudas, legados y cargas, rendir cuentas y entregar los bienes.



El artículo 2354 a su vez establece que previa autorización judicial o de los coparticipes si son plenamente capaces y están presentes, el administrador debe cobrar los créditos del causante, continuar las acciones promovidas por éste, iniciar las que son necesarias para hacer efectivos sus derechos y presentarse en los procesos en los cuales el causante fue demandado. En ningún caso puede realizar actos que importan disposición de los derechos del causante.

Con ello, a tenor del nuevo código de aplicación al caso concreto conforme lo prescripto por el art. 7 del mismo, pareciera que debe estarse al principio de indivisibilidad de la herencia hasta tanto se efectúe la partición, destacando la derogación de las normas que preveían la posibilidad de dividir los créditos anticipadamente. Esto se justifica en la protección de derechos de terceros, que deben acudir al proceso sucesorio para hacerse de sus créditos (cfme. art. 2356). Los institutos procesales de universalidad y fuero de atracción protegen tal principio, estableciéndose expresamente como objeto del proceso sucesorio el cobro de créditos.

En relación a los antecedentes jurisprudenciales citados, pertenecientes a esta Cámara de Apelaciones, debo resaltar que se enmarcan en el derogado código civil, por lo cual su criterio merece revisión. ("LEOTTA PEDRO ANGEL MARIA C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION" (EXP N° 277627/2002), sala I, 19.5.2015, y "CACACE VISENTA NOHEMIT C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION", (Expte. EXP N° 277742/2002), sala II, 18.8.2015) Asimismo, in re "GUTIERREZ OMAR DANIEL C/ BANCO HIPOTECARIO S.A. S/ REAJUSTE DE PRESTACION", (Expte. N° 270810/2001), la Dra. Clerici, al declarar mal concedido el recurso por falta de agravio en la transferencia al sucesorio, manifiesta que el juez de aquel proceso es el encargado de disponer de los fondos.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando el decisorio recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, sin costas en la alzada atento la forma en que se ha suscitado la incidencia.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar el decisorio dictado a fs. 913, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Sin costas en la Alzada atento la forma en que se ha suscitado la incidencia.
- 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](#)

"VAZQUEZ LAURA GLADYS C/ EMP.OMNIBUS SARMIENTO S.A. 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.: 391587/2009) – Interlocutoria: 13/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

TASA DE JUSTICIA. CONTRIBUCION COLEGIO DE ABOGADOS. HONORARIOS DEL PERITO. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. ALCANCE.

Cabe confirmar la providencia que dispone reservar sumas dadas en pago a la actora para asegurar el pago de tasa de justicia, contribución y honorarios de peritos, siendo que las costas pesan sobre la demandada y la demandante tiene otorgado el



beneficio de litigar sin gastos, pues si bien a los gastos de justicia se les reconoce de una preferencia de cobro, en el supuesto de gozar del beneficio de litigar sin gastos la actora, no puede ser obligada en más de la tercera parte de lo que percibe.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Febrero del año 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "VAZQUEZ LAURA GLADYS C/ EMP. OMNIBUS SARMIENTO S.A. S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (Expte. N° 391587/2009) 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 parte actora interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 10 de junio del 2015 (fs. 420), presentando memorial a fs. 421.

Argumenta que la juez de grado incurre en error al reservar sumas dadas en pago a la actora para asegurar el pago de tasa de justicia, contribución y honorarios de peritos, siendo que las costas pesan sobre la demandada y la demandante tiene otorgado el beneficio de litigar sin gastos.

Solicita se deje sin efecto lo resuelto y se libre cheque a la orden de la peticionante.

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 reserva la suma de \$10.958,50, correspondientes a honorarios de los peritos actuantes, tasa de justicia y contribución al colegio de abogados, liberando fondos a la actora por \$19.041,50. Al denegar la reposición, la juzgadora se funda en el privilegio del art. 3.900 del CC, más allá de lo dispuesto en el art. 84 del CPCC.

Del sistema Dextra surge que efectivamente en los autos caratulados "VAZQUEZ LAURA GLADYS S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS"(EXPTE. 370855/8), el 1 de Junio de 2012 se le otorgó a la accionante el beneficio de litigar sin gastos en forma total para las presentes actuaciones, en las que consta que las pericias efectuadas fueron ofrecidas por la misma (fs. 19 y ss. y 78), que obtiene sentencia favorable a su demanda con costas a las perseguidas (319 vta.), que aprobada planilla de liquidación (fs. 403), la aseguradora deposita fondos a su cargo (fs. 414/415), tras lo cual con motivo de la solicitud de ordenes de pago se suscita la resolución impugnada.

El artículo 2585 del Código Civil y Comercial estipula expresamente: "Reserva de gastos. Antes de pagar el crédito que goza de privilegio especial, del precio del bien sobre el que recae, se debe reservar los importes correspondientes a su conservación, custodia, administración y realización. En todos los casos, también debe calcularse una cantidad para atender los gastos y los honorarios generados por las diligencias y tramitaciones llevadas a cabo sobre el bien y en interés del acreedor." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; y 3900 del Cód. Civ.); más en el artículo 84 del Código Procesal se dispone específicamente en materia de beneficio de litigar sin gastos: "Alcance. El que obtuviere el beneficio estará exento, total o parcialmente, del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna; si venciere en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba".

Los tradicionalmente denominados "gastos de justicia", debe advertirse que no se trata técnicamente de privilegios en el sentido estricto del término, o sea como prioridad conferida por la ley teniendo en consideración la causa, cualidad o naturaleza del crédito del deudor, son inversiones del acreedor o labores realizadas por auxiliares de la justicia en su interés para el cobro o reconocimiento del crédito. De allí que la jurisprudencia los denomine gastos del concurso o de la ejecución individual. Se trata de gastos que se realizan por ante o para ante la justicia para que el crédito del acreedor sea satisfecho o reconocido como tal. El reconocimiento de la prioridad o preferencia se basa en el enriquecimiento injusto que se produciría si esas inversiones o labores desarrolladas en pos del cobro o reconocimiento no son preferidas al crédito que se intenta que sea reconocido o percibido.



La reforma ha armonizado las disposiciones aplicables a los concursos y las ejecuciones individuales, se consagran los institutos de la reserva de gastos y los gastos de justicia confiriéndoles prioridad respecto de y en la medida del beneficio resultante al acreedor privilegiado y ejecutante, respectivamente. (p. 440, t.XI, Cód. Civ. y Com., Lorenzetti).

Ahora, la norma procesal específica para el caso establece que el que cuenta con el beneficio de litigar sin gastos y resulta vencedor en el pleito, deberá pagar las costas causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba. (p. 477, t.1, Cód. Proc. Com., FAssi-Yañez).

En punto a la interpretación del artículo 84 del C.P.C. y C. señala Gozaíni que si resulta vencedor quien hubiere obtenido el beneficio debe pagar las costas "[...] quedando sólo incluidos los honorarios de sus propios letrados y los gastos devengados por él mismo a raíz de la promoción del proceso [...]" y agrega "se refiere a los devengados por la propia intervención del beneficiario", (Gozaíni, Osvaldo A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pág. 122, La Ley 2009).

La jurisprudencia aclara el funcionamiento del sistema. Si resulta vencedor en el proceso quien obtuvo el beneficio de litigar sin gastos, debe pagar las costas causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba, quedando sólo incluidos los honorarios de sus propios letrados y los gastos devengados por él mismo a raíz de la promoción del juicio."(CNCiv., Sala K, 11/11/2005, "Fernández, Roberto Abel y otro c. Kazez, Ernesto Salomón y otros", La Ley Online).

De manera que llevando estos conceptos generales al caso concreto, se puede afirmar que si bien a los gastos de justicia se les reconoce de una preferencia de cobro, en el supuesto de gozar del beneficio de litigar sin gastos la actora, no puede ser obligada en más de la tercera parte de lo que percibe, tal lo expresamente previsto en el articulado transcripto supra. Asimismo, cabe resaltar que en los presentes no se ha alegado mejora de fortuna.

Concretamente, se le ha dado en pago la suma de \$37.218,15, de lo que resulta que no podrá reservarse más de \$12.406,05, habiéndose retenido el importe menor de \$10.958,50, se evidencia que no existe agravio real y concreto en la providencia impugnada, la que corresponde sea confirmada, no obstante, con distintos fundamentos.

La doctrina judicial ha dicho en tal sentido que: "Luego de establecerse que la concesión del beneficio tiene por consecuencia la exención de las costas, se dispone que en el caso de mejora de fortuna renace la responsabilidad del beneficiario por esos gastos, y que en el supuesto de resultar vencedor en el juicio, debe afrontar las costas causadas en su defensa hasta la tercera parte de los valores recibidos. Quedan comprendidos en la norma no sólo los honorarios de los letrados que asistieron al beneficiario, sino también la tasa de justicia, pues se trata en ambos casos de gastos causados en su defensa (esta sala, causa 17.206/95 del 15.8.96; CNcontencioso administrativo federal, causa 1703/94 del 26.9.94). En tal sentido se ha señalado que cuando la norma del art. 84 del código procesal se refiere a costas "causadas en su defensa" no se circunscribe a los honorarios del letrado del actor, sino que el concepto debe ser entendido con mayor amplitud, comprensivo del crédito del fisco por la tasa judicial (cncivil, sala I, del 22.11.95, citado en "código procesal civil y comercial" Elena I. Highton-Beatriz Areán, Edit. Hammurabi, t. 2, pág. 236)." (Auto: RUIZ EDGARDO DARIO C/ MUNICIPALIDAD DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES Y OTRO S/ INCIDENTE APELACION PERITO MEDICO. - Sala: Sala 3. Mag.: Dr. Guillermo Alberto Antelo - Dra. Graciela Medina - Dr. Ricardo Gustavo Recondo. Tipo de Sentencia: INTERLOCUTORIO. Fecha: 07/08/2007 - Nro. Exp. : 1.725/07 -LDT).

En igual sentido, esta sala se ha expresado in re "CONCINA ANDREA FABIANA Y OTRO C/ CASTILLO HUGO RAFAEL SOBRE D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION MUERTE" (EXPT. N° 367566/8), sala III, coincidiendo con la sala I, que se expresara en reciente causa "FERNANDEZ NILDA S/ INCIDENTE DE APELACION E/A: FERNANDEZ NILDA S/ INCIDENTE DE VERIFICACION TARDIA EXPT. NRO. 368467/08" (INC N° 53188/2015).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá rechazarse la apelación, confirmando el fallo recurrido de conformidad a los argumentos expuestos, sin costas atento la naturaleza de la incidencia.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la providencia dictada a fs. 420, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.



- 2.- Sin costas de Alzada atento la naturaleza de la incidencia (art. 68 2º apartado del C.P.C.C.).
 - 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](#)

"APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1676/2015) – Interlocutoria: 16/16 – Fecha: 11/02/2016

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR. INTERPRETACION. PRESUPUESTOS. DELEGADO GREMIAL. MANTENIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO. EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. JUBILACION DEL TRABAJADOR. TRABAJADOR QUE REUNE LOS REQUISITOS PARA OBTENER LAS PRESTACIONES JUBILATORIAS. INTIMACION. DESPIDO. DISIDENCIA.

1.- Cabe confirmar la resolución de la instancia de grado que no hace lugar a la medida cautelar de no innovar en donde el trabajador solicitó el mantenimiento de las condiciones de trabajo preexistentes con anterioridad a la carta documento remitida por la empleadora por medio de la cual se lo intimó a iniciar los trámites jubilatorios, toda vez que la verosimilitud del derecho que invoca el actor, amparándose en su designación como delegado gremial, se contrapone con las facultades que el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador cuando el trabajador se encuentra en condiciones de jubilarse, por lo que esta circunstancia, y sin perjuicio de lo que se resuelva en el expediente principal, resulta suficiente para rechazar el fundamento expuesto por el apelante a fin de justificar la verosimilitud del derecho para la obtención de la medida cautelar de no innovar. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

2.- [...] el hecho de que el recurrente invoque, como fundamento central de la verosimilitud del derecho, la falta de desconocimiento de la legitimación de la Asociación sindical y la situación laboral del actor (empleado en actividad y afiliado al gremio), resulta insuficiente para otorgar viabilidad a la medida pretendida. En efecto: conforme se desprende del telegrama de fecha 6/08/2015, el fundamento del despido de la empresa se circunscribe a un hecho anterior a la convocatoria, comunicación y designación del actor como delegado gremial, por lo que las circunstancias apuntadas por el apelante (expuestas en el párrafo anterior) en nada influye a los fines



de modificar las consideraciones expuestas en lo que respecta a la falta de verosimilitud o apariencia del derecho como requisito de la medida solicitada. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

3.- Por otra parte, en cuanto al peligro en la demora, no justificaría el otorgamiento de la medida pretendida. Sin perjuicio de ello, el hecho que denuncia el recurrente (...) para justificar este requisito: "pronto advenimiento del vencimiento del pago de los haberes de agosto de 2015", se ha tornado abstracto. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

4.- En el marco restringido del presente tratamiento y teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados, surge verosímil el derecho del actor que hace operativa la tutela a gozar de estabilidad por titularizar un cargo gremial al que accede sin impugnación a su persona, lo que sugiere en principio una conducta de discriminación vedada por las normas superiores citadas, que hace imperiosa la inmediata intervención judicial para el restablecimiento de las condiciones originales de la relación laboral, en garantía de la libertad sindical y del derecho al trabajo (Cfme. art. 1 de la ley 23.592). A ello habrá de ceder la atribución de dirección que la ley de Contrato de Trabajo le otorga al empleador en su art. 252, ello sin que este análisis implique desvirtuar sus alcances, los que habrán de ser merituados en la sentencia definitiva considerando la defensa articulada. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

5.- También, y de no menor relevancia, concurre el presupuesto de toda cautelar, cual es el peligro en la demora, conjugándose la posibilidad cierta de que este proceso se extienda durante todo el periodo del mandato gremial sin que el actor lo pueda ejercer. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de febrero de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "APIS RICARDO C/ CAMUZZI GAS DEL SUR S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN" (INC. 1676/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 3 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.- Vienen los presentes autos a esta Sala para el tratamiento del recurso de apelación articulado por la parte actora a fs. 52/54 vta., contra la resolución de fs. 46 y vta., que rechaza la medida cautelar de no innovar solicitada.

Expresa, que su parte solicitó como medida cautelar de no innovar que se mantengan las condiciones de trabajo preexistentes con anterioridad a la carta documento N° CD98794390 de fecha: 6/08/2015.

Expone, que la verosimilitud del derecho surge de la documentación acompañada en la demanda y que el peligro en la demora está dado por la falta de pago de los haberes de agosto de 2015.

Señala, que el objeto principal de la demanda es que se reinstale al actor en su puesto de trabajo, en plenitud de sus



derechos y prerrogativas laborales y sindicales, revocando el despido comunicado por la empresa.

Indica, que se acompañó como prueba copia de la carta documento remitida a la empleadora por la Asociación Sindical: "Asociación del Personal Jerárquico de la Industria del Gas Natural, Derivados y Afines" (APJ), comunicándole la elección de Ricardo Apis como delegado y la carta documento de la empresa que pone fin a la relación laboral.

Dice, que la accionada al responder el traslado de la demanda adjunta seis cartas documento, de las cuales se extrae que Camuzzi Gas del Sur S.A., no niega que la Asociación sindical este legitimada para representar a los trabajadores y tampoco niega la situación laboral del actor, empleado en actividad, afiliado al gremio.

Sostiene, que con todo este material fáctico y habiendo contado la empresa con la concesión de un traslado previo claramente ajeno a una medida cautelar, el juez a-quo omitió cualquier tipo de análisis de las argumentaciones de las partes y de las pruebas obrantes en autos, dictando una sentencia interlocutoria carente de fundamentos.

Aduce, que mientras en el proceso principal se debate la procedencia o no de la tutela sindical reclamada, como medida orientada a evitar un daño, (ya concretado en ausencia de haberes de agosto de 2015) su parte pidió, como medida de no innovar que se mantengan las condiciones de trabajo preexistentes al despido concretado por CD del 8 de agosto de 2015.

Afirma, que a la fecha de la elección como Delegado, el Sr. Apis era un empleado activo afiliado al gremio en pleno uso de sus facultades laborales y sindicales, y que anoticiada la empresa de su condición de candidato, omitió una oportuna demanda de desafuero o cualquier otra medida tendiente a que el Poder Judicial lo declare "no elegible" para el cargo de delegado.

II. Liminarmente, diré que en el caso particular de autos la solicitud de protección precautoria "medida cautelar de no innovar", es de carácter 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, que debe ser explicitado.

Como ha señalado el TSJ "... Su despacho requiere la concurrencia de los tres recaudos comunes a cualquier medida cautelar (aparición de derecho, peligro en la demora y contracautela) y de un cuarto requisito que le es propio: la posibilidad de que se consume un "perjuicio irreparable" que sufrirá el solicitante de la misma si ésta no se le despacha favorablemente, para lo cual, deberá demostrar de manera convincente con los elementos aportados en esta etapa procesal, la probabilidad cierta de tener razón, siendo el grado de cognición que necesita el juez para otorgarla, la certeza suficiente que se integra con la gran probabilidad de que el derecho invocado, existe (cfr. Ivana María Airasca, "Algunas consideraciones sobre la medida cautelar innovativa". Medida Innovativa. Rubinzal Culzoni, 2003, pág. 171).

Sentado lo anterior, e ingresando al tratamiento del recurso deducido, debo poner de manifiesto que nos encontramos en un incidente de apelación de una medida cautelar en un proceso de amparo de naturaleza sindical, por lo que el análisis que se haga de los agravios ha de referirse exclusivamente a los recaudos que habilitan su dictado, dejando de lado todas las quejas y consideraciones referidas a cuestiones que deben ser resueltas en la causa principal.

En el caso particular, entendemos que la verosimilitud del derecho, como recaudo para la procedencia de la medida cautelar de no innovar que solicita el apelante, no se encuentra acreditada.

Ello, en función de que, con fecha 01 de agosto de 2014 la empleadora envía telegrama al actor -cuya copia se encuentra adjuntada a fs. 14- en los siguientes términos: "Reuniendo Ud. los recaudos para acceder a una de las prestaciones de la ley jubilatoria N° 24.241, por la presente queda formalmente intimado en los términos y con los alcances del artículo 252 de la Ley de Contrato de Trabajo, según la reforma introducida por la ley 24.347, a que inicie los trámites pertinentes, poniendo a su disposición las certificaciones por los servicios prestados para esta empresa..." Documentación ésta que no ha sido desconocida por la parte actora.

El art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone que: "Cuando el trabajador reuniere los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241, el empleador podrá intimarlo a que inicie los trámites pertinentes,



extendiéndole los certificados de servicios y demás documentación necesaria a esos fines. A partir de ese momento el empleador deberá mantener la relación de trabajo hasta que el trabajador obtenga el beneficio, por un plazo máximo de un año. Concedido el beneficio o vencido dicho plazo, el contrato de trabajo quedará extinguido sin obligación para el empleador del pago de la indemnización por antigüedad que prevean las leyes o estatutos profesionales.

La intimación a que se refiere el párrafo anterior de este artículo implicará la notificación del preaviso establecido por la presente ley o disposiciones similares contenidas en otros estatutos...".

Por tanto, al solo fin de resolver la cautelar, la verosimilitud del derecho que invoca el actor, amparándose en su designación como delegado gremial, se contraponen con las facultades que el art. 252 de la Ley de Contrato de Trabajo acuerda al empleador cuando el trabajador se encuentra en condiciones de jubilarse, por lo que esta circunstancia a mi entender, y sin perjuicio de lo que se resuelva en el expediente principal, resulta suficiente para rechazar el fundamento expuesto por el apelante a fin de justificar la verosimilitud del derecho para la obtención de la medida cautelar de no innovar.

En definitiva, frente al panorama expuesto, el hecho de que el recurrente invoque, como fundamento central de la verosimilitud del derecho, la falta de desconocimiento de la legitimación de la Asociación sindical y la situación laboral del actor (empleado en actividad y afiliado al gremio), resulta insuficiente para otorgar viabilidad a la medida pretendida.

En efecto: conforme se desprende del telegrama de fecha 6/08/2015, el fundamento del despido de la empresa se circunscribe a un hecho anterior a la convocatoria, comunicación y designación del Sr. Apis como delegado gremial, por lo que las circunstancias apuntadas por el apelante (expuestas en el párrafo anterior) en nada influye a los fines de modificar las consideraciones expuestas en lo que respecta a la falta de verosimilitud o apariencia del derecho como requisito de la medida solicitada.

Por otra parte, en cuanto al peligro en la demora, en función de lo anterior no justificaría el otorgamiento de la medida pretendida. Sin perjuicio de ello, el hecho que denuncia el recurrente (fs. 8) para justificar este requisito: "pronto advenimiento del vencimiento del pago de los haberes de agosto de 2015", se ha tornado abstracto.

En consecuencia, entiendo que por estas razones corresponde confirmar la decisión recurrida en cuanto rechaza la medida cautelar de no innovar solicitada, sin que esto implique emitir opinión acerca de la cuestión sustancial que debe ser decidida en la sentencia definitiva. En cuanto a las costas de Alzada, corresponde que sean impuestas a la actora atento a su condición de vendida, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 17 ley 921).

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar al acuerdo hacer lugar a la apelación y, con los alcances provisorios que debe otorgarse a toda medida cautelar, ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo habitual en el plazo de cinco días de notificada la demandada, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Código Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.CyC; ello con expresa imposición en costas a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 ley 921).

II.- Que con la documental agregada a fs. 3 –y no controvertida- se acreditó la notificación cursada por la entidad gremial a la empleadora informando que el actor había participado de un acto eleccionario el 27-03.15 en el que resultó elegido como delegado gremial; luego, el día 06.08.15 el trabajador es anoticiado del despido que efectiviza la empleadora como consecuencia del apercibimiento previsto en el art. 252 de la LCT, aludiendo a una previa intimación personal del 01.08.2015 (fs. 4); con la aportada al responder la acción, resulta también el anoticiamiento anterior a la empresa de las elecciones y de los candidatos, comprobándose que la oposición radicó en que el número de personas representadas por el sindicato no alcanzaba en ninguno de los casos el mínimo de 10 trabajadores que exige la ley 23551 (fs. 19/24).

Que los elementos señalados permiten evidenciar que el actor accedió a la titularidad de un cargo sindical que tiene garantizada estabilidad, y que el despido dispuesto por la empleadora en concreto tiene como efecto obstar a la representación para la que el trabajador fue elegido, situación esta última que impacta en el libre ejercicio de la actividad gremial ampliamente tutelado por normas constitucionales, convencionales, supralegales y legales.



Precisamente, el art. 14 bis de la Constitución Nacional garantiza que: "El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo, vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial. Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo. El estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna". (cfme. arts. 42 de la Const. Prov.; art. 18, 521, 629, 1044, 1050, 1056, 1083 y 1.109 del Cód. Civil; 17, 44, 81 y 217 de la L.C.T.; 4 inc. c, d y e, 41, 47 y 52 de la ley 23551; 1 de la ley 23.592; y 230 del C.P.C.C.).

Específicamente, el art. 17 de la Ley de Contrato de Trabajo prescribe: "Prohibición de hacer discriminaciones. Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o edad".

El artículo 47 de la ley sindical prevé: "Todo trabajador o asociación sindical que fuere impedido u obstaculizado en el ejercicio regular de los derechos de la libertad sindical garantizados por la presente ley; podrá recabar el amparo de estos derechos ante el tribunal judicial competente, conforme al procedimiento sumarisimo establecido en el art. 498 del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación o equivalente de los Códigos Procesales Civiles, provinciales, a fin de que éste disponga, si correspondiere, el cese inmediato del comportamiento anti-sindical".

Y, concreta y abarcativamente, el artículo 1 de la ley antidiscriminación estipula: "Quien arbitrariamente impida, obstruya, restrinja o de algún modo menoscabe el pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional, será obligado, a pedido del damnificado, a dejar sin efecto el acto discriminatorio o cesar en su realización y a reparar el daño moral y material ocasionados. A los efectos del presente artículo se considerarán particularmente los actos u omisiones discriminatorios determinados por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política o gremial, sexo, posición económica, condición social o caracteres físicos".

Asimismo, cabe mencionar que los principales tratados de derechos humanos constitucionalizados por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, garantizan el derecho a la igualdad y por contrapartida vedan los actos discriminatorios en cual ámbito; art. 2 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; art. 1 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969); arts. 2 y 7 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU 1948); art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 1 de la Organización Internacional del Trabajo sobre libertad sindical y asociación con rango constitucional, el convenio N° 111 sobre la discriminación en el empleo, y convenio N° 135 y N° 143 de representantes de los trabajadores. Cabe citar en particular el art. 1 del Convenio N° 98 que dice textualmente: "1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

Las condiciones relativas a la elección de los delegados sindicales pertenecen al ámbito de la autonomía sindical y no autorizan a interferir al empleador, desde que la estabilidad o tutela sindical resulta ser una garantía "amplia"



apreciada a la luz del principio protectorio constitucional, según el cual los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión y las relaciones con la estabilidad de su empleo, gozando de garantía supranacional (FALLOS SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTICIA, CORRIENTES, CORRIENTES – Fernando Augusto Niz – Juan Carlos Codello – Guillermo Horacio Semhan –Carlos Rubín- “D.M.A. c/ INSTITUTO SUPERIOR SAN JOSÉ s/ IND.” SENTENCIA del 6 DE MAYO DE 2013 Nro. Fallo: 13210014 Identificación SAI: Y0021866).

En el marco restringido del presente tratamiento y teniendo en cuenta los elementos probatorios aportados, surge verosímil el derecho del actor que hace operativa la tutela a gozar de estabilidad por titularizar un cargo gremial al que accede sin impugnación a su persona, lo que sugiere en principio una conducta de discriminación vedada por las normas superiores citadas, que hace imperiosa la inmediata intervención judicial para el restablecimiento de las condiciones originales de la relación laboral, en garantía de la libertad sindical y del derecho al trabajo (Cfme. art. 1 de la ley 23.592).

A ello habrá de ceder la atribución de dirección que la ley de Contrato de Trabajo le otorga al empleador en su art. 252, ello sin que este análisis implique desvirtuar sus alcances, los que habrán de ser meritados en la sentencia definitiva considerando la defensa articulada.

También, y de no menor relevancia, concurre el presupuesto de toda cautelar, cual es el peligro en la demora, conjugándose la posibilidad cierta de que este proceso se extienda durante todo el periodo del mandato gremial sin que el actor lo pueda ejercer.

El despido del representante gremial en condiciones de jubilarse plantea un problema interpretativo singular derivado de la circunstancia de que, a diferencia de otras situaciones referidas a los representantes gremiales. Por tal razón, en la dilucidación de esta cuestión han de tenerse en cuenta las diferentes normas, derechos y principios que entran en colisión, y, conforme lo ha decidido de manera invariable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, es necesario inclinarse por una interpretación armónica, puesto que “es principio de hermenéutica jurídica que, en los casos no expresamente contemplados, debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la norma, evitando darles aquel sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando, como verdadero, el que las concilie, y deje a todas con valor y efecto”, ésta no tiene una expresa en el ordenamiento jurídico, en especial, en la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23.551. Por consiguiente, la primera tarea a abordar para analizar la cuestión planteada, es individualizar con precisión las normas involucradas y los respectivos derechos e intereses que ellas consagran o resguardan. ...Abogados a la faena de individualizar las respectivas normas y los consiguientes derechos e intereses que se interfieren en esta situación jurídica, podemos esbozar una enumeración sintética, de la siguiente manera: 1) Un primer derecho a preservar es la representación gremial y su estabilidad según está garantizada por la Constitución Nacional (art. 14 bis). 2) El empleador está dotado normativamente de las potestades de organización y dirección de su empresa (arts. 64 y 65 L.C.T.), que derivan del derecho constitucional de ejercer toda industria lícita (art. 14 C.N.). 3) El ordenamiento jurídico suministra al empleador la facultad de extinguir el contrato de trabajo cuando el trabajador reune los requisitos necesarios para obtener una de las prestaciones de la ley 24.241 del Sistema Integrado de Jubilaciones y Pensiones, en las condiciones que determina el art. 252 L.C.T.

4) Es necesario preservar a la asociación sindical y a los representantes gremiales de todo acto proveniente del empleador que pudiere constituir una práctica antisindical (Convenio 98, O.I.T., art. 1.2.b) o “práctica desleal o contraria a la ética de las relaciones profesionales del trabajo”, en los términos del art. 53 de la ley 23.551. 5) El ejercicio de los derechos debe hacerse de un modo regular y funcional, desechando todo ejercicio abusivo. (Carlos Alberto Etala El despido del representante gremial en condiciones de jubilarse, Lexis Nexis Laboral y Seguridad Social, N° 7, 2003 p. 466).

Atento el conocimiento limitado de la medida cautelar resultan suficientes los aportes probatorios arimados para que se vislumbre la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, debiéndose priorizar los derechos que en la realidad material pueden verse fácilmente afectados por el poder económico y de dirección empresarial, el restablecimiento del equilibrio e igualdad entre las partes exige de medidas positivas (cfme. arts. 230 del C.P.C.C.).



Por ello, propiciaré al acuerdo ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo habitual en el plazo de cinco días de notificado, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Cód. Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.C.C.

III.- En orden a las consideraciones expuestas, propiciare al acuerdo que haciendo lugar al recurso de apelación, y con los alcances que debe otorgarse a toda tutela judicial, ordenar la reinstalación del actor en su puesto de trabajo en el plazo de cinco días de notificada la demandada, con la contracautela prevista en el art. 16 in fine de la ley 921 y bajo apercibimiento de astreintes según art. 804 del Cód. Civil y Comercial, y art. 37 del C.P.C.C.; ello con expresa imposición en costas a la vencida (art. 17 ley 921), difiriendo la regulación de los honorarios para el momento en que existan pautas a tal fin (art. 15 L.A. vigente).

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 resolución dictada a fs. 46 y vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 17 Ley 921).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
- 4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"INCIDENTE DE NULIDAD E/A: BARROS MABEL C/ OLLARCE NESTOR RUBÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" -

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 3416/2012) – Interlocutoria: 16/02/2016

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

DEMANDA. TRASLADO DE LA DEMANDA. NOTIFICACION. DOMICILIO. SEGUNDO NOMBRE. INCIDENTE DE NULIDAD. RECHAZO.

1.- Cabe confirmar la resolución que rechaza el pedido de nulidad de la notificación del traslado de la demanda, ya que de los términos del planteo del incidente resulta que la autenticidad vinculada a las formalidades del acto consignadas en el acta no fueron puestas en crisis por el incidentista como tampoco se ha aportado otro antecedente que lo desvirtúe, sin que le reste efecto a la notificación las circunstancias que apunta la denuncia de que el domicilio donde se concretó difiere del que figura en el documento de identidad, que señala como real, ni la falta de coincidencia de su segundo nombre indicado en la cédula. (Del voto del Dr. MEDORI, en mayoría).



2.- En el caso concreto, advertimos que la notificación en cuestión (...) se llevó a cabo en la calle (...), y fue dirigida al Sr. Néstor Fabián Ollarce, y no al Sr. Néstor Rubén Ollarce. Asimismo, que tampoco fue recibida personalmente por éste último, sino por un vecino que no fue identificado y no firmó la cedula y que dijo que el mismo "si vive allí", sin especificar si se trata de "Néstor Fabián" o de "Néstor Rubén". Estas circunstancias junto a la falta de coincidencia entre el domicilio en donde se llevo a cabo la diligencia y el que figura en el DNI del demandado, nos persuaden –en función de la duda- a propiciar la nulidad de la notificación de demanda, en los términos de los arts. 170 y concordantes del CPCyC. (Del voto del Dr. GHISINI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de febrero de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "INCIDENTE DE NULIDAD E/A: BARROS MABEL C/ OLLARCE NESTOR RUBÉN S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (INC N° 3416/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL, LABORAL Y DE MINERÍA DE RINCON DE LOS SAUCES 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 apelación interpuesta por la incidentista respecto de la resolución de fs.4 0/41 en cuanto rechaza su pedido de nulidad de la notificación de la demanda instaurada en su contra.

En su memorial de fs. 46/48 vta., cuestiona la resolución apelada, al señalar que a fs. 4 del presente incidente obra copia certificada de su DNI, del cual surge que en ningún momento su parte residió en el domicilio en donde se practica la diligencia de notificación de demanda.

Aduce, que el a-quo no ha valorado la prueba documental referenciada en el párrafo anterior. Menciona, que el hecho de que se notificara a Néstor Fabián Ollarce, en vez de a Néstor Rubén Ollarce, en el presente caso resulta significativo cuando lo que se cuestiona es el domicilio en donde se llevó a cabo dicha notificación.

Corrido traslado del memorial a la contraria, la misma contesta a fs. 52/53 vta, solicitando el rechazo de la apelación con costas.

II.- Preliminarmente, diremos que este tipo de planteos deben ser considerados con suma prudencia, por la particular importancia que reviste para el desarrollo del proceso, la notificación de la demanda que involucra especialmente la garantía de la defensa en juicio.

El anoticiamiento del traslado de demanda, tiene especial trascendencia en el juicio, pues genera la relación jurídico – procesal, y la ley lo reviste de formalidades específicas que tienden a resguardar la garantía constitucional del debido proceso. De allí la exigencia que la demanda, se notifique, como principio básico, en el domicilio real.

Esta Cámara ha sostenido reiteradamente que en caso de duda sobre la efectiva y real notificación del demandado, debe estarse por la solución que mejor proteja la garantía constitucional de la defensa en juicio y todo lo relativo a la validez de la notificación de la demanda, por su particular importancia para el desarrollo del proceso, debe apreciarse con criterio restrictivo (P.I. 1998. T.II - f. 216 y vta., Sala I y jurisprudencia allí citada). Así también que la notificación de la demanda ha sido regulada por ley e interpretada por la jurisprudencia con un carácter restrictivo absoluto que permite que el demandado reciba realmente la cédula y se notifique de la pretensión contra él instaurada, siendo esenciales los recaudos que aseguren la efectividad de la recepción (P.I., 1996, º III, º 452/53, Sala I).

Si bien de conformidad con el principio establecido en el art. 172 del Código procesal, cuando se plantea una nulidad debe ponerse de manifiesto el perjuicio experimentado como consecuencia del acto cuya validez se impugna,



cuando se trata de la notificación del traslado de la demanda, es posible excusar la mención expresa y circunstanciada de las defensas que el incidentista se vio privado de oponer, pues si no ha podido tomar adecuado conocimiento de la pretensión deducida en su contra, es claro que no le será posible especificar tales defensas. (conf. PI 2003 N°546 T°V F°847/848, Expte. N° 743-CA-3 citando a Maurino, A. L., "Nulidades Procesales", pág. 112).

En el caso concreto, advertimos que la notificación en cuestión (copia obrante a fs. 59/60) se llevó a cabo en la calle Cerro Bayo sin número del Parque Industrial II, y fue dirigida al Sr. Néstor Fabián Ollarce, y no al Sr. Néstor Rubén Ollarce. Asimismo, que tampoco fue recibida personalmente por éste último, sino por un vecino que no fue identificado y no firmó la cedula y que dijo que el mismo "si vive allí", sin especificar si se trata de "Néstor Fabián" o de "Néstor Rubén".

Estas circunstancias junto a la falta de coincidencia entre el domicilio en donde se llevo a cabo la diligencia y el que figura en el DNI del demandado, nos persuaden – en función de la duda- a propiciar la nulidad de la notificación de demanda, en los términos de los arts. 170 y concordantes del CPCyC.

En consecuencia, y en resguardo del derecho de defensa en juicio amparado constitucionalmente, corresponde declarar la nulidad de la notificación del traslado de la demanda y de los actos que son consecuencia de la misma. Las costas de ambas instancias se impondrán en el orden causado, atento no haberse motivado el presente en una conducta de la parte sino en un error en el diligenciamiento de la cedula de notificación (arts. 69 y 68 2da. parte, Cod.Proc.).

El Dr. Medori, dijo:

Que habré de disentir con el voto que antecede, propiciando el rechazo de la apelación y que se confirme la resolución de la instancia de grado que rechazo la nulidad articulada, con expresa imposición en costas al demandado vencido (art. 68 y 69 del C.P.C.C.).

Que analizadas las constancias de autos, de la simple lectura del acta labrada por el oficial notificador –fs-60- surge que se ha cumplimentado con la diligencia vinculada con el anoticiamiento de la demanda tomando todos los recaudos legales impuestos por los art. 141 y 339 segundo párrafo del Código procesal, habiendo aquel funcionario concurrido al lugar donde un vecino reconoció que el demandado vivía en el lugar, dejado aviso de que regresaría al día siguiente, y haber concretado la notificación fijando la cédula y documental en la puerta de acceso.

Que de los términos del planteo del incidente resulta que la autenticidad vinculada a las formalidades del acto consignadas en el acta no fueron puestas en crisis por el incidentista como tampoco se ha aportado otro antecedente que lo desvirtúe, sin que le reste efecto a la notificación las circunstancias que apunta la denuncia de que el domicilio donde se concretó difiere del que figura en el documento de identidad, que señala como real, ni la falta de coincidencia de su segundo nombre indicado en la cédula.

Las afirmaciones del notificador estampadas en la cédula no pueden ser desvirtuadas por la sola afirmación en contrario del impugnante, máxime cuando los actos realizados por aquel gozan de presunción de regularidad especialmente si concuerdan con la letra y el espíritu de la ley ritual. La previsión del art. 149 del ordenamiento procesal es de interpretación restrictiva, sólo aplicable cuando resulte fehacientemente que la parte no ha tenido conocimiento de la providencia, de manera que si de la diligencia de la cédula, que tiene carácter de instrumento público surge que fue recibida por el encargado del edificio y que el requerido vive allí, no procede declarar su nulidad. La ausencia momentánea del demandado no obsta a que la notificación cumpla con su objetivo; una interpretación contraria llevaría a que bastase con ocultarse o ausentarse para impedir el cumplimiento de la notificación" (L.D.T.: Autos: Fernández de Souto Celina y otro c/ Migliore Rodolfo Enrique s/ desalojo –N° Sent.: 79254 –Civil –Sala 3 –Fecha: 16/03/1988).

En conclusión, conforme los antecedentes fácticos y jurídicos expuestos, propondré al Acuerdo la confirmación de la resolución apelada en todo cuanto ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a cargo del demandado, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

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. Medori, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,



RESUELVE:

- I.- Confirmar la resolución dictada a fs. 40/41 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.
 - II.- Imponer las costas de Alzada al demandado vencido (art. 69 C.P.C.C.).
 - III.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.
 - IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.
- Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Jorge Pascuarelli
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"D. M. D. L. M. S/ INCIDENTE DE RECUSACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 1007/2016) – Interlocutoria: 25/16 – Fecha: 01/03/2016

DERECHO PROCESAL: Excusación. Recusación.

RECUSACION CON EXPRESION DE CAUSA. PREJUZGAMIENTO. CONFIGURACION DE LA CAUSAL. RECHAZO.

[...] los elementos que caracterizan al prejuzgamiento para que tengan aptitud para apartar al juez, son: a) la opinión del magistrado debe versar sobre hechos concretos que deben ser materia de decisión suya; b) la opinión debe ser exteriorizada en forma expresa y no conjetural; c) debe ser intempestiva (antes de la emisión de la sentencia); d) debe ser innecesaria para decidir alguna cuestión previa o incidental; e) la opinión debe haber recaído sobre la cuestión de fondo a decidir en el litigio; y f) debe permitir deducir al litigante la dirección lógica que tendría el resultado final del juicio. Todos estos requisitos deben concurrir, lo cual no ocurre en el caso bajo análisis.

Texto completo:

NEUQUEN, 01 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "D. M. D. L. M. S/ INCIDENTE DE RECUSACION" (INC. N° 1007/2016) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA N° 2 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.- Vienen los presentes a estudio del Cuerpo para el tratamiento de la recusación con causa deducida por la señora María de las Mercedes Duarte contra la titular del Juzgado de Familia N° 2.

Sostiene la recusante que en tiempo y forma, y conforme lo previsto por el art. 17, inc. 7 in fine del Código Procesal, viene a cuestionar el adelanto de opinión de la magistrada respecto de la atendibilidad del hecho abusivo que la Cámara de Alzada ordenara investigar en la instancia anterior.

Considera, que no se advierte ninguna medida investigativa ni la producción de la pericia psicológica ordenada en



autos, desatendiéndose las pruebas de esas conductas abusivas (configuren o no un ilícito penal) acompañadas por su parte (copia digital y transcripción literal de la cámara gessell), que son de fundamental valor para decidir si la revinculación que se procura, dará oportunidad para victimizar a las niñas.

Menciona, que el 10/12/2015 se dio vista a la señora Defensora de los Derechos del Niño para que conozca y se expida sobre las pruebas mencionadas, y su inmediata relación con el propósito de revinculación. Ante el error en que incurrió en su dictamen anterior al responder a un proveído distinto al que correspondía, pero de inmediato en ese mismo día se envió el expediente al Gabinete Interdisciplinario, prescindiéndose de la intervención de la representante promiscua del interés y resguardo de las niñas, al no remitirle los autos para su conocimiento y dictamen.

Interpreta, que ha dado clara e innecesaria opinión, antes de la oportunidad procesal correspondiente de prescindir de la intervención necesaria del Ministerio Público de la defensa de las niñas, del valor probatorio del video y transcripción de diálogos en cámara gessell, así como de oír a las niñas.

Afirma que hay adelantamiento de opinión al hacer prevalecer lo tramitado en sede penal, cuando era esta otra cuestión más que debía evaluar y decidir en el momento de resolver el incidente originado por la presentación de esas pruebas.

Por último emitió opinión al considerar que el dictamen de la defensoría del niño no tenía influencia en lo que debía resolver.

Vale decir, entonces que, resolvió y por ende emitió opinión sobre el fondo de la cuestión, sin la previa intervención de la señora defensora, fijando un término de escasos diez días para el proceso de revinculación, arrinconando a las niñas con un obrar que impedía tutelar sus derechos, lo que llevaba a poner en riesgo su seguridad y salud física, psíquica y espiritual, que es todo lo contrario a lo estatuido por las leyes protectoras de los niños. La inmediata remisión del expediente, llevó a su indefensión ante el peligro que claramente resulta de la transcripción de los diálogos en cámara gessell.

Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

A fs. 18/19 vta., consta el informe de la a quo que dispone el art. 26 del ritual.

II.- Ahora bien, ingresando al estudio de la cuestión planteada, debemos decir que la recusación con causa es el remedio legal del que los litigantes pueden valerse para separar al Juez del conocimiento del juicio, en el supuesto de que las relaciones o actitudes de aquél, con alguna de las partes, sus letrados o representantes o con la materia del proceso, sean susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones (Rep. ED.12 –751. Rep. ED.13-799).

La finalidad del instituto es asegurar la garantía de imparcialidad, de donde se desprende que está dirigido a proteger el derecho de defensa del particular, pero con un alcance tal que no perturbe el adecuado funcionamiento de la organización judicial. A dicho fin y a efectos de evitar el uso inadecuado de este medio de desplazar la competencia se ha entendido que las causales de recusación son de interpretación restrictiva o taxativa, máxime que debe tenerse en cuenta que la misma no va dirigida al Juzgado sino a la persona del Juez, por ello que debe ser clara y categórica. Analizados los fundamentos de la recusación en función de lo sustentado supra, consideramos que la misma debe rechazarse.

En efecto, la norma citada por la recusante –art. 17 del CPCC-, sobre la recusación sin causa en el punto 7º nos dice: “Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado”, vale decir, que la primera parte de la norma no tiene ninguna complicación –el juez debe apartarse si ha sido defensor de alguno de los litigantes, obviamente antes de ser magistrado-.

Tampoco es dificultoso de advertir que si el juez ha emitido dictamen o recomendación, como abogado particular con relación a una causa determinada, no puede fallar en ella.

Sin embargo, la última parte de la norma –haber preopinado- sí requiere de algunas precisiones, y al respecto se ha dicho: “La causal de prejuzgamiento sólo se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de las cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas, pero no existe si el juez se halla en la necesidad de emitir pronunciamiento. Las consideraciones efectuadas por los magistrados en la debida oportunidad



procesal, sobre los puntos sometidos a su conocimiento, no importan prejuizgamiento, toda vez que no se trata de opinión anticipada, sino directa y claramente, del cumplimiento del deber de proveer a las cuestiones pendientes" (Cám. Nac. Civ. y Com. Fed., Sala 1º, 1/4/2004, "American Jet S.A. c/ Jeppesen Sanderson s/ incidente de recusación con causa", AP online).

"El prejuizgamiento está sujeto al presupuesto de que el sentenciante hubiera emitido opinión innecesariamente, lo cual haga entrever la decisión final que habrá de tener la causa y sólo se configura cuando media un pronunciamiento expreso, positivo y preciso sobre la cuestión de fondo a decidir en el pleito" (Cám. Nac. Civ., Sala C, 24/10/1996, "Gouchanian de Papazian, Alicia c/ Papazian, Teodoro" JA, 1997-IV- síntesis).

"En consecuencia, bien se ha resuelto que no se advierte que el juez haya adelantado indebidamente opinión sobre el fondo del litigio, cuando las particulares circunstancias de tener que resolver sobre un régimen provisorio de visitas imponen la emisión de ciertas consideraciones que se relacionan con la cuestión sustancial, pero que no constituyen sino la expresión del fundamento necesario, exigido por la ley, para sustentar la decisión requerida" (Cám. Nac. Civ., Sala I, 27/8/1991, "P. c/ B. s/ recusación con causa" AP online).

"Y que no constituye prejuizgamiento el hecho de haberse celebrado una audiencia en la que se dispuso la exclusión del demandado del hogar conyugal y la fijación de una cuota provisorio de alimentos, toda vez que, a dicho fin, el magistrado evaluó la situación que se le expuso y dictó las medidas cautelares que consideró procedentes, sin que pueda entenderse como un adelanto de opinión alguna, por cuanto aquella que es vertida en la debida oportunidad procesal sobre los puntos sometidos a decisión, no importa otra cosa que el cumplimiento de un deber impuesto por la ley" (Cám. Nac. Civ., Sala I, 22/12/1998, "P., P. c/ G., W.W. s/ recusación con causa" AP online).

Consecuentemente, los elementos que caracterizan al prejuizgamiento para que tengan aptitud para apartar al juez, son: a) la opinión del magistrado debe versar sobre hechos concretos que deben ser materia de decisión suya; b) la opinión debe ser exteriorizada en forma expresa y no conjetural; c) debe ser intempestiva (antes de la emisión de la sentencia); d) debe ser innecesaria para decidir alguna cuestión previa o incidental; e) la opinión debe haber recaído sobre la cuestión de fondo a decidir en el litigio; y f) debe permitir deducir al litigante la dirección lógica que tendría el resultado final del juicio. Todos estos requisitos deben concurrir, lo cual no ocurre en el caso bajo análisis.

Así, en el caso observamos que la recusación se articula en un contexto en donde la magistrada con el fin de efectivizar una medida de evaluación tendiente a lograr la revinculación paterno filial –cuestión que se encuentra firme-, envía las actuaciones al gabinete interdisciplinario para que se realice una evaluación, con una modalidad de entrevistas individuales previas a las entrevistas vinculares, a partir de las cuales las profesionales pueden elaborar la estrategia más conveniente, en caso de ser posible (el remarcado es propio).

La jueza de grado, en su informe del art. 26 del Código Procesal, menciona que en forma paralela se confirió vista a la Sra. Defensora del Niño, quien emitió dictámenes a fs. 347, 232 y reitera el dictamen emitido ante esta Cámara de Apelaciones; y que con relación a la imposibilidad de tomar conocimiento de las transcripciones de la cámara gessell por parte de dicha Defensoría, destaca que es de su conocimiento que la defensora no solo ha presenciado la cámara gessell, sino que estuvo presente en las audiencias orales del proceso penal.

Por lo hasta aquí expuesto corresponde el rechazo de la recusación por prejuizgamiento al interpretar que no hubo un adelantamiento de opinión sobre lo que se va a resolver en el fondo del pleito, debiendo continuar entendiendo en esta causa principal la Dra. María Gabriela Ávila, titular del Juzgado de Familia N° 2.

A la presentación de fs. 30 y vta.: estese a lo resuelto en la presente.

Por ello esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Rechazar la recusación con causa formulada por la demandada, debiendo en consecuencia, continuar entendiendo en el proceso principal la Dra. Ávila, titular del Juzgado de Familia N° 2.
- 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](#)

"GOENAGA MARIA FERNANDA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 389937/2009) – Interlocutoria: 35/16 – Fecha: 08/03/2016

DERECHO PROCESAL: Modos anormales de terminación del proceso.

CADUCIDAD DE INSTANCIA. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. DISIDENCIA.

1.- [...] desestimar el instituto de la caducidad en los beneficios de litigar sin gastos importa admitir la existencia de un proceso al cual no se le aplican las normas procesales que rigen la materia en cuestión. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

2.- [...] si bien es cierto que el beneficio puede deducirse nuevamente debe tenerse en cuenta que sus efectos se producen a partir de la etapa procesal en que se encuentra el trámite principal y ello constituye un argumento suficiente que justifica la denuncia formulada por la contraria de haberse operado el plazo de caducidad ya que de no accederse al mismo, en el supuesto de haber transcurrido el plazo legal, le irrogaría un perjuicio tanto a la parte como a su letrado en cuanto a que los efectos de la sentencia solamente alcanzan a los gastos producidos a partir de su promoción y no a los anteriores. Por lo expuesto, entiendo que debe admitirse el planteo de caducidad. (Del voto del Dr. GHISINI, en mayoría).

3.- Que he sostenido reiteradamente la improcedencia de que el trámite del beneficio de litigar sin gastos sean alcanzados por el instituto de la caducidad de la instancia, atento el objeto que tiene el trámite, su provisoriedad, el avance en la producción de la prueba, todo ello conforme a que lo resuelto, sea en sentido favorable o por su rechazo, puede ser objeto de revisión y no causa estado (art. 82, últ. Párrafo CPCyC) (conf. "ALE ROMULO RODOLFO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" (EXP N° 329645/5 del 24.06.2008, entre muchos otros), aun cuando pueda distinguirse que en el presente caso ya existe sentencia firme en el trámite principal. (Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

4.- [...] dado el avance del proceso que evidencia la prueba colectada, cabe dar preponderancia a principios como los de economía, probidad y buena fe procesal, que confluyen en evitar dispendio jurisdiccional (arts. 34, inc 5-d, y e, CPCyC), máxime comprobado el interés de la parte con la producción de los informes, aún con posterioridad al planteo de caducidad, que habilita a concluir la vigencia del trámite.



(Del voto del Dr. MEDORI, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 08 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "GOENAGA MARIA FERNANDA S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" (Expte. N° 389937/2009) 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, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Viene la causa a estudio en virtud del recurso de apelación articulado por la actora a fs. 284, contra la resolución de fs. 278 vta./279, que declara la caducidad de la instancia.

Sustanciados los agravios formulados por la apelante a fs. 284/295, la contraria no los contesta.

II.- Analizada la cuestión, debo decir liminarmente sobre la procedencia de la perención en este tipo de proceso que, desestimar el instituto de la caducidad en los beneficios de litigar sin gastos importa admitir la existencia de un proceso al cual no se le aplican las normas procesales que rigen la materia en cuestión.

A ello se agrega que si bien es cierto que el beneficio puede deducirse nuevamente debe tenerse en cuenta que sus efectos se producen a partir de la etapa procesal en que se encuentra el trámite principal y ello constituye, a mi entender, un argumento suficiente que justifica la denuncia formulada por la contraria de haberse operado el plazo de caducidad ya que de no accederse al mismo, en el supuesto de haber transcurrido el plazo legal, le irrogaría un perjuicio tanto a la parte como a su letrado en cuanto a que los efectos de la sentencia solamente alcanzan a los gastos producidos a partir de su promoción y no a los anteriores.

Por lo expuesto, entiendo que debe admitirse el planteo de caducidad.

Ahora bien, del análisis y constancias de autos, surge que la última actuación útil luce agregada a fs. 249 (13/05/2015) y que posteriormente, en fecha 21/09/2015 la accionada acusa la caducidad. Corrido traslado a la actora el 25/09/15, es notificada el 28/09/2015 y, al momento de su responde, acompaña actuaciones o diligencias que datan del 28 de septiembre al 6 de octubre de 2015.

A mi criterio, resultan inoperantes para impedir la declaración de la perención.

Ante situación similar la Sala I –actual composición- ha dicho que: "Para interrumpir los plazos de caducidad es preciso efectuar actos que, cumplidos por las partes, el órgano judicial o sus auxiliares, sean particularmente aptos para hacer avanzar el proceso de una a otra de las etapas que lo integran. Si bien en ocasiones esa calidad interruptiva la poseen actos realizados fuera del marco del expediente, es preciso que estén unidos a él y que las gestiones estén avaladas por una acreditación suficiente que permita pasar por alto la absoluta inactividad en la que incurrió la accionante desde el último acto hábil para activar el procedimiento..." (EXP N° 441087/2011).

Así, evidenciándose que en el presente la parte actora no realizó ningún un acto interruptivo idóneo con posterioridad al 13 de mayo de 2015, y hasta antes del acuse efectuado por la contraria en fecha 21/09/2015, toda vez que se encuentra cumplido el transcurso del plazo dispuesto en el art. 310, inc. 2º, del Rito propongo se confirme la resolución apelada, con costas de Alzada a cargo de la actora (arts. 68 y 69 del CPCyC).

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

I.- Que respetuosamente, habré de disentir con el voto que antecede, y a propiciar que, haciendo lugar a la apelación, se revoque la resolución de grado que decretó la caducidad de la instancia, debiéndose continuar el trámite conforme su estado, e imponerse las costas en el orden causado, atendiendo a la naturaleza del planteo y la conducta de las partes (art. 68 2do. Párrafo y 69 del CPCyC).

II.- Anticipar que llega a estudio el recurso interpuesto contra la decisión de grado que con fecha 20.10.2015 (fs. 278/279), decretó la caducidad de instancia en el trámite de beneficio de litigar sin gastos promovido por la actora, con la particularidad que aquel se dicta luego de que el pedido inicialmente fue rechazado, y el trámite fue instado en



los términos del art. 82 del CPCyC, que habilita su revisión.

Por ello vale recordar que la caducidad de instancia es un modo anormal de terminación de un proceso, por contraposición a los que culminan con el dictado de la sentencia o resolución de mérito que sería el modo ordinario, y que para arribar a las mismas, son útiles los actos emanados de las dos partes.

Así es como, la intervención de la parte pretensora ha merecido un especial tratamiento por parte del ordenamiento procesal puesto que, verificada su inactividad durante determinado tiempo fijado por ley, podrá la contraparte solicitar la extinción de la causa.

La caducidad de la instancia es un instituto que se dirige a sancionar la falta de diligencia de las partes en el avance de las causas, para evitar su prolongación innecesaria.

Sin embargo, aun aceptando la carga de aquel que puso en movimiento el aparato jurisdiccional, de ello no cabe inferir que sea la "propietaria" exclusiva de la instancia. Pues, más allá del impulso de oficio o a pedido de parte, una vez trabada la litis la parte requerida participa de un interés equivalente, aunque en sentido opuesto, obtener una sentencia absolutoria o declaración negativa de certeza.

Como se anticipara, el instituto analizado encuentra justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios; aun así, y por el contrario, no puede constituirse en un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o para prolongar las situaciones de conflicto, sin perder de vista la lealtad en el debate y la buena fe procesal.

Que son presupuestos para la declaración de la caducidad de la instancia: 1º La existencia de una instancia abierta, que se inicia -cuando es principal- con la demanda jurisdiccional y concluye con la resolución o sentencia que pone fin al pleito. 2º La inactividad procesal. 3º El transcurso del plazo legal, que han sido regulados en el art. 310 del código del rito vigente.

III.- Que he sostenido reiteradamente la improcedencia de que el trámite del beneficio de litigar sin gastos sean alcanzados por el instituto de la caducidad de la instancia, atento el objeto que tiene el trámite, su provisoriedad, el avance en la producción de la prueba, todo ello conforme a que lo resuelto, sea en sentido favorable o por su rechazo, puede ser objeto de revisión y no causa estado (art. 82, últ. Párrafo CPCyC) (conf. "ALE ROMULO RODOLFO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" (EXP N° 329645/5 del 24.06.2008, entre muchos otros), aun cuando pueda distinguirse que en el presente caso ya existe sentencia firme en el trámite principal.

En tal sentido, he atendido al criterio restrictivo imperante en la materia, y en punto a ello, mientras la requirente ha exhibido interés en proseguir el trámite, la contraparte no ha evidenciado ni invocado en qué medida la vigencia de la instancia puede afectar sus derechos, no comprobándose que se haya presentado antes a formular postulado alguno acerca del nuevo planteo; luego, respecto al interés público de que las causas no permanezcan indefinidas, lo cierto es que implicaría un desgaste jurisdiccional inútil extinguir el presente desde que la parte se encuentra habilitada a introducir inmediatamente un nuevo pedido de exención.

IV.- Que, como anticipara, en las presentes confluyen una serie de particularidades que corresponden sean merituadas, y consisten en que:

-Por Sentencia definitiva de fecha 15.03.2012 dictada en el expediente principal "GOENAGA MARIA FERNANDA C/ MABELLINI, PEDRO Y OTROS S/ D Y P RESP. CONTRACTUAL PARTICULARES" (EXTE. 389.936/2009), la demanda de la actora fue rechazada con costas.

-Por sentencia de Cámara se confirmó la de la instancia de grado el 22.11.2012, admitiendo la actora su firmeza (fs. 293).

-Por resolución de fecha 16.12.2013 (fs. 164/165) la juez de grado rechazó el beneficio del litigar sin gastos con fundamento en que la actora detentaba una situación patrimonial que le permitía afrontar la totalidad de los gastos que demanda el juicio principal.

-Por resolución de fecha 15.05.2014 (fs. 194) de los presentes, esta Alzada declaró mal concedida la apelación, atento la irrecurribilidad del pronunciamiento, conforme el 2do. y último párrafo del art. 82 del CPCyC.

-Por presentación del 22.05.2014 (fs. 202 y 203) la actora denuncia el cambio de circunstancias que fundaron la



desestimación del planteo, propone nueva prueba y pide se conceda la dispensa, previa notificación a la contraparte.

-Por auto del 02.06.2014 (fs. 208) se ordenó la producción de la nueva prueba y la notificación electrónica a la contraria en los autos principales a fin de que ejerciera la facultad que le otorga el art. 80 del CPCyC.

-La actora admite la existencia de la causa iniciada el 27.03.2012: "RODRIGUEZ, MARTIN JORGE C/ GOENAGA MARIA FERANDA S/ INCIDENTE DE EMBARGO PREVENTIVO E/A 389936/09 (INC. 42467/12) y la caratulada "LORENZINI ELIDA NOEMI C/ GOENAGA MARIA FERNADA S/ EJECUCION DE HONORARIOS (INC. 42563/12), promovida el 08.02.2013, que se vincula con los principales.

También se ha comprobado en la causa que antes del despacho en que se da traslado del planteo de caducidad (25.09.15 - fs. 251) la pretensora había producido la prueba de informes a los organismos tributarios provincial y municipal (fs. 220-249, 209/210- 246), bancos (28 y 233), y Juzgado Nacional (fs. 235/243), y aún con posterioridad, la adjunción de los correspondientes a los registros del automotor y propiedad inmueble (fs. 252/266 y 267/268).

V.- Resulta entonces de los antecedentes citados que la juez de grado ha extendido la aplicación del instituto de la perención de la instancia a la reapertura para ofrecer prueba en el beneficio de litigar sin gastos, luego haberse rechazado el pedido de exención.

Que esto último es lo que habilita el art. 82 del CPCyC cuando estipula:

"La resolución que denegare o acordare el beneficio no causará estado. Si fuere denegatoria, el interesado podrá ofrecer otras pruebas y solicitar una nueva resolución. La que lo concediere, podrá ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrare que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio"

Que el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en la causa "GOMEZ SAAVEDRA, GUILLERMO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" (Expte. n° 1372/4 RESOLUCION INTERLOCUTORIA N° 5.503, del 10.10.2006), cuando abordó la discrepancia existente en la doctrina nacional respecto al alcance que cabe darle a la citada norma, concretamente, si la nueva prueba a ofrecerse debe versar sobre "hechos sobrevinientes" o sobre los mismos hechos ya alegados, dejó sentado que:

"La resolución que concede o deniega el beneficio de litigar sin gastos no causa estado. Por ello el código procesal vigente autoriza la revisión tanto de la denegatoria como de su concesión (confr. art. 82 CPCC, aplicable por reenvío del art. 78 de la ley 1305).

"En efecto, la redacción, si bien confusa, permitiría distinguir dos situaciones: 1.- Rechazado el beneficio, el accionante queda habilitado para ofrecer otras pruebas a fin de su revisión; 2.- Acogido el beneficio, el interesado debe ofrecer prueba que acredite que la situación patrimonial del solicitante mejoró. Nótese que en el primer caso, el legislador no exige que las "otras pruebas" deban versar sobre "nuevos hechos". Pero sí lo consigna expresamente cuando se trata de revertir la concesión de la franquicia. En otras palabras, no correspondería exigir mayores requisitos que aquellos considerados por el legislador en la normativa.

"En este orden, se podría decir que el objeto de la actividad probatoria desarrollada en el beneficio de litigar sin gastos, consiste en armar elementos que permitan al juzgador formar convicción acerca de la imposibilidad del peticionante de obtener recursos para afrontar las costas del proceso principal. Y de ello se seguiría, que es necesario que el requirente demuestre concretamente la carencia de recursos y la imposibilidad de obtener los necesarios para afrontar los costos de litigar.

"Toda la prueba que pueda ser aportada para acreditar y aún reforzar esa argumentación deberá tener acogida en el trámite, a fin de posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa.

"En efecto, aún de adoptarse la posición más favorable al solicitante del beneficio, la posibilidad de ofrecer nuevas pruebas, se encuentra condicionada a que el beneficio haya sido rechazado por insuficiencia probatoria; por ello se habilita a que se arrimen otras pruebas que permitan formar acabadamente la convicción judicial.

Lo fundamental para los presentes, es que establece los alcances o efectos que tendrá un futuro pronunciamiento derivado de la revisión que se intente luego del rechazo del inicial pedido:

"La facultad de ofrecer nuevas pruebas para lograr la concesión de un beneficio anteriormente denegado, no implica



la eximición del pago de los gastos devengados con anterioridad".

"El beneficio provisional concedido por el artículo 83 se agota con el dictado de una "resolución" que decida sobre la franquicia. Así lo refiere el artículo 83 del CPCC: "Estos (impuestos y sellado de actuación) serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación.

"No obsta a ello el carácter "no definitivo" que tiene la denegación o concesión del beneficio, desde que tal principio debe conjugarse con el de preclusión procesal.

"El devenir del trámite implica que para avanzar a una etapa posterior es menester concluir la antecedente. La aplicación del citado principio es clara en el caso que nos ocupa: para poder ofrecer "otras pruebas" (art. 82 CPCC) es necesaria la existencia de una previa resolución denegatoria.

"Y, denegada que sea la franquicia –aún cuando ella pueda ser posteriormente otorgada en una nueva resolución– cesa el beneficio provisional por lo acaecido. Luego, deben satisfacerse los gastos devengados hasta ese momento".

VI.- Que en orden los antecedentes fácticos y jurídicos colectados, anticipo que no encuentro razones para apartarme en este caso del criterio sostenido respecto a la posibilidad de que el beneficio de litigar sin gastos pueda caducar, considerando que toda decisión en la materia no causa estado, y particularmente cuando se trata de un supuesto regulado sobre el que el Máximo Tribunal Provincial ha sentado su interpretación, cual es que la parte goza de la franquicia en forma provisional hasta que es reconocido o rechazado el pedido, y en el último supuesto, irremediamente aquella cae y se deben satisfacer los gastos devengados hasta ese momento.

Luego, instado el planteo de ofrecimiento de otras pruebas, el pronunciamiento que se dicte alcanzará a los gastos y costas que se generen hacia el futuro.

Por ello, para el caso, se ha evidenciado que el devengamiento de todos los gastos a cargo de la actora son anteriores al nuevo ofrecimiento de prueba, cuyo despacho no fue controvertido y se encuentra firme; mientras que el incidentista de fs. 350, no ha enunciado en qué medida los efectos del nuevo pronunciamiento que aquí se dicte puede tener un alcance distinto al que en el futuro vaya a resultar del promovido en forma separada.

Como anticipara, y dado el avance del proceso que evidencia la prueba colectada, cabe dar preponderancia a principios como los de economía, probidad y buena fe procesal, que confluyen en evitar dispendio jurisdiccional (arts. 34, inc 5-d, y e, CPCyC), máxime comprobado el interés de la parte con la producción de los informes, aún con posterioridad al planteo de caducidad, que habilita a concluir la vigencia del trámite.

VII.- Por lo expuesto, propiciaré al Acuerdo que, haciendo lugar a la apelación, se revoque la resolución de grado que decretó la caducidad de la instancia, debiéndose continuar el trámite conforme su estado, e imponerse las costas en el orden causado, atendiendo a la naturaleza del planteo y la conducta de las partes (art. 68 2do. Párrafo y 69 del CPCyC).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la Dra. Patricia CLERICI, quien manifiesta:

Adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini, y agrego que si bien las actuaciones realizadas fuera del expediente son idóneas para interrumpir el plazo de caducidad de la instancia, en tanto guarden relación con el trámite, conforme lo señala la a quo, los oficios de fs. 252/268 fueron presentados ante los organismos requeridos en fecha posterior a la formulación del acuse de caducidad y proveimiento.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 278/279, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes e 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. Patricia Clerici

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA



Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"M. M. C/ M. J. E. S/ INC. DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 21832/2011) – Interlocutoria: 50/16 – Fecha: 17/03/2016

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. AUMENTO.

Cabe propiciar al acuerdo acoger parcialmente el recurso de apelación de la actora, confirmando en su mayor parte el fallo de grado, y condenar al accionado a abonar las diferencias por las nuevas cuotas fijadas, con más sus intereses desde su devengamiento y hasta su efectivo pago, al no haberse acreditado con la documental aportada, que las hijas hayan requerido mayores erogaciones, así como, consentido el procedimiento de variación periódica, estimando ajustado aplicar las pautas utilizadas por el organismo del Estado especializado y las que recurre para evaluar y fijar la corrección periódica del mayor costo de las necesidades de un trabajador y su familia. En orden a ello, el cálculo de la cuota a partir del mes de junio de 2011 debió ascender a \$3.950, luego, desde julio de 2012, a \$4.582, y desde febrero de 2013 hasta el mes de junio de 2013, a \$4.902,00.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de Marzo del año 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "M. M. C/ M. J. E. S/ INC. DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA " (Expte. ICF N° 21832/2011) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Medori, dijo:

I.- A fs. 406/418 obra el memorial de la actora fundando el recurso de apelación concedido a fs. 403; pide se revoque parcialmente la sentencia en relación al convenio homologatorio, el monto de la cuota alimentaria, su vigencia, porcentaje, y la condena en costas.

En primer lugar cuestiona que se le haya otorgado virtualidad hasta el mes de julio de 2013, con el carácter de cosa juzgada firme y consentida, al acuerdo presentado, cuando sólo resulta válido como indicio más; invoca que desconocía los reales ingresos del alimentante, que no fue notificada de la resolución que lo homologó, y que es ínfima la cuota allí fijada en relación a los ingresos mensuales de aquel (7%).

En segundo lugar, resalta la contradicción incurrida, que por un lado reconoce los mayores ingresos del padre para determinar el incremento de la cuota, y por el otro, que tales parámetros recién se hayan modificado al momento de finalizado el acuerdo suscripto –en julio de 2013- cuando desde antes denunció que los alimentos no son acordes –en abril de 2011-; peticona que se establezca el pago retroactivo desde la interposición o notificación de la acción.

Crítica por escueto el valor fijo establecido, considerando que su petición fue del 40%, que se haya establecido una



suma fija y no un porcentaje, y que la calculada, equivalente al 20% haya sido en relación a los ingresos del año 2011, existiendo indicios de los que percibe en la actualidad, considerando el incremento generalizado de salarios y precios. Finalmente, cuestiona la imposición en costas, no obstante que en el fallo se establece el incremento de la cuota, y el demandado no sólo revistió la calidad de vencido, sino que contestó demanda y ofreció prueba, desvirtuándose con ello la finalidad de la obligación.

Sustanciado el recurso, la parte demandada lo contesta a fs. 421/423 solicitando su rechazo con costas.

II.- Que la sentencia de grado hace lugar parcialmente a la demanda por aumento de cuota alimentaria desde el mes de julio de 2013, estableciendo una fija de \$7.600 a depositar directamente del 1 al 10 en la cuenta de estos autos a favor de las hijas de la actora, con imposición de las costas en un 70% a cargo de esta última y el 30% al accionado.

Sostiene como fundamentos que el cuestionamiento de las condiciones o vicios de la voluntad que pudieron existir en la etapa de confección y suscripción del acuerdo, un año después de la homologación judicial, no puede ser objeto de tratamiento en el trámite abreviado incidental de aumento de cuota, al no plantearse problemas de interpretación o falta de cuestiones específicas, sino sobre aspectos de las condiciones fácticas tenidas en cuenta en aquella oportunidad cuando se debió obrar con cuidado y previsión; y que lo contrario implicaría alzarse contra los propios actos anteriores jurídicamente relevantes.

Aborda a continuación el planto de aumento de cuota alimentaria introducida, merita la prueba aportada, el acuerdo suscripto que preveía una actualización anual, el primero de los parámetros, relacionado con los ingresos de la actividad del demandado –productor de seguros–, sus declaraciones de ganancias de los años 2009, 2010 y 2011, y el segundo, respecto a las necesidades de las menores, su calidad de adolescentes, concluyendo en que se han incrementado los costos mensuales para atenderlas (vestuario, educación, salud, actividades extraescolares,) y que la cuota debe contemplarlo, siguiendo la línea sentada por las partes y por el devenir normal de la vida.

En punto a ello, atendiendo al costo de vida actual, lo que suele establecerse en casos similares y la capacidad económica presunta del incidentado y necesidades presumidas considera justo y equitativo el aumento de la cuota alimentaria en la suma de \$7.600 equivalente al 20% de los ingresos mensuales de aquel, no habiéndose acreditado en la causa elementos que permitan afirmar que las niñas tengan gastos equivalentes al 40% solicitado.

Considera más beneficioso, prudente, ágil y seguro establecer que la cuota alimentaria sea fija, y que resultaría inconveniente un porcentaje de los ingresos del alimentante, dada su actividad laboral, que requeriría determinar mes a mes del ingreso real y actual, de tal forma de poder calcular y/o controlar el monto, su exactitud.

En lo que respecta a las costas, las distribuye en el 70% a cargo de la incidentista y el 30% restante por la contraparte, atendiendo a la forma en como resuelve.

III.- Abordando en primer término el cuestionamiento introducido respecto a los efectos del convenio de alimentos, resulta en la causa "M. M. Y OTRO S/ DIVORCIO VINCULAR POR MUTUO ACUERDO (Exte. 340097/2007 -agregado por cuerda), promovida el 14.12.2007, con patrocinio conjunto de las partes, obra el acuerdo sobre TENENCIA DE LOS HIJOS y CUOTA ALIMENTARIA por la suma de \$2.250,00 mensuales, y la adjudicación de dos inmuebles, uno a cada uno de los cónyuges (fs. 2 vta. y 3), con homologación de los dos primeros por sentencia que decreta el divorcio vincular el 14.04.2008 (fs. 9); a continuación con semejante y común asistencia letrada, el 01.07.2010 presentan nuevo acuerdo por cuota alimentaria para D. J. y O. C., fijando \$3000 hasta junio de 2011, \$3.500 hasta Junio de 2012 y \$3.800 por los siguientes doce meses (fs. 73), el que resulta homologado por auto del 05.07.2010 (fs. 74), sin que merezca observaciones por parte de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente (fs. 74 vta).

El 29.03.2011 la actora promueve el presente revocando su voluntad, invoca no estar firme ni consentido el pronunciamiento judicial de homologación, denunciando mal asesoramiento letrado y desconocimiento de los reales ingresos del alimentante, agregando a tal fin una liquidación de comisiones de este último correspondientes al mes de octubre de 2008 (fs.70).

El Código Civil en su redacción anterior preveía que en aquellos supuestos de divorcio vincular, incumbe siempre a ambos progenitores el deber de dar alimentos y educar a los hijos, aún cuando la tenencia sea ejercida por uno de ellos (art. 271), habilitando la celebración de acuerdos sobre "Régimen de alimentos" para hijos menores que incluyan



los modos de actualización" (ant. Art. 236), mientras el actual Civil y Comercial de la Nación estipula el contenido de la obligación con carácter amplio, de acuerdo a la condición y fortuna de los padres (arts. 265, 267, 271 y conc.) e impone que toda petición de divorcio "debe ser acompañada de una propuesta que regule los efectos derivados de éste", formulando las partes propuestas que serán evaluadas por el juez, y que en caso de desacuerdo o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local" (art. 438), para agregar luego que el "convenio regulador homologado o la decisión judicial pueden ser revisados si la situación se ha modificado sustancialmente" (art. 440), estableciendo como regla general en relación a los deberes y derechos de los progenitores que ambos "tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos" (art. 658), y que "la obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidad de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado" (art. 659).

Que con el responde de la acción, el demandado acompaña CONVENIO DE DIVISION Y ADJUDICACION DE BIENES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL con firmas certificadas el 13 de diciembre de 2007 comprobándose un patrimonio total de dos (2) automóviles y seis (6) inmuebles, cuatro de ellos edificados, de los que, dos de estos últimos se adjudican a la actora y sobre otros dos se comprometen a inscribir a nombre de cada una de las hijas, previa constitución de usufructo en beneficio propio (fs. 92/93).

Del testimonio del Dr. A., letrado que asistió a la actora, resulta que fue ésta la que instó la promoción del divorcio vincular de común acuerdo luego de analizar diferentes variables, evitar situaciones y complicaciones, para luego convocar al esposo y firmar la presentación; el profesional la reconoce como una persona culta, que miraba diferentes alternativas y las estudiaba, que derivó en la modalidad por la que luego de elaborar la propuesta se la transmitía a la otra parte quien generalmente las aceptaba y agregaba alguna y otra condición para firmarla. Concretamente: "Las veces que hubo aumento de cuota siempre la planteaba la Sra. M. y la última vez tratamos de hacerlo más extenso actualizándola anualmente o cada diez meses era para evitar el fire y afloje de los aumentos de cuota pero siempre con el fin de mantener el valor real de la cuota alimentaria" (séptima) y que "Los diferentes aumentos se veía que actividades tenían extraescolares, los gastos de la escuela y manteniendo siempre el nivel económico de la pareja mientras estuvieron unidos y también los ingresos de ella que eran de maestra y de alquileres de propiedades que se habían establecido en la división de bienes"(novena), y "que al momento que se divorciaron ambos sabían lo que tenían sabían perfectamente las entradas de dinero de ambos" (decimo tercera - fs. 205/206).

IV.- Cotejando los términos del recurso con el plexo fáctico y jurídico expuesto, resulta la falta de comprobación del error de hecho invocada respecto a la capacidad económica del alimentante para invalidar los efectos del convenio celebrado y homologado, particularmente luego de haber recibido asistencia letrada, y máxime, cuando en tal contexto y contemporáneamente, también alcanzó otro acuerdo de mayor relevancia económica, como fue la adjudicación de bienes, y que permite presumir el nivel de recursos que disponía la sociedad conyugal para adquirirlos en los 16 años que estuvo vigente, llegando incluso a comprometerse por liberalidades hacia las hija, tanto como las rentas derivadas de su administración; en definitiva, la actora no acreditó que pudo haber desconocido los recursos de su ex -cónyuge.

También, conforme la autonomía de la voluntad que impera en la materia, las partes se encontraban habilitadas para convenir y obligarse de manera vinculante respecto a las necesidades alimentarias, sin exigencia de formalidad alguna, conforme los anteriores arts. 1197 y 974 del C.Civil, recordando lo que expresó en su oportunidad el codificador en la nota al art. 943 -cuando descalifica la lesión enorme o enormísima- explicando: "Dejaríamos de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permite enmendar nuestros errores, o todas nuestras imprudencias".

En segundo lugar, no cabe interpretar, como pretende la recurrente, que el nacimiento de la obligación dependía de la homologación judicial, atento a que esto último se emparenta con la ejecutoriedad.



Que, por último, el control de legalidad y mérito del convenio en tanto se refiera a prestaciones alimentarias para hijos menores ciertamente está reservada a los jueces, consistiendo dicha actividad en una evaluación acerca de si las acordadas dejan a salvo el interés de aquéllos, todo conforme antecedentes colectados sobre el nivel socioeconómico que detentaba la familia, las posibilidades de los padres y las necesidades a satisfacer, el que requiere también, bajo pena de nulidad, la intervención del representante del Ministerio Público (Conf. arts. 59 y 494, del anterior Cód. Civil), mientras que el actual art. 438 del C.Civil y Comercial estipula en su último párrafo que "Si existe desacuerdo sobre los efectos del divorcio, o si el convenio regulador perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar, las cuestiones pendientes deben ser resueltas por el juez de conformidad con el procedimiento previsto en la ley local".

Que en el caso, no mereció objeción de la actora ni el análisis realizado por la juez de grado que derivó en la homologación del convenio el día 05.07.2010 (fs. 74), al que además recibió la conformidad de la Defensora de los Derechos del Niño (fs. 74 vta).

En el mismo sentido, tal como fuera habilitado por esta Alzada mediante resolución del 02.03.12 (fs. 121/123), cabe destacar que frente al carácter vinculante –es decir, obligatorio– que tienen los convenios sobre alimentos, resulta improcedente que una de las partes pretendiese introducir en el trámite de homologación cuestiones relativas a lo sustancial que ha sido materia del acuerdo. Así, por ejemplo, resulta improcedente que se deduzca oposición a la homologación en razón de ser insuficiente la cuota convenida, o por otras causas que no fueren relativas al control de legalidad ínsito en la homologación. Queda al impugnante, en ese caso, la vía incidental prevista por el artículo 650 del CPCC para obtener la modificación –aumento, disminución o, en su caso, cese– de la cuota acordada. (conf. Eduardo A. Zannoni-Forma y prueba de los convenios de alimentos.. Exclusivo Rubinzal - Culzoni. Alimentos REVISTA 2001-I (2001, pag. 618).

V.- Concluyendo en la vigencia de los efectos del acuerdo homologado de fs. 74, procede el análisis si los valores allí estipulados eran suficientes para satisfacer la asistencia de las dos hijas que vivían con la progenitora a partir de la interposición de esta acción, el 29 de marzo de 2011 y por la que se cuestiona tal aptitud, tales los términos en los que la juez de grado y esta Alzada habilitó la litis mediante resolución de fecha 08.03.2012 (fs. 121/123).

De lo desarrollado hasta aquí, resulta entonces el consentimiento a una suma inicial que fue tenida por suficiente para atender las necesidades de las hijas y que la misma debía ser ajustada en forma anual, de tal forma que lo pendiente de dilucidación es si dicha variación resultaba suficiente para cubrir los mismos rubros en el transcurso de los tres años que pretendió hacer perdurar el convenio.

Concretamente, se estipuló un ajuste del valor inicial de \$3000 al mes de julio de 2010 que evolucionara a \$3.500,00 desde junio de 2011, aumento que representa una variación en mas de aproximadamente 17%; luego, a partir del julio de 2012 y hasta su cese en el mismo mes del año 2013, a \$3.8000,00, lo que implica un aumento del 8,5%, llegando a un total acumulado del 26% en relación al inicial, esto es, transcurridos tres años.

A los fines del análisis de la cuestión traída a entendimiento vale traer como parámetro lo que conceptualiza el Salario Mínimo Vital y Móvil y su determinación por el Estado cuando fijado en \$1.740,00 al 01.08.2010 (Res. N° 2/09 del CNEPYSMVYM. B.O. 04/08/09), pasó a \$2.300 desde el 01.08.2011 (Res. N° 02/11 y 03/11 del CNEPYSMVYM. B.O. 30/08/11 y B.O. 19/09/11), luego a \$2.670 el 01.09.2012 (Res. N° 02/12 del CNEPYSMVYM. (B.O. 30/09/12), a \$2.875,00 el 01.02.2013 (Res. N° 02/12 del CNEPYSMVYM. -B.O. 30/09/12), constatándose un aumento entre dichos períodos de aproximadamente 32%, 16% y 7%.

Estimo válido considerar la evolución de este valor porque es calculado periódicamente por un órgano de representación tripartita (trabajadores-empleadores-Estado) reunidos en el Consejo del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil, conforme Ley 24013, siguiendo lo prescripto por la Ley de Contrato de Trabajo, el Salario Mínimo Vital y Móvil que en su art. 125 lo define como "la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador sin cargas de familia, en su jornada legal de trabajo, de modo que le asegure alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestuario, asistencia sanitaria, transporte y esparcimiento, vacaciones y previsión", comprobándose que allí se reconocen a la mayor parte de los rubros asistenciales que la actora ha demandado sean



cubiertos a las hijas.

Por ello, al no haberse acreditado con la documental aportada a fs. 02/69, que las hijas hayan requerido mayores erogaciones, así como, consentido el procedimiento de variación periódica, estimo ajustado aplicar las pautas utilizadas por el organismo del Estado especializado y las que recurre para evaluar y fijar la corrección periódica del mayor costo de las necesidades de un trabajador y su familia.

En orden a ello, el cálculo de la cuota a partir del mes de junio de 2011 debió ascender a \$3.950, luego, desde julio de 2012, a \$4.582, y desde febrero de 2013 hasta el mes de junio de 2013, a \$4.902,00.

Conforme a lo expuesto, y para confirmar la fijada a partir del mes de julio de 2013 por \$7.600,00 -que también viene cuestionada- procede ajustarse al mismo análisis, comprobándose que dicha suma representa un aumento de aproximadamente un 70% de la última cuota calculada según el citado parámetro legal (de \$4.902 se pasa a \$7.600,00), compatible con porcentajes que representan entre el 25% y 30% de los ingresos por ganancias menos retenciones informadas a fs. 353/356, y a los montos resultantes de su mensualización.

Todo ello también consistente con lo evidenciado sobre el desenvolvimiento de las obligaciones parentales del alimentante, que se pueden ejemplificar con el compromiso de asistencia del 100% de los requerimientos de una de las hijas que se radicó por razones de estudio fuera de la ciudad de Neuquén desde el inicio del ciclo lectivo de 2015, comprensivo de alquiler, expensas, consumos de habitación, educativos y alimentación, conforme acuerdo de fs. 632.

Finalmente, en punto al rechazo de la pretensión para que se fije la cuota en un porcentaje de los ingresos, resultan precisos y claros los inconvenientes que generaría el procedimiento de su determinación, tal el fundamento de la sentenciante de grado, mientras la crítica introducida trasluce una mera inconformidad o disparidad de criterio que no satisface los recaudos exigidos por el art. 265 del CPCyC para ser analizada.

VI.- Respecto de la imposición en costas, resulta operativo al caso el presupuesto del art. 68 2da parte del CPCyC, motivando como razonable que las de ambas instancias se impongan en el 50% a cada parte, considerando el rubro que ha prosperado y que la actora nunca intimó extrajudicialmente su satisfacción, debiéndose dejar sin efecto la regulación arancelaria, para que oportunamente se la haga comprensiva del rubro admitido en la presente, aplicándose el máximo de la escala del art. 7 para los profesionales intervinientes.

VII.- Atento las consideraciones hasta aquí expuestas, propiciaré al acuerdo acoger parcialmente el recurso de apelación de la actora, confirmando en su mayor parte el fallo de grado, y condenar al accionado a abonar las diferencias por las nuevas cuotas fijadas, con más sus intereses desde su devengamiento y hasta su efectivo pago, los que se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, cargando las costas de ambas instancias en un 50% a cada parte.

Dejar sin efecto la regulación de honorarios y diferirla para el momento en que existan pautas, debiéndose considerar a tal fin la planilla de liquidación que se practique, comprensiva de capital e intereses, aplicándose la máxima escala legal (arts. 7 y 20 Ley 1594).

Fijar los honorarios de la Alzada en el 35% de los anteriores (art. 15 LA).

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 su mayor parte la resolución de grado, condenando al accionado a abonar las diferencias por las nuevas cuotas fijadas, con más sus intereses desde su devengamiento y hasta su efectivo pago, los que se calcularán a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, de conformidad a lo explicitado en los Considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en un 50% a cada parte (art. 71 C.P.C.C.).

3.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios y diferirla para el momento en que existan pautas, debiéndose considerar a tal fin la planilla de liquidación que se practique, comprensiva de capital e intereses, aplicándose la máxima escala legal (arts. 7 y 20 Ley 1594).



4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

5.- 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](#)

"MERCADO CRISTIAN IVAN C/ PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 452521/2011) – Sentencia: 91/15 – Fecha: 23/07/2015

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

VALORACION DE LA PRUEBA. RECALIFICACION LABORAL. PUESTO DE TRABAJO. REUBICACION. INDEMNIZACION POR INCAPACIDAD. BASE DE CÁLCULO. INCONSTITUCIONALIDAD. INTERESES. CALCULO.

1.- La relación entre la incapacidad física y su repercusión con la incapacidad laboral, es una cuestión fáctica que debe decidir el magistrado y que no puede delegar en el perito, pues en definitiva, no cabe perder de vista que la pericia médica -aun cuando se tratara de un accidente laboral- es un medio de prueba que de manera alguna vincula al juez, pudiendo éste apartarse en todo o en parte del dictamen, cuando encuentre mérito para ello.

2.- En relación a la "recalificación laboral" resulta acertado lo expuesto por la a-quo, en tanto a que éste rubro se refiere a la posibilidad que el actor pueda o no reubicarse laboralmente en la empresa donde trabajaba con anterioridad al accidente. Por lo tanto, para apreciar su viabilidad se debe necesariamente evaluar la posibilidad de "reubicación", cuestión que no se ha podido determinar en autos, precisamente porque, ante la falta de precisión al respecto, el propio accionante ha manifestado que "no ha retomado la actividad laboral en la empresa"; situación ésta que amerita desechar el rubro en cuestión. Por las razones expuestas, la crítica del recurrente en este aspecto, no contiene fundamentos de peso a los fines de propiciar el elevado porcentaje de incapacidad determinado por el experto. En consecuencia, corresponde desestimar los agravios de la actora sobre este punto, y confirmar el porcentaje de incapacidad (25%) establecido en la sentencia de primera instancia.

3.- Cabe propiciar la declaración de inconstitucionalidad de oficio del artículo 17, inciso 5 de la ley 26.773, por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan



al trabajo subordinado, consagrado por los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, para así admitir la aplicación de las mejoras a las prestaciones dinerarias contempladas en la citada ley, aun cuando los hechos cuya primera manifestación invalidante hayan sido anteriores al 26 de octubre de 2012, debido a que el siniestro no ha sido cancelado a esa fecha, lo cual no implica la retroactividad de la ley (art. 3º Código Civil) ni afecta al derecho de propiedad de las obligadas del sistema.

4.- Esta Sala III ha resuelto la liquidación de las prestaciones en materia de accidentes de trabajo y también de enfermedades profesionales, aplicando en forma inmediata las mejoras contempladas por normativa modificatoria -decretos o leyes-, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad; en relación a la ley 26.773, al decidir la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 a los mismos efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/CONSOLIDAR ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557" (Expte. Nº 413.572/2010; "VALENZUELA HUGO LEANDRO CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 415000/2010); "PINOCHET ROBERTO CONTRA PRODUCTORES FRUTAS ARG. COOP. SEG. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. Nº 357197/2007)), tal el adicional del 20% del art. 3º de la 26773; antecedentes a los que me remito por razones de brevedad y economía procesal. (conforme arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 38 inc. n de la Constitución Provincial; 2 y 3 del Código Civil; 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.).- Consecuentemente, será al monto determinado en la sentencia de primera instancia -\$108.217- al que debe adicionarse el 20% previsto en el art. 3 de la ley 26.773, equivalente a \$21.643.

5.- Corresponde adecuar la tasa de interés, pues el resarcimiento que fue liquidado por la a quo, es según art. 14 ap. 2 inc. a) de la ley 24.557, modificado por el Decreto Nº 1694/09, adoptando dicho importe por ser superior al que resulta de multiplicar el porcentaje de incapacidad (25%) por el piso actualizado por RIPTÉ. De tal forma, corresponde aplicar al monto de condena, desde el evento dañoso hasta el efectivo pago, de conformidad a lo dispuesto por el TSJ in re "Alocilla" y "Mansur", la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de julio de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MERCADO CRISTIAN IVAN CONTRA PREVENCIÓN ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO", (Expte. Nº 452521/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 1 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. Ghisini dijo:

I.- La sentencia de primera instancia hace lugar parcialmente a la demanda que fuera promovida para recurrir el



dictamen de la Comisión Médica N°9, y condena a pagar a Prevención ART S.A. la suma de \$8.876, al tener en cuenta que el actor padece una incapacidad laboral del 25%; liquida el resarcimiento según art. 14 ap. 2 inc. a) de la ley 24.557, modificado por el Decreto N° 1694/09, arriba a la suma de \$108.217, y adopta dicho importe por ser superior al resultante de multiplicar el porcentaje de incapacidad (25%) por el piso actualizado por RIPTE. Fija un interés anual del 12% desde la fecha del accidente (22/11/2010) hasta el 31 de octubre de 2012, y a partir del 1/11/2012 aplica la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén S.A. hasta su efectivo pago, e impone las costas a la demandada en su carácter de vencida.

El monto de condena (\$8.876) resulta de descontarle a la indemnización adeudada al operario (\$108.217), la suma percibida en sede administrativa (\$99.340,98).

II.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra esa sentencia de fs. 123/129 vta.: a) La demandada lo hace a fs. 133 y vta., contra la regulación de los honorarios por incluirse los intereses en la base regulatoria, con fundamento en lo resuelto por nuestro máximo Tribunal en la causa "Segovia c/ Fluidinamica". Y a su vez, apela por altos los regulados a los letrados de la parte actora y al perito médico interviniente en la causa; y b) La parte actora recurre a fs. 136/143, al sostener en primer lugar, que hubo una errónea y arbitraria valoración de la pericia médica obrante a fs. 61/63, pues sostiene que, después que determinó en dicho informe que el trabajador presentaba una minusvalía del 34,50 %, el a-quo se apartó sin fundamentos científicos, técnicos, ni demostrativos valederos, ni lógicos que ameriten su decisión, dado que el magistrado no es médico, por lo que mal puede evaluar qué significa o qué implicancias tiene sobre el estado de salud psicofísico del operario la "inestabilidad de rodilla derecha con atrofia, hidrartrosis y alteraciones de la marcha".

Aduce que, la jueza en su afán de disminuir el grado de incapacidad del accionante ha tergiversado lo dictaminado por el Dr. Rujana, quién ha sido claro respecto de la patología que padece el joven Mercado, habiendo justificado en forma precisa la razón del porcentaje asignado.

Efectúa el cotejo comparativo de la presente causa con los autos: "Mansur Lian A. c/ Consolidar ART S.A. s/ Accidente de Trabajo con ART", de trámite por ante el mismo juzgado, a fin de sostener que la decisión atenta contra las garantías constitucionales y los derechos del trabajador.

Interpreta que, la jueza no ha valorado la pericia médica y demás documental, conforme las reglas de la sana crítica, al surgir de la lectura del pronunciamiento la flagrante violación al principio indubio pro operari (conf. art. 9 LCT), dado que si tuvo dudas acerca del informe pericial debió requerir explicaciones al perito, pero nunca directamente apartarse del mismo, so pretexto de ser excesivo en el grado de incapacidad fijado, sin fundamento científico alguno.

Menciona que, se conculcan garantías de raigambre constitucional, tales como el derecho de propiedad, el principio de igualdad ante la ley (art. 16 C.N.), el de no discriminación y el de tutela judicial efectiva.

Afirma que, conforme jurisprudencia y casos que cita, la sentenciante ha utilizado erróneamente el derecho, al apartarse de lo dictaminado por el Dr. Rujana, disminuyendo el grado de incapacidad y hasta eliminar sin criterio lógico el factor de ponderación.

En segundo lugar, se agravia por considerar que se ha violado el principio "lura novit curia", el derecho de propiedad y de irrenunciabilidad de los derechos del trabajador (art. 12 L.C.T. y 11 LRT). Critica que la juzgadora no sólo realice una interpretación tergiversada de la Ley 26.773, al no declarar la inconstitucionalidad de oficio del inc. 5 art. 17, que fuera solicitada en el alegato, sino que considera aplicable el inc. 6 del art. 17, y en consecuencia no otorga tampoco el incremento del 20% del art. 3 Ley 26.773.

Indica que, en definitiva el cálculo de la indemnización prospera conforme lo establecido en el Decreto 1694/09, ya que de aplicar el Decreto 472/14 reglamentario de la Ley 26773, y al utilizar el índice RIPTE del 2,236 x el piso de \$180.000, la indemnización del actor resulta inferior a la que realmente le corresponde según su remuneración, edad, grado de incapacidad y demás elementos de formula (art. 14 2 LRT), por tanto, es evidente entonces que nunca puede infringir la a quo la doctrina legal sentada por nuestro Máximo Tribunal mediante Acuerdo N° 20/2013, dictado en los autos: "Mansur, Lian A c/ Consolidar ART S.A. s/ Accidente con ART" de trámite por ante el Juzgado Laboral N° 1, en donde se estableció el inicio del cómputo de los intereses en la fecha del acaecimiento del hecho dañoso.-



Destaca que, en la presente causa la indemnización se fundó en la inconstitucionalidad del art. 16 D. 1694/09, al igual que en los autos: "Moya Cristina. F. c/ Prevención ART S.A. s/ Accidente de Trabajo con ART" (Expte. N° 367568/08), motivo por el cual corresponde se ordene aplicar los intereses a tasa activa desde la ocurrencia del hecho (22/11/2010), y hasta su efectivo pago. Cita fallos en apoyo de su postura.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, a fs. 150/152 la demandada contesta, solicitando su rechazo con costas. III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, observo que el dictamen Médico que luce a fs. 9/11, determina que el actor como consecuencia del accidente laboral ocurrido el 22/11/2010, presenta: "Limitación funcional rodilla derecha con inestabilidad anterior" y se le otorga por dicha lesión un porcentaje total de incapacidad laboral, permanente, parcial y definitiva del 22,90%.

Dicho dictamen es cuestionado por el actor, en los términos del escrito de demanda de fs. 16/21, con la pretensión de que dicho porcentaje de incapacidad se incremente en un 18,40% en más, lo cual totaliza un 41,30%.

La pericial médica obrante a fs. 61/63, determina que el Sr. Cristian Iván Mercado, presenta como consecuencia del accidente laboral: "inestabilidad de rodilla derecha con atrofia, hidrartrosis y alteraciones en la marcha", y fija la incapacidad en: 25%; estimando otros factores de ponderación, como ser: tipo de actividad: 5,00%; recalificación laboral: 2,50% y edad: 2,00%, lo que totaliza una incapacidad de: 34,5%.

Dicho dictamen fue impugnado por la demandada a fs. 70/71, quién principalmente cuestionó los factores de ponderación tenidos en cuenta en la pericia a los fines de incrementar el porcentaje del 25% dictaminado, por entender que dado el escaso esfuerzo físico que debe realizar un playero de una estación de servicios, el aumento del porcentual fijado por el perito resulta exagerado.

A su vez, en la sentencia de grado se expresó: "Analizado el dictamen administrativo, informe pericial, impugnaciones formuladas al mismo y respuestas dadas, considero que le asiste razón al impugnante ya que resulta excesivo el "máximo porcentaje" atribuido por el galeno para la secuela detectada, así como también corresponde rever los factores de ponderación en base a los fundamentos que expongo a continuación. Ello es así, pues el galeno rectificó a fs. 75 vta. que la lesión del actor es en el ligamento cruzado anterior, no en el posterior...".

Vale decir entonces, que efectivamente por un error involuntario, al efectuar el primer dictamen, el perito rectificó luego que la lesión del actor es en el ligamento cruzado anterior, y no en el posterior. Esta circunstancia hace caer por tierra los argumentos del apelante, en torno a que la jueza se apartó arbitrariamente de las conclusiones expuestas en la pericia médica de autos, sin fundamento alguno.

Por otra parte, comparto las consideraciones de la jueza de grado en cuanto a que no corresponde la estimación del máximo valor -25%-, en mérito a la "pérdida de la capacidad general de las ganancias", pues efectivamente la pérdida de la chance, no es un rubro contemplado en la Ley 24.557, por lo que no corresponde su inclusión a los fines de incrementar el porcentaje de incapacidad derivada del accionante como consecuencia del accidente laboral sufrido.

Por lo tanto, sostengo que es una facultad del Juez poder apartarse del porcentaje de incapacidad fijado en la pericia médica, cuando en su decisión expone los fundamentos por los cuales estima que la incapacidad derivada del accidente es distinta a la indicada por el galeno.

Cabe hacer notar que no sólo se trata de evaluar la lesión sufrida a consecuencia del accidente desde un plano puramente físico, pues si así fuera el dictamen médico tendría carácter vinculante para el juez, sino que también se debe apreciar la repercusión que ello tiene en el ámbito laboral, a los fines justamente de ponderar la incapacidad laboral del accidentado. Tarea ésta última que, teniendo en cuenta lo dictaminado por el perito, en definitiva debe realizar el Juez, precisamente en función del carácter de no vinculante de los dictámenes periciales.

En efecto: la relación entre la incapacidad física y su repercusión con la incapacidad laboral, es una cuestión fáctica que debe decidir el magistrado y que no puede delegar en el perito, pues en definitiva, no cabe perder de vista que la pericia médica -aun cuando se tratara de un accidente laboral- es un medio de prueba que de manera alguna vincula al juez, pudiendo éste apartarse en todo o en parte del dictamen, cuando encuentre mérito para ello.-

Al respecto, se ha sostenido: "Como es destacado por pacífica doctrina y jurisprudencia, en estos tiempos es



inaceptable sostener que la peritación médica es vinculante para el magistrado, quien se encuentra facultado para apreciar el dictamen pericial con los límites objetivos que le imponen las reglas de la sana crítica y recurriendo a otros métodos de convicción aportados a la causa (Alberto J. Bueres, Responsabilidad Civil de los Médicos, Ed. Hammurabi 1992 t.1 p.49 y sig y sus citas)", (López Miró, Horacio G., ¿Qué hacer ante una pericia médica contraria al estado actual de la ciencia o a las constancias de autos?, DJ 11/10/2006, 444).

En relación con la valoración de la prueba pericial: "Cabe considerar que la pericia médica puede considerarse científicamente fundada si el especialista explicó en forma clara cuáles son las distintas secuelas que dejó el hecho, así como el método utilizado para verificarlas y para graduar la minusvalía que ocasionan, todo lo cual evidencia que su opinión está basada en razones objetivas y científicamente comprobables" (cfr. CNTrab., Sala IV, "Jaime, Amilcar Emanuel c. Cotecsud S.A.S.E. y otros s/ accidente-acción civil", 28/02/2013, AR/JUR/4702/2013).

En relación a la "recalificación laboral", entiendo que resulta acertado lo expuesto por la a-quo, en tanto a que éste rubro se refiere a la posibilidad que el actor pueda o no reubicarse laboralmente en la empresa donde trabajaba con anterioridad al accidente. Por lo tanto, para apreciar su viabilidad se debe necesariamente evaluar la posibilidad de "reubicación", cuestión que no se ha podido determinar en autos, precisamente porque, ante la falta de precisión al respecto, el propio accionante ha manifestado que "no ha retomado la actividad laboral en la empresa"; situación ésta que amerita desechar el rubro en cuestión, tal como se hizo en la instancia anterior.

Por las razones expuestas, la crítica del recurrente en este aspecto, no contiene fundamentos de peso a los fines de propiciar el elevado porcentaje de incapacidad determinado por el experto.

En consecuencia, corresponde desestimar los agravios de la actora sobre este punto, y confirmar el porcentaje de incapacidad (25%) establecido en la sentencia de primera instancia.

En otro orden, advierto que la demanda fue interpuesta el 8 de agosto del 2011 (accidente de trabajo ocurrido el 22/11/2010), transcurrida la etapa probatoria (fs. 110 y vta.), la parte actora recurrente presenta el alegato el 23 de octubre de 2013, y peticiona que se apliquen los arts. 3, 8 y 17 incs. 5 y 6 de la Ley N° 26.773/2012, debiendo a tal fin declarar la inconstitucionalidad del inciso 5 del último artículo mencionado.

Ahora bien, la Ley 26.773 está referida al "Régimen de Ordenamiento de la Reparación de los Daños Derivados de los Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales", y en su artículo 1° menciona los principios fundamentales en la materia: "Las disposiciones sobre reparación de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales constituyen un régimen normativo cuyos objetivos son la cobertura de los daños derivados de los riesgos del trabajo con criterios de suficiencia, accesibilidad y automaticidad de las prestaciones dinerarias y en especie establecidas para resarcir tales contingencias. A los fines de la presente, se entiende por régimen de reparación al conjunto integrado por esta ley, por la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557 y sus modificatorias, por el Decreto 1694/09, sus normas complementarias y reglamentarias, y por las que en el futuro las modifiquen o sustituyan."

Luego, clarifica en su articulado otras pautas esenciales tales como: "el derecho a la reparación dineraria se computará, más allá del momento en que se determine su procedencia y alcance, desde que acaeció el evento dañoso o se determinó la relación causal adecuada de la enfermedad profesional.

El principio general indemnizatorio es de pago único, sujeto a los ajustes previstos en este régimen" (art. 2, segundo y tercer párrafo).

"Los obligados por la ley 24.557 y sus modificatorias al pago de la reparación dineraria deberán, dentro de los quince (15) días de notificados de la muerte del trabajador, o de la homologación o determinación de la incapacidad laboral de la víctima de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, notificar fehacientemente a los damnificados o a sus derechohabientes los importes que les corresponde percibir por aplicación de este régimen, precisando cada concepto en forma separada e indicando que se encuentran a su disposición para el cobro. Los damnificados podrán optar de modo excluyente entre las indemnizaciones previstas en este régimen de reparación o las que les pudieran corresponder con fundamento en otros sistemas de responsabilidad. Los distintos sistemas de responsabilidad no serán acumulables. El principio de cobro de sumas de dinero o la iniciación de una acción judicial en uno u otro sistema implicará que se ha ejercido la opción con plenos efectos sobre el evento dañoso. Las acciones judiciales con



fundamento en otros sistemas de responsabilidad sólo podrán iniciarse una vez recibida la notificación fehaciente prevista en este artículo. La prescripción se computará a partir del día siguiente a la fecha de recepción de esa notificación.

En los supuestos de acciones judiciales iniciadas por la vía del derecho civil se aplicará la legislación de fondo, de forma y los principios correspondientes al derecho civil." (art. 4).-

"Los importes por incapacidad laboral permanente previstos en las normas que integran el régimen de reparación, se ajustarán de manera general semestralmente según la variación del índice RIPE (Remuneraciones Imponibles promedio de los Trabajadores Estables), publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social, a cuyo efecto dictará la resolución pertinente fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia" (art. 8).-

Sobre el particular, el artículo 3º establece: "Cuando el daño se produzca en el lugar de trabajo o lo sufra el dependiente mientras se encuentre a disposición del empleador, el damnificado (trabajador víctima o sus derechohabientes) percibirá junto a las indemnizaciones dinerarias previstas en este régimen, una indemnización adicional de pago único en compensación por cualquier otro daño no reparado por las fórmulas allí previstas, equivalente al veinte por ciento (20%) de esa suma. En caso de muerte o incapacidad total, esta indemnización adicional nunca será inferior a pesos setenta mil (\$70.000)".

Por último, dentro de las disposiciones generales, el artículo 17 inc. 5 determina: "Las disposiciones afines a las prestaciones en dinero y en especie de esta ley entrarán en vigencia a partir de su publicación en el Boletín Oficial y se aplicarán a las contingencias previstas en la ley 24.557 y sus modificatorias, cuya primera manifestación invalidante se produzca a partir de esa fecha".

En función de las normas transcritas precedentemente, juzgo que debo propiciar, tal como lo solicita el recurrente, la declaración de inconstitucionalidad de oficio del artículo 17, inciso 5 de la ley 26.773, por contradecir los fines sociales y protectorios que amparan al trabajo subordinado, consagrado por los arts. 14, 14 bis y 17 de la Constitución Nacional, para así admitir la aplicación de las mejoras a las prestaciones dinerarias contempladas en la citada ley, aun cuando los hechos cuya primera manifestación invalidante hayan sido anteriores al 26 de octubre de 2012, debido a que el siniestro no ha sido cancelado a esa fecha, lo cual no implica la retroactividad de la ley (art. 3º Código Civil) ni afecta al derecho de propiedad de las obligadas del sistema.

A su vez, ese límite 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, desde el momento que tales caracteres exigen que la mejora de las prestaciones de un sistema dado, 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.

En ese orden, esta Sala III ha resuelto la liquidación de las prestaciones en materia de accidentes de trabajo y también de enfermedades profesionales, aplicando en forma inmediata las mejoras contempladas por normativa modificatoria -decretos o leyes-, dando cuenta de la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad de oficio en ejercicio del control jurisdiccional difuso de legalidad; en relación a la ley 26.773, al decidir la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 a los mismos efectos ("FUENTEALBA SERGIO ARIEL C/CONSOLIDAR ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557" (Expte. Nº 413.572/2010; "VALENZUELA HUGO LEANDRO CONTRA MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. Nº 415000/2010); "PINOCHET ROBERTO CONTRA PRODUCTORES FRUTAS ARG. COOP. SEG. ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (Expte. Nº 357197/2007)), tal el adicional del 20% del art. 3º de la 26773; antecedentes a los que me remito por razones de brevedad y economía procesal. (conforme arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 38 inc. n de la Constitución Provincial; 2 y 3 del Código Civil; 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.).

Resulta oportuno resaltar que este criterio es mayoritario en esta Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial de Neuquén, 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 Ley de Riesgos del Trabajo, como se puede observar en la causa citada – Valenzuela- (sala III, Dres. Marcelo Medori – Fernando Ghisini); en los autos: "MENDEZ JUAN AGUSTIN C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557" (Expte. N° 377393/8) (Sala I, Dr. Jorge Pascuarelli); y en: "FUENTES CRISTIAN GILBERTO C/ CONSOLIDAR ART S.A. S/ RECURSO" (Expte. N° 412674/10) (sala II, Dra. Patricia Clerici).

Ello, en virtud 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 Código Civil, 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 Ley de Riesgos del Trabajo, debido que el PEN, autoridad reglamentaria, debía solamente determinar la mejora correspondiente de las prestaciones de acuerdo a las circunstancias económicas generales, pero de ninguna manera podía condicionar su entrada en vigencia, postergando aún más la recomposición de las indemnizaciones por incapacidad de los trabajadores damnificados.

En mérito a lo antedicho ha de revocarse el resolutorio de grado y propiciar la declaración de inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 de la Ley 26.773, para la consecuente aplicación integral de la referida normativa al sub lite.

Consecuentemente, será al monto determinado en la sentencia de primera instancia -\$108.217- al que debe adicionarse el 20% previsto en el art. 3 de la ley 26.773, equivalente a \$21.643.

Por último, a la suma de \$129.860 (108.217 + 21.643) se le debe descontar lo percibido en sede administrativa de \$99.340,98 (ver fs. 12), y el crédito adeudado al demandante asciende a la suma de \$30.519.

En consecuencia, el monto de condena es de \$30.519.

En otro aspecto, considero que le asiste razón al actor apelante en relación a la necesidad de adecuar la tasa de interés, pues el resarcimiento que fue liquidado por la a quo, es según art. 14 ap. 2 inc. a) de la ley 24.557, modificado por el Decreto N° 1694/09, adoptando dicho importe por ser superior al que resulta de multiplicar el porcentaje de incapacidad (25%) por el piso actualizado por RIPE. De tal forma, corresponde aplicar al monto de condena, desde el evento dañoso (22 de noviembre de 2010) hasta el efectivo pago, de conformidad a lo dispuesto por el TSJ in re "Alocilla" y "Mansur", la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén S.A.

Finalmente, al modificarse la sentencia de grado, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados sobre el capital y los intereses considerados por la a quo, por lo que se deberá realizar una nueva regulación de conformidad con las pautas señaladas en la presente. En consecuencia, la apelación por altos de los honorarios de los letrados de la parte actora y del perito médico, deviene abstracta en función de la solución propuesta, pues al modificarse la liquidación se deberá en la instancia de origen proceder a una nueva regulación.

No obstante lo cual, y al cuestionar la demandada la base regulatoria adoptada por la jueza de grado –capital más intereses-, quiero destacar que el criterio de esta Cámara de Apelaciones con anterioridad al precedente "Segovia c/ Fluodinámica SA", Acuerdo N°55/2013 del registro de la Secretaría Civil del Tribunal Superior de Justicia, es que los intereses debían ser incluidos en dicha base regulatoria, lo cual fue modificado en el antecedente citado. Sin embargo, las Salas de esta Alzada se han expedido manteniendo nuestro anterior criterio.

Ello es así, porque en la actualidad se trasluce aún con mayor nitidez que los intereses necesariamente deben formar parte de la realidad económica del litigio y por ello la regulación de honorarios debe guardar proporción con los valores en juego.

Asimismo, y para traer claridad al asunto, la Legislatura Provincial ha sancionado la Ley N° 2.933 (Publicada el 12 de diciembre de 2014), que modifica entre otros artículos el 20 de la anterior 1.594 de Honorarios Profesionales de Abogados y Procuradores, al establecer: "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 reconvención o el que resulte de la sentencia si este es mayor. En 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".-

A su vez, el Artículo 2° indica que "Las disposiciones de la presente Ley tendrán efecto y se aplicarán de inmediato a toda situación jurídica que no se encuentre firme y consentida".



Por ello, la crítica referida a la base regulatoria adoptada en la anterior instancia, no tendrá acogida favorable.-

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recursos, propicio rechazar la apelación de la demandada en su totalidad y la del actor en la cuestión relativa al porcentual de incapacidad; y modificar el monto de condena al admitir el art. 3 de la Ley 26.773, luego de declarar la inconstitucionalidad del art. 17, inc. 5 de la ley 26773, y la pauta de intereses según lo expresado párrafos más arriba, debiéndose practicar nueva liquidación en el momento previsto por el art. 51 de la ley 921, con costas en la Alzada a cargo de la demandada vencida, a cuyo efecto se deberán regular los honorarios de los profesionales que participaron en esta Alzada en el 30% de lo que se establecerá en la anterior instancia, con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

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.- Modificar la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014, conforme los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada vencida.
- 3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo que se establecerá en la instancia de grado (art. 15 LA).
- 4.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini-JUEZ Dr. Marcelo Juan Medori-JUEZ Dra.

Audelina Torrez-SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"LARA ALBA ROSA S/ INC. ELEVACION A CAMARA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 23326/2015) – Interlocutoria: 403/15 – Fecha: 01/10/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

OBRAS SOCIALES. AFILIADOS. PRESTACIONES DE LA OBRA SOCIAL. PRESTADORES MÉDICOS. DERECHO A LA SALUD. ACCIÓN DE AMPARO.

La obra social demandada deberá cumplir todos los requerimientos asistenciales que demande la actora -paciente oncológico- mientras se mantenga el diagnóstico reconocido y sin exclusión, cubriendo el 100% de las prestaciones y valores que indiquen los prestadores con los que mantiene vínculos, independientemente de que coincida o no con los fijados en la contratación –o sus sucesivos ajustes- desde que las estipulaciones allí incluidas resultan inoponibles a los beneficiarios, que los llevaría a tener que formular planteos individuales, y desde que su limitación podría incidir en el nivel de los bienes y servicios prescriptos, y en definitiva, en la salud de la beneficiaria,



proceder absolutamente incompatible con la situación de vulnerabilidad derivada de la enfermedad, y máxime de las características reunidas en el caso; respetando el presupuesto diario por tratamientos de fisioterapia, enfermería de rehabilitación, neurokinesioterapia, terapia ocupacional, fonoaudiología, nutrición y la internación, prescriptos y los que en el futuro se prescriban conforme justificación médica, tratándose el Centro de Fisioterapia y Rehabilitación "Madre Teresa" de esta ciudad el único con el que la obra social demandada tiene convenio para satisfacerlos.

Texto completo:

NEUQUEN, 01 de Octubre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "LARA ALBA ROSA S/ INC. ELEVACION A CAMARA" (Expte. INC N° 23326/2015) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Contra la resolución que decide la medida cautelar de fecha 14.07.2015, a fs. 251/262 interpone y funda recurso de apelación la actora; pide que la cobertura de las prestaciones médicas sea otorgada de manera integral, en el porcentual del 100%.

Considera que lo dispuesto por la juez de grado se aparta de aquella pauta, atento a que el monto ordenado no cumple con lo solicitado y que la asistencia por traslados, estudios, medicamentos y todas las prestaciones médicas necesarias es fijada en razón del porcentaje que reglamenta la obra social.

Denuncia falta de fundamentos (art. 161 CPCyC) al reconocer la decisión que lo son "las constancias administrativas acompañadas por la parte demandada y atendiendo a lo expresamente manifestado por dicha parte a fs. 270", cuestionando el desconocimiento de la normativa vigente, leyes 23661 y 23660, y Resol. N° 201/2002 del Ministerio de salud por la que se aprueba el P.M.O., al que la demandada como obra social queda sometida, resultando de la exigencia del prestador sumas diarias (\$6.250,00) que superan las autorizadas (\$5.000), tratándose de un paciente oncológico que las requiere con premura, que la ha llevado a tener que asumir la diferencia, haciéndose primar con ello la lógica económica por sobre el derecho a la salud, y obviar la crítica situación económica –es divorciada, empleada municipal, sustento de su hogar con hijos menores- cuando algunas prestaciones médicas antes ya habían sido abonada al 100%.

II.- Sustanciado el recurso, a fs. 269/270, responde la demandada; pide su rechazo con costas, denunciando en principio incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Respecto a la crítica específica, señala que coincide con el objeto de la acción, que la resolución recurrida se halla fundada y que la cobertura con el centro asistencial se ajusta al convenio suscripto y representa el 100%; denuncia la intención de incorporar nueva prueba documental (recibo de sueldo de la actora) y que las restantes prestaciones, traslados y medicación, nunca fueron solicitadas previamente.

III.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que resolución de grado cuestionada (14.07.2015 -fs. 251), concede la medida cautelar atendiendo a las constancias administrativas y lo manifestado por la demandada, ordenando a esta última otorgar a la actora la cobertura por la suma de \$5.000 diarios de internación en el Centro de Fisioterapia y Rehabilitación "Madre Teresa" de esta ciudad; luego, en relación a traslados, estudios, medicamentos y las prestaciones médicas, lo serán en la medida porcentual que fija la reglamentación.

Que llega admitido a esta Alzada, conforme informe del prestador fechado el 18.06.2015 que la actora afiliada a la obra social, de 51 años, cursó "Post Operatorio de Tumor de fosa posterior", con antecedentes de DBT, hipotiroidismo, que había ingresado a la clínica San Agustín con diagnóstico de Tumor de fosa posterior, condorsarcoma de peñasco derecho con extensión a pedúnculo cerebral derecho, que había sido intervenida con extracción parcial, con shock



séptico que requiere ARM, alimentada con sonda naso gástrica, cuadriparesía espástica, deterioro cognitivo, que requiere internación para tratamiento de rehabilitación intensivo consistente en Fisiatría, enfermería de Rehabilitación, neurokinesiólogía, Terapia ocupacional, fonoaudiología, nutrición, planteando a tal fin, un "módulo de internación de 4 semanas con renovación según evolución".

Que conforme modalidad de cobertura para la actora y el presupuesto informados a fs. 227/232 por el único prestador que cuenta la obra social, Centro de Rehabilitación y Fisiatría Madre Teresa, ello requiere erogar la suma diaria de \$6.250,00, y que contempla la internación.

Que con el 23 de junio de 2015 el Departamento de Facturación y Auditoría de Internación, evaluando estos antecedentes, aprueba el "Módulo INTENSIVO", reconociendo \$5.000 diarios con un tiempo de duración estimado de 4 semanas en el mencionado centro asistencial (fs. 240).

Con fecha 24 de junio de 2015 la actora remite carta documento a la obra social intimándola a que el plazo de 48 horas se expidan sobre el otorgamiento de cobertura y porcentaje por su pedido de internación en la clínica citada, porque de manera "urgente", debe "comenzar mi rehabilitación por ser paciente oncológica. Ello atento a que con fecha 10/04/15 me fue diagnosticado la existencia de un tumor de clivus por invasión del seno cavernoso, realizándome una cirugía en la clínica San Agustín, por el Dr. David Martínez, el día 13/05/15, a fin de extirpar parte del mismo. El resultado de la biopsia respecto del tumor analizado fue la existencia de un condrosarcoma, el cual implica la existencia de un tumor de alto grado de malignidad. Cabe señalar que a fin de alcanzar una evolución favorable es necesario de manera urgente iniciar un tratamiento de rehabilitación en la clínica Madre Teresa, en la cual sería internada. La misma consiste en la rehabilitación de las siguientes secuelas, consecuencia de mi intervención quirúrgica: cuadriparesía parálisis del tercer par craneal, dificultad en la deglución y en el habla, hipoacusia derecha. Ello a fin de poder contar con los recursos necesarios (las 24 horas del día) para comenzar de manera inminente el tratamiento oncológico requerido.

Dicha clínica es la única prestadora de Uds. Que otorga las prestaciones descriptas con anterioridad. Por otra parte al ser paciente oncológico, y requerirse mi inmediata internación para realizar el tratamiento del cáncer que padezco, téngase presente que la cobertura fijada por el Programa Médico Obligatorio (PMO) es del 100%, conforme surge de la Resolución N° 201/2002 en su Anexo I, 9.2. Es por ello que intimo a Uds. Para que en el plazo perentorio de 48 horas se expidan respecto del otorgamiento de la cobertura requerida y el porcentaje de la misma en el 100%, bajo apercibimiento del inicio de acciones judiciales." (fs. 242).

El derecho a la vida y a recibir atenciones para la salud, tanto como su protección, si bien no tienen una cita expresa en la Constitución Nacional, resulta de sus arts. 41, 42, 75 inc. 19 y 23, e implícitamente incluido en el Preámbulo cuando postula el "bienestar general" y en el art. 33, cuyo miembro informante -Domingo Faustino Sarmiento- justifica: "todas las constituciones han repetido esta cláusula como indispensable para comprender en ella todas aquellas omisiones de los derechos naturales que se hubiese podido hacer, porque el catálogo de los derechos naturales es inmenso".

Luego su inclusión expresa como valor y derecho humano fundamental objeto de tutela, resultan de diversos instrumentos comunitarios e Internacionales que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N.: arts. 3 y 25 inc. 2° de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3 y 25 inc. 2°, arts. 10 inc. 3° y 12 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 4, 5 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semi-públicas (conf. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). Por ello "el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga" (CSJN., Fallos, 321:1684 y



323:1339).

Que el art. 96 de la Ley 611 estipula que la demandada es un ente público al que se le ha encomendado realizar "en la Provincia todos los fines del Estado provincial en materia de salud y asistencial para sus agentes en actividades o pasividad y para los sectores de la actividad pública y privada que se adhieran en su régimen".

IV.- Que a tenor de lo expuesto, con el grado de provisoriedad que delimita el análisis de una medida cautelar como la peticionada (arts. 195 y 232 del CPCyC), constituye una hipótesis probable que las prestaciones que requiere la actora cuenten con una cobertura del 100%, en particular considerando los efectos de las Disposiciones y Resoluciones que integran el Plan Oncológico "O" -que expresamente reconoce a fs. 202/224.

Tanto como, que no le exigía a aquella aportar mayores antecedentes acerca de su afección que los agregados a fs. 1/165 y que llevaron a otorgar medicamentos, asistencia médica y, fundamentalmente, la intervención quirúrgica en cráneo, con posterior internación y tratamientos de rehabilitación precisamente desde el día 13.05.2015 según documental emanada de los mismos prestadores de la obra social.

Y máxime luego de la intimación del 13.06.2015, donde se describe un "tumor de alto grado de malignidad", con lo que la obra social contaba con toda la información y peticiones para incluir a la actora en el plan, si no lo había hecho antes.

En consecuencia, hallo verosímil el derecho al acceso a la salud que pretende se le reconozca la actora, que se vincula con el tipo de prestaciones y el nivel de cobertura para satisfacerlo, calificado como integral y representativo del 100%, considerando insuficiente el otorgado en base a la restricción en que incurre la obra social siguiendo al Jefe del Departamento de Auditoría Médica Internación el 23.06.2015 (fs. 240), cuando autoriza la erogación de sumas diarias inferiores a las exigidas, sin perjuicio de que se trata de uno sus prestadores con los que tiene convenio (fs. 245 vta.) condición que obviamente haría innecesario que se emitiera y aprobara un presupuesto, a lo que se agrega la dudosa calificación de la afiliada y exigencias contenidas en la nota del 13.07.2015 por la Jefa del Departamento Oncología (fs. 201).

A.- Luego, la demandada deberá cumplir todos los requerimientos asistenciales que demande la actora mientras se mantenga el diagnóstico reconocido y sin exclusión, cubriendo el 100% de las prestaciones y valores que indiquen los prestadores con los que mantiene vínculos, independientemente de que coincida o no con los fijados en la contratación –o sus sucesivos ajustes- desde que las estipulaciones allí incluidas resultan inoponibles a los beneficiarios, que los llevaría a tener que formular planteos individuales, y desde que su limitación podría incidir en el nivel de los bienes y servicios prescriptos, y en definitiva, en la salud de la beneficiaria, proceder absolutamente incompatible con la situación de vulnerabilidad derivada de la enfermedad, y máxime de las características reunidas en el caso.

B.- La premisa de condena estipulada en el párrafo anterior resulta de ineludible cumplimiento en el caso concreto por el que se pretende la intervención del prestador individualizado a fs. 228, conforme y respetando el presupuesto diario por tratamientos de fisiatría, enfermería de rehabilitación, neurokinesiología, terapia ocupacional, fonoaudiología, nutrición y la internación, prescriptos y los que en el futuro se prescriban conforme justificación médica, tratándose del único con el que la obra social demandada tiene convenio para satisfacerlos.

C.- En mérito a ello, y en relación a las prestaciones ya cumplidas por el centro involucrado, se estipula que dentro de los diez (10) días presentada las facturas o comprobantes de cancelación por la actora, se deberán abonarle a aquel, o en su caso, se reintegrará a la actora, las diferencias impagas como consecuencia de los servicios descriptos, así como que la condena y procedimiento serán aplicables a toda otra prestación de las reconocidas en el Plano "O" que se hayan cumplido hasta la promoción de esta demanda, por medicación y traslados.

D.- Es la demandada, cuya principal función es la de brindar prestaciones que le impone la ley y a la que la afiliada queda obligatoriamente sujeta, la que hasta aquí se evidencia con mayor aptitud para organizar y disponer lo que las prescripciones médicas aconsejan para la actora para satisfacer de manera integral y óptima su derecho a la salud, teniendo a la vista la naturaleza y urgencia de las prestaciones requeridas, las limitadas condiciones personales y patrimoniales de esa última, en relación a la capacidad de negociación y recursos que administra aquella.

Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley



Suprema), ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud –comprendido dentro del derecho a la vida- y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986" del 1º de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten)... "C.S.J.N. C. 823. XXXV. RECURSO DE HECHO Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas. 24.10.2000).

V.- En orden a las consideraciones expuestas, propiciaré al acuerdo hacer lugar al recurso, estableciendo los alcances de la medida cautelar a favor de la actora conforme lo estipulado en los puntos A, B y C del capítulo IV.

Las costas se impondrán a la accionada en su carácter de vencida (art. 68 y 69 del CPCyC y art. 20 de la Ley 1981).

Regúlense los honorarios de las Dras. ... y ..., por su intervención por la actora, en la suma de \$1.000 y \$2.500,00, respectivamente (arts. 6, 15, 35, 36 s.s. y c.c. Ley 1594).

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.- Hacer lugar al recurso, estableciendo los alcances de la medida cautelar a favor de la actora conforme lo estipulado en los puntos A, B y C del capítulo IV, que integra el presente pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la accionada en su carácter de vencida (art. 68 y 69 del CPCyC y art. 20 de la Ley 1981).
- 3.- Regular los honorarios de Alzada a las Dras. ... y ..., por su intervención por la actora, en la suma de PESOS UN MIL (\$1.000) y PESOS DOS MIL QUINIENTOS (\$2.500,00), respectivamente (arts. 6, 15, 35, 36 s.s. y c.c. Ley 1594).
- 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](#)

"D. M. S/ SITUACION LEY 2786" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 501727/2014) – Interlocutoria: 464/15 – Fecha: 10/11/2015

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA. OFRECIMIENTO DE PRUEBA. NULIDAD PROCESAL. RECHAZO.

Tratándose en el caso de la sustanciación de la nulidad y el plazo conferido de cinco días a la denunciante para contestarla y ofrecer prueba, la decisión de otorgarle nuevamente esa posibilidad importaría retrotraer el trámite a cuestiones subsanadas por la misma parte interesada en la tutela, ello en razón de haber precluido la oportunidad para ejercerlo, con afectación de la garantía del debido proceso



adjetivo y la defensa en juicio, pudiendo llegar a hacerse interminable llegar a una decisión definitiva si ello quedara sujeto a la discreción del juzgador, como tampoco aquí se corresponde con aquellos criterios que habilitan la amplitud probatoria. Así, la denunciante no ofrece prueba al tiempo de responder el traslado de la nulidad, ni formula planteo alguno posterior solicitando se la habilite, con lo que la oficiosidad con la que se dispone un nuevo plazo colisiona con los alcances que aquella le dio a su posición, resultando inadmisibles que la reedición de tal derecho pueda sustentarse en las genéricas valoraciones invocadas -especiales características de la causa y derecho de defensa- ni tampoco inferirse de los razonamientos de esta Alzada, que en sus decisiones ha destacado el orden que debe seguirse en el trámite.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de Noviembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "D. M. S/ SITUACION LEY 2786" (Expte. N° 501727/2014) 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.- A fs. 170/171 la parte denunciada interpone y funda subsidiariamente recurso de apelación contra el auto de fecha 25 de agosto de 2015 (fs. 168); pide se la deje sin efecto en cuanto dispone que la denunciante ofrezca prueba dentro de los cinco días de notificada.

Funda su planteo en los antecedentes del trámite hasta aquí desarrollado, a cuyo fin cita lo dispuesto por esta Alzada mediante resoluciones de fecha 12.12.2014 y 03.07.2015 y en que el derecho de defensa ya estuvo garantizado con la sustanciación cumplida por providencia del 02.02.15, oportunidad en que la denunciante respondió, y que no puede haber otra oportunidad de ofrecer prueba.

II.- Sustanciado el recurso, es respondido a fs. 180/184, solicitando se lo rechace con costas.

Sostiene en primer lugar que la decisión atacada es inapelable conforme lo establecido en el art. 498 y 379 del CPCyC, que en el caso debe respetarse el principio de igualdad y la amplitud probatoria, ya receptados por esta Cámara en anteriores pronunciamientos, así como las facultades que tiene el juez de ordenar e impulsar el procedimiento a fin de arribar a la verdad material de los hechos, y que el eventual acogimiento del planteo del recurrente resultaría a todas luces contradictorio con la posición asumida.

Invoca que la providencia recurrida ha sido la primera oportunidad procesal válida y habilitante que tuvo para ofrecer prueba y que la contestación del traslado que efectuara a fs. 138/144 no es asimilable en lo absoluto a una demanda, ni a una contestación de demanda ni a una reconvenición, procediendo el reordenamiento y evitar la desnaturalización del trámite conforme la Ley 2786.

Finalmente cita jurisprudencia y doctrina que entiende aplicable.

III.- Que viene al análisis la decisión de grado que ordena abrir a prueba el incidente de nulidad por el término de treinta días y notificar a la denunciante el plazo de cinco días para ofrecerla, con fundamento en la necesidad de salvaguardar su derecho de defensa y las especiales características de la causa (fs. 168); con posterioridad, al decidir la revocatoria, se amplía a las consideraciones de la Cámara de Apelaciones, cuando dispuso bilateralizar el planteo y la posibilidad de expedirse respecto de la prueba que quedaba habilitar cumplir (fs. 173).

Abordando la cuestión, resulta que este Tribunal por resolución de fecha 12 de diciembre de 2014 (fs. 125/129) ordenó decidir el planteo de nulidad articulada por el denunciado a fs. 70/72, advirtiendo la posibilidad de que se conculcaran las garantías constitucionales de defensa en juicio y el debido proceso; allí se dispuso también que debía



ser sustanciado con la denunciante.

Así fue conferido el traslado por cinco días del planteo de nulidad (2.2.15 – fs. 132), y ser evacuado a fs. 138/144, expidiéndose tanto respecto a la procedencia de la cuestión de fondo y como a la prueba ofrecida por el denunciado.

Con posterioridad, este Tribunal vuelve a ser instado para intervenir, dictando resolución del 3.7.15 (fs. 162/164) donde advierte sobre la improcedencia de que en la controversia opine la Fiscal del caso, por ser ajena a ella, reiterando el encauzamiento bilateral del "planteo" (4to. Párrafo de fs. 163 vta.).

Que a los fines del análisis postulado, cabe recordar que el art. 178 del CPCyC incluido en el Capítulo I que regula el trámite de los "Incidentes", que resulta aplicable a los fines de decidir la nulidad, contempla que "El que plantear el incidente deberá fundarlo clara y concretamente en los hechos y en el derecho, y ofrecer toda la prueba de que intentare valerse"; a continuación el art. 180 prevé que "Si el juez resolviere admitir el incidente, dará traslado por cinco días a la otra parte, quien al contestarlo deberá ofrecer la prueba. El traslado se notificará personalmente o por cédula dentro de tercer día de dictada la provincia que lo ordenare".

En relación a los plazos procesales y su carácter, el art. 150 del CPCyC impone que aquellos otorgados para contestar vistas y traslados, salvo disposición en contrario de la ley, será de cinco días, mientras que el art. 155 del mismo cuerpo normativo, los caracteriza como "perentorios" con relación a los actos procesales específicamente determinados.

Que de las dos últimas normas transcriptas deriva el principio de preclusión, sobre el que se ha sostenido: "Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procedimientos se retrotraigan a etapas ya superadas y se prolonguen indefinidamente (Fallos 296:643; 314:1399; entre otros). (Del voto del Dr. Fasciolo)" (Autos: CUELLO JUAN OSCAR c/ A.N.Se.S. (L.-W.-F.) - Fecha: 29/06/1998 C.F.S.S. Sala III Nro. Sent.: sent. 70862-LDT).

Por ello, tratándose en el caso de la sustanciación de la nulidad y el plazo conferido de cinco días a la denunciante para contestarla y ofrecer prueba, la decisión de otorgarle nuevamente esa posibilidad importaría retrotraer el trámite a cuestiones subsanadas por la misma parte interesada en la tutela, ello en razón de haber precluido la oportunidad para ejercerlo, con afectación de la garantía del debido proceso adjetivo y la defensa en juicio, pudiendo llegar a hacerse interminable llegar a una decisión definitiva si ello quedara sujeto a la discreción del juzgador, como tampoco aquí se corresponde con aquellos criterios que habilitan la amplitud probatoria.

Así, la denunciante no ofrece prueba al tiempo de responder el traslado de la nulidad, ni formula planteo alguno posterior solicitando se la habilite, con lo que la oficiosidad con la que se dispone un nuevo plazo colisiona con los alcances que aquella le dio a su posición, resultando inadmisibles que la reedición de tal derecho pueda sustentarse en las genéricas valoraciones invocadas –especiales características de la causa y derecho de defensa– ni tampoco inferirse de los razonamientos de esta Alzada, que en sus decisiones ha destacado el orden que debe seguirse en el trámite.

Se ha dicho: "La alusión a la "verdad jurídica objetiva" no tiene aptitud, per se, para justificar la reiteración de actos procesales correspondientes a etapas de la ejecución ya superadas. Es que la expresión entrecomillada encuentra su justificación en la jurisprudencia del alto tribunal tendiente a orientar la labor judicial evitando que los meros formulismos desplacen la verdad material e impidan la realización del valor justicia; entonces, ella no puede emplearse cuando las circunstancias del expediente no la justifican. Es del caso recordar que la preclusión, entendida como la pérdida o extinción de una actividad procesal por haberse alcanzado los límites impuestos por el legislador para el ejercicio de las facultades procesales de las partes (conf. Chiovenda, cit. Por clemente Díaz en "Instituciones de derecho procesal", Abeledo Perrot, 1968, tomo i, pág. 368, número 7 y la nota 31), constituye una regla para los jueces y las partes que armoniza con la perentoriedad de los plazos procesales (v. Gr. Arts. 36, inciso 1º y 155 del código procesal). De ahí, pues, que su violación compromete la garantía del debido proceso y el principio de igualdad (art. 18 de la Constitución nacional y art. 34, inciso 5º, apartado c, del código procesal). En autos, las nuevas notificaciones importan conferirle al ejecutado otra oportunidad para ejercer nuevamente la facultad de hacerse oír respecto de asuntos fenecidos.." (LDT



Auto: AEROLÍNEAS ARGENTINAS SOCIEDAD DEL ESTADO C/ ARGEMAR CÍA. ARG. DE AGENCIAS MARÍTIMAS Y DE REPRESENTACIONES S.A. Y OTRO S/ INCIDENTE DE EJECUCIÓN DE HONORARIOS. - Sala: Sala 3. Tipo de Sentencia: INTERLOCUTORIO. - Fecha: 04/05/2006 - Nro. Exp.: 309/06).

Conforme lo analizado, a la apertura a prueba ya dispuesta en el primer párrafo del auto de fecha 25.08.2015, le sigue proveer la ofrecida por el denunciado a fs. 72 y vta., comprobándose que en el responde de fs. 138/144 la denunciante no postula que se produzca alguna, resultando a tenor de lo analizado hasta aquí, extemporánea la cumplida a fs. 174, máxime luego de haber quedado firme la citada resolución de esta Alzada del 12.12.2015, que rechazó la intervención de la funcionaria que se ofrece opine como testigo, como tampoco indicarse la relevancia que tiene en el caso el segundo propuesto, nunca mencionado hasta aquí en estas actuaciones.

IV.- En orden a las consideraciones expuestas, haciendo lugar al recurso de apelación, se habrá de revocar el auto que fija el plazo de cinco días para que la denunciante ofrezca prueba, debiéndose continuar con el trámite ordenando la producción de la ofrecida por el denunciado.

Las costas del presente se imponen a la contraparte, en su carácter de vencida (art. 68 y 69 del CPCyC), debiéndose diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que existan pautas a tal fin.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Revocar el auto de fs. 168 que fija el plazo de cinco días para que la denunciante ofrezca prueba, debiéndose continuar el trámite, ordenándose la producción de la ofrecida por el denunciado.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la contraparte, en su carácter de vencida (arts. 68 y 69 C.P.C.C.).
- 3.- Diferir la regulación de honorarios para la oportunidad en que existan pautas a tal fin.
- 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](#)

"A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 71334/2015) – Interlocutoria: 495/15 – Fecha: 10/12/2015

FAMILIA: Medidas cautelares.

GUARDA DEL MENOR. GUARDA LEGAL CON FINES ASISTENCIALES. PROGENITOR AFIN. NUEVO CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

Una de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas “guardas asistenciales” a los fines, por ejemplo,



de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—. La previsión que realiza el artículo 643 es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial. Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio.

Texto completo:

NEUQUEN, 10 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "A. J. E. Y OTRO S/ GUARDA" (Expte. EXP N° 71334/2015) 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 del Secretario actuante Dr. Oscar SQUETINO y,

CONSIDERANDO:

I.- Que el peticionante interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 31 de julio del 2015 (fs. 13), presentando memorial a fs. 14/15.

Argumenta que la juez de grado incurre en incongruencia al ordenar la adecuación al nuevo código cuando la petición fue formalizada el 1 de julio del corriente año, siendo proveída recién el 31, y teniendo en cuenta que solo se pide la guarda con fines asistenciales, incluir a los menores en la obra social del requirente según trámite administrativo exigido por la misma.

Solicita se revoque el fallo recurrido y que se de curso al pedido.

La defensoría se expide a favor de la resolución impugnada (fs. 17).

II.- Que la decisión en crisis dispone que la parte deberá adecuar la pretensión de conformidad al nuevo Código Civil y Comercial, acompañando a su solicitud el convenio suscripto por los progenitores de conformidad a lo previsto en el art. 643 del mismo, dada la fecha de entrada en vigencia del nuevo ordenamiento.

Al resolver la reposición y confirmar el decisorio, la juez de grado amplía señalando que el nuevo código es de aplicación al caso conforme art. 7 del mismo, que la guarda prevista requiere del acuerdo de los padres, que puede adecuarse la pretensión al art. 643 o al 675 para el caso del padre afín, debiendo entenderse la amplitud de responsabilidades que involucra, y readecuando el pedido o en su caso tramitar la afiliación a la obra social por la vía particular correspondiente.

De las constancias de autos, surge que el peticionante solicita la "guarda legal con fines asistenciales" de dos menores, hijos de su conviviente, con quien tiene otra hija, formando un grupo familiar, justifica su pedido en que es el único sostén económico de la familia y que los niños no cuentan con la asistencia de su padre biológico, siendo su intención incorporarlos a la obra social y percibir las asignaciones familiares pertinentes (fs. 11 y ss.).

Resulta asimismo que el escrito apelativo lleva la conformidad de la madre (fs. 15); y que al demandar se individualiza el domicilio del padre (fs. 12 vta.).

III.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, cabe citar en principio respecto a la vigencia de las normas contenidas en el Código Civil y Comercial, que su artículo 7 establece con claridad su aplicación inmediata a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; concretamente, alcanzan al caso en estudio porque



más allá de la fecha de la petición, aún no se ha dictado resolución definitiva.

Así, el artículo 674 del Nuevo Código establece expresamente: "Delegación en el progenitor afín. El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio. Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente", y a continuación, el artículo 675 agrega: "Ejercicio conjunto con el progenitor afín. En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente. Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor. Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial.

También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 47 de la Const. Prov.; 640 inc. c, 643 y 657 del Cód. Civ. y Com.; y 234 del Cód. Proc.).

Una de las novedades del CCyC es, justamente, la posibilidad excepcional de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, bajo ciertas y específicas condiciones, y que puede derivar de la decisión de los progenitores (art. 643 CCyC) o de la judicial (art. 657 CCyC). Se cubre así un vacío legal que tantas complicaciones provocó a los operadores jurídicos, pues en aquellas situaciones en las cuales, fácticamente, los hijos/as convivían con otras personas que no fueran sus progenitores, se debían utilizar otras figuras jurídicas —como la guarda de personas o la tutela—, o creaciones pretorianas —las conocidas "guardas asistenciales" a los fines, por ejemplo, de obtener cobertura del servicio de obra social del abuelo respecto de su nieto a cargo—.

La previsión que realiza el artículo 643 es claramente de tipo excepcional, pues exige la concurrencia de varios elementos. En primer lugar —y no podía ser de otra manera—, esta delegación del ejercicio de la responsabilidad parental debe ser en interés del principal protagonista: el hijo. Luego, las razones deben ser justificadas, es decir expuestas y sometidas a valoración judicial.

Pueden ser de diferente tenor: un viaje prolongado de los progenitores, dificultades laborales que entorpezcan un adecuado desenvolvimiento de la responsabilidad parental, o complicaciones en la salud física o psíquica de los progenitores: todas circunstancias puntuales y concretas, cuya principal característica sea la provisoriedad. No se trata de una renuncia a la responsabilidad parental, sino una temporal delegación de su ejercicio.

Pero, junto a los parientes, el artículo en comentario deja a salvo lo establecido por el art. 674 CCyC ¿De qué se trata? El Capítulo 7 de este Título VIII, en los arts. 672 a 676, regula las relaciones jurídicas que se generan en el ámbito de la familia ensamblada, dando así visibilidad jurídica a una realidad social instalada desde hace tantos años en el país, pero mantenida en las sombras. Surge así la figura del "progenitor afín", cuya característica esencial es la convivencia (matrimonial o no) con el progenitor que tiene a su cargo el cuidado personal de un hijo/a (art. 672 CCyC). En este contexto, el art. 674 CCyC prevé la posibilidad de delegación del ejercicio de la responsabilidad parental en el progenitor afín, con determinadas características que se analizarán oportunamente, pero que sin ser necesariamente pariente asume la condición de posible sujeto de delegación.

Así, la forma prevista es la de un convenio con homologación judicial, a cuyos fines resulta ineludible la escucha de la opinión del hijo, sin diferenciar cuál sea la edad del mismo. Y se impone un preciso límite temporal a esta delegación, evidenciando la connotación de provisoriedad de la misma. No se trata de una renuncia o abandono en el ejercicio de la responsabilidad parental, sino de una delegación, condicionada y acotada en el tiempo, que dispone un plazo máximo legal de un año, pero que no necesariamente en todos los casos deba ser de un año, pues funciona como límite máximo, debiendo mensurarse en cada caso durante cuánto tiempo las razones esgrimidas justifican la decisión. Ahora bien, se admite también excepcionalmente, su renovación, con las mismas exigencias: intervención judicial, explicación y valoración de los motivos que justifican la prórroga y la participación de todas las partes involucradas —ello incluye, sin dudas, al hijo/a—. Ahora bien, tratándose de una delegación del ejercicio, la norma explícitamente



dispone que la titularidad de la responsabilidad parental se mantiene en cabeza de los progenitores, una clara evidencia de que no se trata de una renuncia o abandono, y que dicha titularidad, a pesar de estar desmembrada del ejercicio, faculta a mantener el derecho de supervisión de la crianza y educación del hijo, disposición que refuerza la presencia de los progenitores en la vida de sus hijos sin perjuicio de la delegación efectuada.

Además, como requisito formal, la obligación de homologación judicial a este convenio se reduce a aquellos casos en los cuales el otro progenitor, esté en desacuerdo, pues se exceptúa en los supuestos en los cuales exprese su conformidad de modo fehaciente. Es que, como consecuencia de la delegación que uno de los padres efectúa en el padre afín, este último ejercerá en forma conjunta con el otro padre la responsabilidad parental respecto del hijo, por lo tanto, si todos están de acuerdo, es innecesaria la intervención judicial en función del ejercicio de la autonomía de la voluntad en el diseño de sus vidas familiares, y por efecto de la noción de "desjudicialización" en la cual se enrola el CCyC. (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, tomo II, Libro Segundo (Relaciones de Familia). Artículos 401 a 723. Dirección Editorial: Julián Álvarez. Coordinadoras Generales: María Paula Pontoriero, Laura Pereiras, Directores: Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso, Editorial: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, julio de 2015, ISBN: 978-987-3720-31-4, Id Infojus: LB000171).

De acuerdo a la novedosa normativa reseñada, ciertamente aparecen dudas de si el presente planteo requería ser judicializado, atento la expresa conformidad de la madre y el domicilio conocido del padre de los niños; luego, en su caso deberá el peticionante, tal como se le requiere, readecuar su petición a la nueva legislación, y fundamentalmente, definiendo qué supuesto de delegación invoca (cfme. arts. 643, 674 y 675) y en consecuencia contar con los consentimientos pertinentes y, de ser necesario, someterla a homologación judicial.

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 con las aclaraciones expresadas.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 20/21, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios con las aclaraciones expresadas.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dr. Oscar Squetino - SECRETARIO

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"I. M. P. C/ F. O. A. S/ ALIMENTO PARA LOS HIJOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III - (Expte.: 58752/2013) - Interlocutoria: 501/16 - Fecha: 17/12/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

NULIDAD PROCESAL. IMPROCEDENCIA.

Si surge que con fecha 27 de mayo de 2013 se celebra la audiencia del art. 639 del CPCyC, a la que asiste la parte actora con sus letrados y el demandado sin patrocinio; con fecha: 19 del mes de febrero de 2014 se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda por alimentos con costas al alimentante; recién el día 21 de abril de año



2015, la parte accionada plantea la nulidad de los actos procesales realizados en autos desde el 27/05/2013, se observa que el accionado plantea la nulidad de la audiencia y de los actos posteriores y concomitantes a la misma, entre los que se encuentra la sentencia dictada en fecha 19/02/2014, 22 meses después de celebrado dicho acto, esta situación amerita el rechazo de la nulidad planteada, pues en función de lo dispuesto por el art. 170 del CPCyC, la misma ha sido convalidada tácitamente por la parte interesada en su declaración.

Texto completo:

NEUQUEN, 17 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "I. M. P. C/ F. O. A. S/ ALIMENTO PARA LOS HIJOS" (Expte. N° 58752/2013) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaría actuante Dra. Audelina TORREZ y,

El Dr. Ghisini, dijo:

I.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 96, contra la resolución de fs. 92/93 vta., que desestima el planteo de nulidad efectuado por su parte con costas.

En su memorial de fs. 98/101 vta., manifiesta que yerra el a-quo al considerar que han quedado tácitamente consentidos todos los actos procesales cuya nulidad se pretende, por entender que al presentarse el incidentista (demandado) a la audiencia celebrada el día 27/05/2013, se le generó la carga prevista por el art. 40 del CPCyC y, al no haberlo hecho, se tuvo por automáticamente constituido domicilio en los estrados del juzgado.

Menciona, que el demandado asistió a esa audiencia del 27/05/2013, sin asistencia letrada, habiéndose enterado de la existencia del proceso de manera informal a raíz de que la actora le requiriera telefónicamente que se presente al juzgado de familia.

Sostiene, que jamás el a-quo podría haber formalizado la referida audiencia, si el demandado no contaba con asistencia letrada obligatoria, conforme lo dispone el art. 56 CPCyC. Máxime, cuando jamás estuvo notificado del traslado de la demanda mediante acto procesal alguno.

Afirma, que para que la jueza haya podido aplicar las previsiones del art. 41 del CPCyC, tal como lo hiciera para fundar la resolución atacada, primeramente tendría que haber existido un acto procesal válido y el demandado tendría que haber estado notificado del traslado de la demanda o bien haberse presentado con letrado a dicha audiencia, cuestiones éstas que no han sucedido en autos.

Señala, que el hecho que el art. 639 del CPCyC, nada diga sobre la necesidad de asistencia letrada de las partes, no significa que no resulte de aplicación lo dispuesto en el art. 56 del Código de Rito.

Indica, que no resulta ser de aplicación los efectos del consentimiento tácito consagrado en el art. 170 del CPCyC, cuando no es válida la notificación bajo la previsión del art. 41 del CPCyC.

Resalta, la importancia que tiene la notificación del traslado de la demanda, mencionando el principio de defensa en juicio. Solicita que se haga lugar al recurso de apelación articulado con costas.

A fs. 103/104, contesta la parte actora, solicitando el rechazo del recurso de apelación con costas.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, expondremos algunos lineamientos en lo que respecta a las nulidades procesales para luego avocarnos al caso particular de autos y así verificar si corresponde la confirmación o no de la resolución en crisis, que rechaza el planteo de nulidad interpuesto por el demandado.

Sobre las nulidades procesales se ha dicho lo siguiente:

"Cualquier irregularidad en el proceso es susceptible de subsanarse mediante el consentimiento expreso o presunto de la parte a quien perjudique y éste se produce al no deducirse el incidente dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del vicio, o bien cuando fueran consentidas las notificaciones que se realizan con posterioridad pues,



purga la nulidad de que pudiera adolecer una anterior. Para la declaración de nulidad de un acto procesal, la irregularidad que la sustenta debe impedir cumplir con su finalidad específica, ella no debe haber sido convalidada por la parte a quien afecta y el nulificante, al promover el incidente, debe expresar el perjuicio y el interés que procura subsanar con la declaración de nulidad mencionando las defensas que se vio privado oponer".

"Las nulidades procesales son susceptibles de quedar convalidadas por el transcurso del tiempo cuando la parte presuntamente perjudicada no ha impugnado el vicio por la vía del incidente prescripto por el art. 170 del Cód. Procesal, no pudiendo utilizar el recurso de nulidad contenido en la apelación conforme el art. 253 del Código citado. El art. 170 del Cód. Procesal establece de modo expreso el postulado de la convalidación de las nulidades procesales, en virtud del carácter excepcional y de interpretación estricta de la sanción de nulidad.

Cuando se omite reclamar la declaración de nulidad dentro de los plazos que la ley fija al efecto, corresponde presumir que aquella no ocasiona perjuicio y que la parte ha renunciado a la impugnación, convalidando la irregularidad que afectaba el acto. Procede rechazar por extemporánea la nulidad articulada, en tanto transcurrió en exceso el plazo previsto por el art. 170 CPCyC ya que el nulificante tomó conocimiento del acto viciado un mes antes de cuando efectivamente promovió el incidente." (Marcelo López Mesa- Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- Pág. 621- Ed. La Ley).

Cabe tener presente que el régimen que gobierna las nulidades procesales tiene carácter excepcional y su interpretación es restrictiva, siendo condición necesaria que quién pretenda la nulidad de un acto no haya subsanado el mismo, al no plantear su nulidad dentro del plazo que el art. 170 del Código de Rito establece para tal fin.

En el caso particular de autos, surge que con fecha 27 de mayo de 2013 se celebra la audiencia del art. 639 del CPCyC, a la que asiste la parte actora con sus letrados y el demandado sin patrocinio; con fecha: 19 del mes de febrero de 2014 se dicta sentencia haciendo lugar a la demanda por alimentos con costas al alimentante; recién el día 21 de abril de año 2015, (escrito de fs. 61/67 vta.) la parte accionada plantea la nulidad de los actos procesales realizados en autos desde el 27/05/2013.

Consecuentemente, y función de los lineamientos esbozados precedentemente y teniendo en cuenta las constancias referenciadas en el párrafo anterior, observamos que el accionado plantea la nulidad de la audiencia de fs. 13, y de los actos posteriores y concomitantes a la misma, entre los que se encuentra la sentencia dictada en fecha 19/02/2014, 22 meses después de celebrado dicho acto. Esta situación amerita el rechazo de la nulidad planteada, pues en función de lo dispuesto por el art. 170 del CPCyC, la misma ha sido convalidada tácitamente por la parte interesada en su declaración, lo que nos lleva a rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 96.

Por otra parte, el apelante no logra explicar satisfactoriamente cual ha sido el motivo por el que no ha podido plantear la nulidad de la audiencia dentro de los cinco días de celebrada la misma, ya que no puede alegar desconocimiento de tal acto, cuando conforme surge del acta de fs. 13 él personalmente participó de la misma sin arribar a ningún acuerdo.

Por todo lo expuesto, es que se rechazará el recurso de apelación articulado por el demandado a fs. 98/101 vta., confirmándose en consecuencia la resolución apelada en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada a cargo del recurrente atento a su condición de vencido.

El Dr. Marcelo J. Medorí, dijo:

Que habré de adherir a los fundamentos y conclusión del voto que antecede, estimando oportuno señalar que el anoticamiento de la existencia y términos de este proceso, en particular la pretensión inicial de la actora, resulta de la misma asistencia del alimentante a la audiencia cuya realización impone el art. 639 del CPCyC, y cumplida el día 27.05.2013 (fs. 13), oportunidad en que quedó habilitado para allí ofrecer prueba destinada a "demostrar la falta de título o derecho de quien pretende los alimentos, así como la situación patrimonial propia o de la parte actora", según el art. 643, resultando entonces atribuible a aquel los efectos de haberlo omitido voluntariamente, tanto como la de presentarse a continuación con asistencia letrada ni constituir domicilio procesal.

Llegan entonces firmes y consentidos todos los actos posteriores que avanzaron hacia la fijación de la cuota alimentaria, atento a que, conforme el art. 644 del CPCyC) "el juez, sin necesidad de petición de parte, deberá dictar



sentencia dentro de cinco días contados desde que se hubiese producido la prueba ofrecida por la actora". Agregando "Admitida la pretensión, el juez fijará la suma que considere equitativa y la mandará abonar por meses anticipados, desde la fecha de interposición de la demanda", y en punto a ello el demandado no pudo haber desconocido que éste era el objeto del proceso y que sobre él recaería la condena como alimentante.

Así, dictada la sentencia el 19 de febrero de 2014 (fs. 35/37) con los sucesivos descuentos realizados en los haberes del demandado, no se advierte que la nulidad introducida el 21 de abril de 2015 (fs. 61/67) sea la vía opta para reeditar el proceso a los fines de alegar sobre su actual situación económica o los rubros alimentarios que considera indebidamente alcanzados por la retención.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la resolución dictada a fs. 92/93 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada al recurrente vencido (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 Juan Medori

Dra. Audelina Torrez – SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 505395/2014) – Interlocutoria: 507/15 – Fecha: 18/12/2015

DERECHO PROCESAL: Medidas autosatisfactivas.

MEDIDAS AUTOSATISFACTIVAS. PROPIEDAD HORIZONTAL. DAÑOS POR FILTRACIONES. DEBER DE PREVENCIÓN DEL DAÑO. ACCIÓN PREVENTIVA. LEGITIMACIÓN.

1.- Prevista para supuestos especiales en el C.Civil la función preventiva del daño (art. 1067, art. 1071 -lesión a la intimidad-, art. 2499 -daño temido-, art. 2618 -inmisiones-; y en en las leyes N°13.512 -propiedad horizontal-, N° 22262 -competencia desleal- y N° 24240- defensa del consumidor, entre otros) en el nuevo Código Civil y Comercial se produce un avance relevante cuando se enuncia su aplicación en forma general para todos los casos. [...] También en estos casos se admite una legitimación amplia, por la que sólo se debe acreditar un interés razonable en la prevención del daño -art. 1012-, regulando finalmente que la sentencia a dictarse debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1013).

2.- En relación a la naturaleza misma de acción preventiva, su admisibilidad y



modalidad de cumplimiento que aquí se decide es el resultado de flexibilizar los exactos alcances del principio de congruencia y el debido proceso adjetivo, como consecuencia también de haber ponderado la profesionalidad de la accionada -IPVU- en la actividad de construir viviendas –enunciada en su propia ley de creación- y su ilimitada existencia como entidad estatal tanto como su capacidad económica, mientras el actor es una persona humana, con una vida limitada tanto como la posibilidad que ha tenido de gozar de la vivienda que tenía destino el uso familiar, y el no menor antecedente de haberse visto obligado a instar en los últimos 14 años diversas causas contra la misma demandada, siempre bajo el mismo sustento fáctico: la acreditada omisión injustificada con amenaza de ruina del inmueble, aún en su conjunto.

3.- Corresponde hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto y en la misma medida admitida la acción preventiva en el contexto de un proceso voluntario y urgente, se condena a la accionada a que dentro del plazo de ciento ochenta (180) días de notificada la presente cumpla con la obra que haga cesar en forma definitiva el proceso de ruina al que afecta el edificio destinado a viviendas familiares (...) , como consecuencia del paso de fluidos de la unidad funcional de la que es propietaria (Departamento N° 9), a la del el actor (Departamento N° 7) situada en la planta inmediatamente inferior, todo ello respetando las directrices establecidas en el expediente administrativo citado (...) y las reglas del arte, así como, asumiendo la totalidad del costo o gasto que ello requiera.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de Diciembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA" (Expte. N° 505395/2014) 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,

CONSIDERANDO:

I.- Que a fs. 21/27 obra el memorial del actor fundando el recurso de apelación interpuesto contra la resolución del 10 de noviembre de 2014 (fs. 8/9); pide se la revoque y se haga lugar a la acción interpuesta.

Considera confusa y poco clara las causales expuestas por la juez de grado para rechazar la medida autosatisfactiva, denuncia la falta de análisis de la prueba, fundamentalmente, la documental presentada, que se descarte la urgencia y gravedad del caso; critica que en el caso se requiera la acreditación del daño, incurriendo en contradicción al soslayar la vulneración del derecho constitucional de usar y disponer libremente de su propiedad.

La decisión de grado rechaza in limine la demanda autosatisfactiva interpuesta para que el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo de Neuquén cumpla las reparaciones necesarias en el inmueble de propiedad del actor, como consecuencias de los líquidos que fluyen desde un inmueble de su propiedad. Se funda en la falta de concurrencia de los requisitos de admisibilidad que habilitan su trámite, como son la urgencia, tratándose de un conflicto que data de veinte años y requiere de la producción de un profuso número de pruebas, así como, por la existencia de un proceso entre las mismas partes que se encuentra concluido, donde se demandó la indemnización de daños y perjuicios y no la



realización de reparaciones.

II.- Que el actor plantea demanda autosatisfactiva para que el Instituto Provincial de la Vivienda y Urbanismo de Neuquén cumpla con su obligación de hacer, consistente en todas las reparaciones necesarias en su inmueble del que es titular, identificado como Departamento 7 sito en el primer Piso, Tira F 2, Módulo "F", B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier, y el cese el daño que ocasionan los líquidos que fluyen a él desde ubicado en la planta superior, individualizado como Departamento 9.

Que resultan antecedentes de la presente las constancias del Expediente Administrativo N° 4100-011237/2009-00004/2012 emitido por los funcionarios y profesionales de la propia entidad pública, entre ellos, el informe de la inspección realizada el 23 de agosto de 2012 en la que observan anomalías, se hacen recomendaciones y se indican los trabajos a realizar para que el edificio esté habitable y prevenir daños (fs. 63/74).

Así, en el departamento 7 de propiedad del actor, se comprobó seriamente afectado por el ingreso de agua sobre los locales húmedos, cocina y baño, por su depósito en períodos prolongados, llegando a la marca de 30cm sobre su nivel, provocando la destrucción de sus solados y con manchas de humedad en todas sus paredes; al igual que en el dormitorio contiguo al sanitario, con marcos de puerta con deformaciones y corrosión, que dificultan su apertura.

Luego en el departamento 9, se halló como anomalía que las paredes de la cocina presentan machas de humedad proveniente de alguna rotura de las instalaciones, la cañería de desagüe de la pileta de cocina en contrapendiente, el baño con manchas de humedad, con afectación del sistema eléctrico.

El dictamen, concluye que:

"El Dpto.7 presenta daños que lo hacen inhabitable. Previo a la reparación del mismo deberá realizarse un estudio exhaustivo de las instalaciones de provisión de agua y de desagüe del edificio en general, incluyendo al menos los departamentos 7, 9 y 11 (este último, al que no se pudo acceder, está ubicado inmediatamente superior al dpto 9). A partir de dicho estudio surgirán las reparaciones que se necesita realizar y su magnitud.

"Será conveniente también realizar un estudio del estado de la losa sobre el baño y la cocina, ya que la exposición a la humedad directa por un tiempo prolongado puede provocar patologías de importancia en el hormigón.

"Los deterioros observados en el Depto 9 son menores y afectan sólo a la pintura de las paredes. Debería, no obstante, verificar el estado de la instalación eléctrica para ratificar o rectificar lo expresado por la habilitante. La anomalía que presenta el desagüe de la pileta de cocina debería ser corregida a partir del estudio de las instalaciones.

"Los deterioros en el Dpto. 7 son de importancia y deberían realizarse, luego de realizar los estudios en las instalaciones y la losa previamente indicados, los siguientes trabajos:

- Reconstrucción de revoques.
- Reparación de la instalación eléctrica.
- Provisión y colocación de nuevas aberturas.
- Provisión y colocación de nuevos pisos en baño, cocina, estar, lavadero, pasillo y un dormitorio.
- Pintura en general.
- Provisión de muebles de cocina.
- Limpieza general".

Precede a este informe y conclusión, el estudio de la estructura resistente realizado en el departamento del actor que cumpliera el Ing. Civil Eduardo A. Skop, a instancia del organismo público entre noviembre y abril de 2013 (fs. 47/62), del que resulta un mayor detalle de los daños, y la aplicación del método de "Ensayos No Destructivos" para recabar datos, que le permitió concluir que: "la estructura resistente del edificio no manifiesta síntoma alguno que haga presumir que la misma se encuentre comprometida en su estabilidad frente a sollicitaciones externas como las ocurridas hasta la fecha" (5).

De todas formas en el punto siguiente (6) amplió sus conclusiones y formuló recomendaciones que resultan de interés para los presentes:

"El desprendimiento de material y la presencia de humedad en el interior del departamento guardan relación con posibles pérdidas en las cañerías del departamento superior" (2), y refiriéndose al proceso de corrosión del acero



utilizado en el hormigón, determina que "Este tipo de patologías bastante frecuentes ponen en peligro la solidez de los elementos afectados. Por lo que sería necesario interrumpir de manera inmediata las pérdidas de agua y reparar los elementos afectados como son las losas sobre lavadero, baño y cocina."

Lo reseñado se corresponde con los mismos daños y causa que constituyó la controversia decidida por sentencia del 23.02.2005 dictada en "TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2)– confirmada por la Alzada con fecha 31.10.2005, causa que requerida, se fiene a la vista, y de la que resultó la condena de la aquí demandada para que le abone al actor la indemnización del daño provocado en su departamento, incluyendo lo que ya había erogado como los necesarios para volver a repararlo.

Acerca de los daños constatados en el inmueble de propiedad del actor, su nexa causal con las condiciones del departamento del piso superior, la juez de grado en aquella ocasión avaló lo dictaminado por sucesivos profesionales del arte:

"En cuanto a los daños materiales que el actor invoca, así de la pericia realizada en autos "Trebino Fernando C/ I.P.V.U. s/ Prueba Anticipada" Expte. 263908/1, a fs. 48 el Perito Gardés detalla como deterioros existentes en el inmueble de propiedad del actor deterioro de pintura y afectación de revoques finos en el cielorraso de cocina, baño, lavadero, un dormitorio, living comedor y asimismo en sus paredes superiores, observa además que los marcos de aberturas de la puerta de cocina, baño y lavadero se encuentran oxidadas.

"A fs. 385 el Perito designado en autos, informa que el departamento 7 de planta baja presenta un grave deterioro en cielorrasos y revoques superiores de cocina, lavadero, baño y antebañ, observa además manchas de humedad en el encuentro de cielorrasos y muro en dormitorio y en el local estar, pintura en muros y marcos metálicos en dichos locales.

"A las informaciones brindadas por los peritos cabe agregar las declaraciones testimoniales de autos, así el Sr. Joel López a fs. 378 relata que efectuó trabajos en el departamento de propiedad del actor, menciona que pintó la casa completa y que estaba destruida por la humedad, dichas tareas según sus dichos las realizó en el año 1997, menciona textualmente "me parece que revocaron el baño porque entraba mucha humedad del departamento de arriba y la cocina también por lo que me acuerdo.

"De lo expuesto, tengo por acreditado que efectivamente la vivienda del actor presenta los deterioros por él descriptos, resta considerar el origen de los mismos.

"Al respecto nuestro Código Civil adopta la teoría de la causalidad adecuada y, en consecuencia, se atribuye la categoría de causa solamente a aquella condición que generalmente es apropiada para producir el resultado, es decir la condición adecuada al resultado.

"Bajo está óptica, estimo que las pericias son concluyentes al respecto: A fs. 48 del Expte. 263908/1, el Perito Gardes en cuanto al origen de las filtraciones expone "por el sitio donde se observan las filtraciones (cielorraso y parte superior de las paredes con los ambientes húmedos como baño, cocina y lavadero) se deduce que las mismas están originadas en las instalaciones del departamento inmediatamente superior al afectado" descarta toda posibilidad de pérdidas en otras instalaciones, cabe agregar que no es posible descalificar tal conclusión por el solo hecho de que el mismo afirme se deduce, ya que dicha afirmación es suficiente para tener por acreditado que el factor eficiente del daño proviene del departamento 9.

"A fs. 363 el perito de autos, es aún más determinante en sus afirmaciones, el mismo expresa "Existen filtraciones en el departamento 7. El origen de las mismas, no quedan dudas, provienen del departamento superpuesto ubicado en el nivel inmediatamente superior (departamento 9)", agrega que no advierte mantenimiento periódico en el departamento 9 y que el uso ulterior de las instalaciones del mismo trae aparejado problemas de habitabilidad en el departamento 7.

"El ingeniero Sosa al estimar las reparaciones a efectuar se refiere además a las necesarias en el Departamento 9 y afirman que las filtraciones provienen de las cañerías de agua fría caliente y deficiencias en desagües.

"A fs. 440 el Sr. Domina arquitecto dependiente de la demandada, declara que la humedad se transmitía por los caños de agua y descarga de cloacas.



Luego, sobre la atribución de responsabilidad, argumentó:

"Acreditado el nexo de causalidad, cabe considerar la responsabilidad que le cabe a la demandada. En este sentido, la misma resulta responsable en su carácter de dueña, al efecto me remito al informe obrante a fs. 324/325 que da cuenta que la misma era su titular registral (por lo menos hasta el momento en que se admitió la escrituración en el expediente iniciado por dicha parte contra el Sr. Tojo), no obstante diré que resulta irrelevante que la posesión sea ejercida por el tercero citado, al menos en lo que hace a la responsabilidad de la demandada, ya que la misma contaba con facultades de inspeccionar la vivienda y en todo caso de proceder a la desadjudicación de la misma en caso que el tenedor precario no cumpliera las obligaciones a su cargo.

A ello se suma que la demandada conocía el problema, al respecto basta considerar los diversos reclamos administrativos efectuados por el actor para obtener una solución, más aún conociendo el problema la demandada implícitamente admite su responsabilidad al disponer que se arbitren los mecanismos para que el adjudicatario del departamento 9 escribire; adviértase que a fs. 50 del Expte 2714-22513/99 el Asesor letrado Dr. Goncálvez dictaminaba "en otro orden de ideas ha de tenerse presente que se rechazó el reclamo articulado por el Sr. Trebino Fernando Abel, justamente por el hecho de haber transmitido la propiedad del inmueble que causa daños, al Sr. Tojo Ricardo, seguramente el Sr. Treviño Fernando Abel intentará un recurso jerárquico ante el Sr. Gobernador de la provincia con el objeto de agotar la vía administrativa y eventualmente acudir a la justicia, por lo que es imprescindible determinar la conducta a seguir, es decir instar a la escrituración del inmueble a favor del Sr. Tojo Ricardo desplazando de esta forma la responsabilidad del organismo o bien proceder a su desadjudicación con lo que sin más recaería sobre éste organismo la responsabilidad por los daños causados", la transcripción expuesta es casi una confesión del demandado en cuanto a la responsabilidad que le compete en el caso de marras y descarta los argumentos de dicha parte en su responde como eximente de responsabilidad toda vez que la misma era admitida con anterioridad al inicio de la presente (el dictamen data del 8 de Agosto de 2000).

Así, interpuesta la demanda el 17.12.2002 recién luego del requerimiento elevado a la Honorable Legislatura del Neuquén, la accionada se presenta depositando el monto de la condena el 10.07.2006.

A.- Abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la calidad de propietarios y ocupante de unidades funcionales afectadas a propiedad horizontal se acredita con los antecedentes reseñados y de ello, legitimados para ser acreedores y deudores conforme derechos y deberes derivadas de tal situación jurídica, por ser sustancial conforme lo enunciado por el nuevo Código Civil y Comercial en el Título V "PROPIEDAD HORIZONTAL" de su Libro Cuarto – DERECHOS REALES, aplicable a los presentes por expresa previsión de su artículo 7°.

Precisamente, el informe de dominio de fs. 35/37 da cuenta que, a pesar del tiempo transcurrido y la advertencia realizada por la juez de grado se ha mantenido en cabeza de la demandada la propiedad de la unidad funcional de la que provienen los fluidos, calidad por la que se le impone responder por los deberes relacionados al mantenimiento de la cosa de tal forma que ello no genere daño a terceros, y sin perjuicio de que el guardián u ocupante del bien concorra en la responsabilidad derivada de la conducta ilícita, habiéndose identificado en este último carácter al adjudicatario administrativo del bien, el Sr. Ricardo Oscar Tojo, todo ello conforme previsiones de los arts. 2046, 2047, 1973 y 1757 del nuevo C.Civil y Comercial.

B.- Que dentro de las reglas establecidas en el régimen de la Propiedad Horizontal, el artículo 2047 prohíbe "perturbar la tranquilidad de los demás de cualquier manera que exceda la normal tolerancia" (inc. b) y "ejercer actividades que comprometan la seguridad del inmueble" (inc. c), entendido ello todo en el marco más amplio, que es poder usar las unidades funcionales, obviamente, conforme el reglamento de propiedad horizontal (inc. a).

Se agrega en el inc. e) del art. 2046 la obligación dirigida al propietario de permitir el acceso a su unidad funcional para realizar reparaciones de cosas y partes comunes y de bienes del consorcio, también para verificar el funcionamiento de cocinas, calefones, estufas y otras cosas riesgosas o para controlar los trabajos de su instalación.

A su vez, el art. 1757 contempla la responsabilidad por el daño causado por el riesgo o vicio de las cosas, a la que califica como objetiva, señalando taxativamente que no deben considerarse eximentes la autorización administrativa para su uso; la norma que le sigue -1758- individualiza a los sujetos responsables, estableciendo la concurrencia del



dueño con el guardián, y a este último como "quien ejerce, por sí o por terceros, el uso, la dirección y el control de la cosa, o a quien obtiene un provecho de ella".

Todas estas previsiones, por cierto, son derivación de la regla axiológica que impone el deber general de no dañar, receptado en el principio *alterum non laedere*, el que por sobre todas sus interpretaciones, no causar el daño comprende la de evitar que se produzca.

Este precepto fue afirmado en origen por algunos juristas paganos y luego por el pensamiento medioeval cristiano, supone un deber general de abstención que pesa sobre todos los individuos enderezados a que estos respeten los derechos absolutos y relativos (y toda situación jurídica relevante). A tal deber, no corresponde por contrapartida derecho subjetivo alguno -asunto que ha inquietado a algunos juristas-, pues es falso que, de forma inexorable, todo deber tenga por correlato un derecho. Por su lado Trigo Represas reafirma el sentir dominante en nuestro país sobre que el *alterum non laedere* constituye el primer precepto jurídico y moral que debe respetarse en una sociedad civilizada (conf. Mónica Barrera, La función preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, su impacto en el proceso civil y las facultades condenatorias e instructorias de los jueces, 16 de Julio de 2015 www.infojus.gov.ar Infojus Id Infojus: DACF150372).

Que prevista para supuestos especiales en el C.Civil la función preventiva del daño (art. 1067, art. 1071 -lesión a la intimidad-, art. 2499 -daño temido-, art. 2618 -inmisiones-; y en en las leyes N°13.512 -propiedad horizontal-, N° 22262 -competencia desleal- y N° 24240- defensa del consumidor, entre otros) en el nuevo código Civil y Comercial se produce un avance relevante cuando se enuncia su aplicación en forma general para todos los casos.

Regula el nuevo art. 1710 que es deber de toda persona, en cuanto de ella dependa:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;
- c) no agravar el daño, si ya se produjo.

Y el art. 1711, que la acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento, y sin exigir la acreditación de un factor de atribución a los fines de su procedencia.

También en estos casos se admite una legitimación amplia, por la que sólo se debe acreditar un interés razonable en la prevención del daño -art. 1012-, regulando finalmente que la sentencia a dictarse debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad (art. 1013).

Finalmente, el artículo 1973 del mismo cuerpo normativo, contempla bajo el título "Inmisiones", enunciadas como aquellas molestias que ocasionan el humo, calor, olores, luminosidad, ruidos, vibraciones o inmisiones similares por el ejercicio de actividades en inmuebles vecinos, poniendo como limite, que no excedan la normal tolerancia teniendo en cuenta las condiciones del lugar y aunque medie autorización administrativa para aquéllas.

Y que, según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la remoción de la causa de la molestia o su cesación, debiendo en este último caso, ponderar especialmente el respeto debido al uso regular de la propiedad, la prioridad en el uso, el interés general y las exigencias de la producción.

C.- A tenor del plexo fáctico y jurídico desarrollado, y sin perjuicio que el régimen de la propiedad horizontal para hacer cesar las infracciones dota al propietario o consorcio afectado de una acción urgente "que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local" (art. 2069 CCyC), anticipo la procedencia de la presente como "acción preventiva" (art. 1710/1711 CCyC.) asignándole el trámite dentro de la categoría de un proceso voluntario y urgente, por dirigirse a que la demandada cumpla con la obra que haga cesar en forma definitiva la ruina de un edificio destinado a viviendas familiares (Tira F 2, Módulo "F" del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro



E. Giachino de la ciudad de Plottier), como consecuencia del paso de fluidos de la unidad de la que es propietaria (Departamento N° 9), a la del actor, situada en la planta inmediatamente inferior (Departamento N° 7), todo ello respetando las directrices establecidas en el expediente administrativo citado (4100-011237/2009-00004/2012).

Conforme a lo expuesto, el recurso de apelación habrá de prosperar, sólo que parcialmente.

A tal fin, en la etapa de ejecución de esta sentencia, la accionada podrá requerir todas aquellas medidas que estime necesarias hasta la culminación de la obra, inclusive obtener el deshaucio temporario del o los ocupantes, del o los inmuebles afectados que integran la estructura edilicia (Tira F 2, Módulo "F" del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier) y en particular los Departamentos 7 y 9, debiendo informar mensualmente sobre la evolución, a cuyo fin en la instancia de grado se procederá a notificarlos con adjunción de una copia de este pronunciamiento.

1.- Para decidir favorablemente la admisibilidad de esta acción preventiva y condena de hacer, considero acreditados el riesgo cierto de ruina que amenaza la construcción evidenciados por los daños actuales por indicar que los defectos constructivos e instalaciones existentes en el bien de la demandada poseen vicios o defectos de funcionamiento, situación que no han variado en lo sustancial a la fecha de interposición de la demanda; ello aún luego de los reclamos administrativos de larga data, el posterior trámite de la citada causa "TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2) e inútiles los arreglos que fueron realizados en la propiedad del actor según la sentencia dictada y la erogación realizada transcurridos más de 20 años.

Luego, si bien el posterior y más reciente planteo administrativo que derivó en actos durante los años 2012/2014, y revelarían que la accionada seguiría un proceder coherente con su deber de actuar de buena fe, enfocándose en la etiología del daño, sus consecuencias y necesidad de una oportuna reparación -que además fue justipreciada- conforme el último informe del 23.04.2014, llama la atención la absoluta inacción, que lleva al actor a interponer esta demanda el 06.11.2014.

Así, mientras el reclamo indemnizatorio y por reparación de los daños comprobados en la propiedad del actor requerirá de ser bilateralizado -y en punto a ello la acción no prosperará- son precisamente la información, situaciones relevadas, datos, conclusiones, dictámenes y, fundamentalmente, la modalidad de saneamiento para evitar la ruina del edificio, los que definen la innecesariedad de renovar o reeditar su debate en un proceso de conocimiento -aún de plazos acotados- debiéndose priorizar en los presentes el "hacer" dirigido a evitar que se concrete la amenaza o certeza futura de que los daños habrán de impactar no sólo en los intereses del actor, sino a las restantes unidades funcionales, por la cierta probabilidad de que se esté afectando la estructura de todo el edificio, con riesgo para las personas, además por la degradación del sistema eléctrico, y que en definitiva acabe en una mayor ruina si no se adoptan de manera inmediata las medidas eficaces a tal fin.

La particularidad es que, en el caso, el bien comprometido es "la vivienda destinado a uso familiar", socialmente preciados y cuyo acceso enunciado en los art. 38, inc. k), 45 inc. 4) es objeto de especial y máxima tutela, que se integra con el derecho personal de propiedad reconocido en el art. 24, y al de gozar de una familia en el art. 46, y a la más amplia garantía del art. 14 bis de la Carta Magna Nacional.

Y no menos que el sujeto sometido al deber de prevenir el daño en tales bienes, sea el Instituto Provincial de la vivienda y urbanismo de Neuquén, el que a tenor del art. 1 de la Ley N° 1043 fue creado como ente autárquico para funcionar como organismo descentralizado del área del Ministerio de Obras y Servicios Públicos, con relevantes objetivos a cumplir que son enunciados en su art. 2°, entre otros: proveer soluciones y atender las necesidades de los sectores en situación de desamparo, a fin de permitir su acceso a la vivienda; regularizar la situación dominial de las viviendas adjudicadas y a adjudicar por parte de este Instituto, así como continuar con las acciones necesarias para el cumplimiento de los contratos ejecutados o en curso de ejecución, y/o toda otra vinculación jurídica originada en la actividad desarrollada por el mismo, con competencia y capacidad para realizar todos los actos administrativos y negocios jurídicos que sean necesarios para el desarrollo de sus fines y el ejercicio pleno de sus facultades como personas jurídicas de derecho público, con encuadre en las normas legales de la Nación y de la Provincia.

Así la urgencia que impone la obligatoria remediación no se encuentra disociada de los objetivos, fines, especialidad,



profesionalidad y capacidad que detenta la entidad en la construcción de viviendas, cuando por un lado la edificación fue concebido por la misma accionada como un plan de vivienda para uso familiar.

Y también que, según las constancias de las últimas actuaciones administrativas, los propios funcionarios y expertos contratados, dictaminaron con certeza que de seguir el proceso de degradación de los bienes e instalaciones, se alterará incluso la situación que detentan los restantes propietarios y ocupantes del edificio, todo ello conforme haberse informado un incremento constante del daño que hace suponer razonablemente que lo llevará a su ruina de no abordarse inmediatamente la remediación de sus causas; y en punto a ello, las pruebas colectadas en sede judicial lo habían avalado.

2.- En el caso, definida ya la legitimación, lo mismo cabe concluir en relación a los requisitos de procedencia de la acción preventiva, al confluir:

a) Una omisión antijurídica: Consistente en no haber realizado la demandada aquellas obras en su propiedad destinadas a evitar que continúe produciéndose el proceso dañoso constatado, así como el futuro y cierto agravamiento del estado del inmueble del piso inferior por filtraciones provenientes de aquel, con alcance a la ruina de toda la estructura. Máxime cuando era de su conocimiento, y en este sentido, fueron suficientemente claros los argumentos de la sentencia dictada donde se indemnizó al actor por los daños sufridos al comprobarse qué los originaba.

b) La amenaza: Si bien en el caso ya se verifica el daño en el bien del actor, existe la amenaza de que ello no sólo perdure sino incluso, se agrave, probabilidad objetiva informada por los profesionales especialistas (Ingenieros Aguilar y Skop), que además se extienda a objetos comunes de relevancia estructural del edificio, como son las columnas y lozas de hormigón armado, donde el hierro que es su fortaleza se encuentra sometido a la oxidación y corrosión, formando parte las últimas del piso y techo de las unidades funcionales.

c) La lesión a un interés: Como anticipara, se ha evidenciado que la omisión de la accionada se vincula inmediatamente con la amenaza de mayores daños para el futuro, atento a que los dictámenes justifican que se seguirá produciendo, sin descartar que alcance cosas comunes del edificio e impacto en otros departamentos linderos.

d) La posibilidad de detener la actividad: Los datos relevados, conclusiones y propuestas de abordaje tanto en sede judicial como administrativa, son suficientemente indicativos de los actos necesarios para hacer cesar el estado de las cosas y, en la práctica, factibles de concretar atento la capacidad profesional y económica de la demandada frente al actor, como víctima, y parte más débil a los fines de acceder a la solución.

e) El factor de atribución: En el caso, y aún cuando no constituya un requerimiento, el Registro de la Propiedad Inmueble informa la calidad de propietaria del inmueble de cuyos vicios provienen los fluidos, con lo que se tiene por concretada la exigencia (arts. 1757 y 1758 del CCyC), condición que se ha mantenido invariable en el tiempo, al igual que la presencia de un tercero también advertido y objeto de análisis en la sentencia dictada en los autos "TREBINO FERNANDO ABEL C/ I.P.V.U. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. 291130/2), sobre el que se expresó: "... resulta irrelevante que la posesión sea ejercida por el tercero citado, al menos en lo que hace a la responsabilidad de la demandada, ya que la misma contaba con facultades de inspeccionar la vivienda y en todo caso de proceder a la desadjudicación de la misma en el caso que tenedor precario no cumpliera las obligaciones a su cargo. A ello se suma que la demandada conocía el problema, al respecto basta considerar los diversos reclamos administrativos efectuados por el actor para obtener una solución, más aún conociendo el problema la demandada implícitamente admite su responsabilidad al disponer que se arbitren los mecanismos para que el adjudicatario del departamento 9 escritura a pesar del tiempo transcurrido".

Con el análisis hasta aquí desarrollado, estimo superado el test de probabilidad respecto del deber de prevención del daño a cargo de la perseguida.

3.- Los antecedentes reseñados permiten tener por acreditado que mas allá de un interés –exigencia mínima en las acciones preventivas- el actor titulariza un derecho cuya procedencia resulta palmaria conforme a las normas citadas, tratándose de una de las víctima del ilícito por omisión en que incurre la accionada, derivándose en cierta la amenaza



de sufrir un mal mayor al ya constatado, pudiendo llegar a la degradación total del bien, que se suma a la actual frustración de su destino por la imposibilidad de usufructuarlo.

Este derecho –más que verosímil- evidente y ostensible se integra con urgencia derivada de la amenaza de ruina acreditada.

Queda así habilitar un proceso en el que se otorga preferencia a la celeridad, confiriendo la tutela efectiva en tiempo útil de tal forma de evitar que se frustre un derecho palmario o líquido, con desplazamiento de la garantía de defensa en juicio, que se difiere en la impugnación posterior por vía de los recursos, quedando así asegurada la igualdad.

Por ello, aún cuando la doctrina y jurisprudencia han sostenido que planteos como el que nos ocupa sean sustanciados previamente, ello habrá de ceder frente al peligro cierto e inminente de que se concrete un perjuicio mayor y que se frustre la efectividad de la tutela; máxime dados los recaudos que justifican la orden para que se cumplan de manera inmediata y urgente aquellas obras necesarias para que, eliminando la fuente del daño, cese el estado de amenaza de la ruina del edificio, y cuya concreción estará a cargo la demandada, como sujeto pasivo legitimado en lo sustancial, en su carácter de dueño y autorizante de que la unidad funcional de la que se derivan los fluidos, sea ocupada por un tercero, y más allá de que éste eventualmente concorra en la responsabilidad por el ilícito (arts. 1757/1758).

Los arts. 58 y 59 de la Carta Magna Provincial aseguran la tutela judicial efectiva y el acceso irrestricto a la justicia mediante acciones expeditas y rápidas para remediar todo acto de acción u omisión de las autoridades públicas o de particulares, en aquellos supuestos donde compruebe una lesión, o la amenaza actual e inminente, a derechos y garantías constitucionales, comprobándose en el caso su afectación y en los que la ilegalidad manifiesta radica en la injustificada omisión de realizar aquellos actos destinados a prevenir el daño o mitigar su agravamiento, conforme se lo impone con precisión a toda persona el nuevo Código Civil y Comercial (art. 1710 y sgtes).

4.- En relación a la naturaleza misma de acción preventiva, su admisibilidad y modalidad de cumplimiento que aquí se decide es el resultado de flexibilizar los exactos alcances del principio de congruencia y el debido proceso adjetivo, como consecuencia también de haber ponderado la profesionalidad de la accionada en la actividad de construir viviendas –enunciada en su propia ley de creación- y su ilimitada existencia como entidad estatal tanto como su capacidad económica, mientras el actor es una persona humana, con una vida limitada tanto como la posibilidad que ha tenido de gozar de la vivienda que tenía destino el uso familiar, y el no menor antecedente de haberse visto obligado a instar en los últimos 14 años diversas causas contra la misma demandada, siempre bajo el mismo sustento fáctico: la acreditada omisión injustificada con amenaza de ruina del inmueble, aún en su conjunto.

III.- Es sabido que pretensiones como la aquí introducida y admitida, no constituyen una medida cautelar, sino un proceso de especialísimas características que se agota con su admisión, y quien más se ha aproximado a su conceptualización, Jorge W. Peyrano, en su obra "Medidas Autosatisfactivas" (Ed. Rubinzal Culzoni 2004) lo ha definido como "un procedimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota –de ahí lo de autosatisfactiva- con su despacho favorable no siendo necesario entonces, la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento, no constituyendo una medida cautelar, por más que en la praxis muchas veces se la haya calificado, erróneamente, como una cautelar autónoma" (pag. 13).

Coincidimos con Hernan Martínez en su concepto sobre la jurisdicción voluntaria y, más aún, nos tientan los efectos a que refiere como "consecuencias de interpretar las autosatisfactivas como actos de naturaleza administrativa" (por ende, de jurisdicción voluntaria), pero creemos que no lo son. Dice Santiago Sentis Melendo: "No constituye ninguna confesión atrevida ni desfachatada el decir que yo no sé con calidad lo que es la jurisdicción voluntaria" y acota: "Al fin y al cabo, el problema me lo he planteado muchas veces; lo que ha sucedido es que no lo he podido resolver". Bien, a nosotros nos pasa lo mismo, sólo que ni siquiera han sido muchas las veces que nos lo hemos planteado. En realidad, nos parece acertado el método de clasificación y, por ende de conceptualización, que enuncia el siempre vigente Francesco Carnelutti. En lo que aquí resulta de interés, sólo recordaremos las diferencias entre la función represiva o preventiva que puede tener el proceso. Carnelutti comienza enunciando cómo cuando los intereses de los coasociados dejan de ser compatibles y colisionan se genera un peligro para la paz social pero no un daño, porque



puede ocurrir que uno de los interesados tolere su insatisfacción, o que, entre ambos, medie un acuerdo. Pero ese "peligro" se convierte en "daño" (para la paz social) cuando, no mediando ninguna de aquellas hipótesis, los interesados pasan a ser contendientes. Allí, el conflicto de intereses se ha actualizado, ha estallado, se ha transformado en litis y la jurisdicción debe utilizar su herramienta típica (el proceso) de manera represiva, es decir, que de sofocar inmediatamente esa alteración de la paz social. Si el conflicto sólo existe en potencia (está latente, pero no ha estallado), la función del proceso puede ser preventiva de la litis, es decir, puede operar para que la paz social no se dañada y exija salir a apagar el incendio. Los mecanismos predispuestos para actuar la función represiva del proceso reciben, en su conjunto, el nombre de procesos contenciosos y los predispuestos para actuar la función preventiva, se denominan procesos o actos de jurisdicción voluntaria. Ugo Rocco, quien sostenía que "La diferencia entre jurisdicción verdadera y propia (contenciosa) y jurisdicción voluntaria está, por lo tanto, en esto: que la primera es verdaderamente jurisdicción, al paso que la segunda es "actividad administrativa", criticó la posición de Carnelutti diciendo que "No es tampoco verdad que la distinción esté en esto, que la jurisdicción verdadera y propia tenga la finalidad de reprimir las violaciones del derecho, y la jurisdicción voluntaria la de prevenirlas. Hay, por el contrario muchos casos en que la jurisdicción verdadera y propia tiene la finalidad de prevenir la violación de los derechos (por. Ej., proceso de simple declaración de certeza, proceso cautelar o de conservación)". Indudablemente, Rocco no reparó en que jamás Carnelutti habló de "... reprimir las violaciones del derecho" sino de reprimir el estado de alteración (daño) de la paz social componiendo la litis, como que tampoco se refirió a prevenir violaciones de derechos, sino de litis (conflictos intersubjetivos, actuales, de intereses). De allí que no sean incompatibles una y otra teoría, porque ningún desatino configura que el proceso contencioso (esto es, con función represiva) sea verdaderamente jurisdicción, y el proceso voluntario (aquel con función preventiva) de actividad –materialmente-administrativa. Lo cierto es que cuando se previene la litis por medio del ejercicio de esta actividad administrativa en cabeza de órganos del Poder judicial, dando eficacia jurídica a la voluntad privada (inter volentes) ya sea, simplemente, documentando dicha voluntad (vgr., protocolización de instrumentos), ya comprobando si se cumplen todos los requisitos establecidos para que le sean otorgados efectos jurídicos (homologación de convenios), etcétera, el Estado interviniente en la formación de las relaciones jurídicas declarando la certeza en una forma característica y determinada, no de la existencia o inexistencia de las relaciones jurídicas (jurisdicción verdadera y propia o contenciosa), sino de la conveniencia o de la legalidad, o de la verificación de las condiciones establecidas por la ley, para que un acto cumplido o por cumplirse por los particulares. De ello puede concluirse que, en la función preventiva de la litis, cuando el Estado ejerce función administrativa por medio de los órganos del Poder Judicial, esa intervención es una conditio sine qua non para la producción de efectos jurídicos. Y es allí, justamente, en donde creemos que no encajan las medidas autosatisfactivas, y ello por la simple razón de que los efectos jurídicos –administrativos- no podrían cumplirse sin la intervención del órgano judicial, circunstancia que no se presenta en los ejemplos típicos de medidas autosatisfactivas. Efectivamente, el perturbador de la intimidad de otras personas puede cesar en su actividad sin la intervención de órgano judicial alguno; de la misma manera, los administradores de la sociedad pueden –en realidad: deben- permitir el examen de los libros a los demás socios sin que el juez decreta "las medidas necesarios". ... "Para distinguir los actos de jurisdicción contenciosa de los actos de jurisdicción voluntaria –dijo allí Chiovenda-, es necesario mirar a la sustancia más bien que a la forma. Cuando el magistrado no es llamado a suplir capacidades jurídicas defectuosas, y a cooperar en la formación de estados jurídicos, o al desarrollo del comercio jurídico, sino a actuar derechos, a comprobar y reparar la infracción de deberes jurídicos de partes frente a partes (inter nolentes), los mismos son de jurisdicción contenciosa" Con lo que hasta aquí se ha expresado, y con el compromiso de un estudio profundizado, queda fijado el ascenso a una de las disyuntivas ¿Puede, desde esta posición, lograrse consecuencias prácticas tan importantes como las que destaca Hernán Martínez?. En realidad creemos que sí, pero ello a condición de respetar a ultranza una serie de presupuestos; la evidencia del derecho, la urgencia de la tutela (la presencia de estos dos postulados hará que la medida sea de excepción), y la estructura monitoria. Es que nosotros creemos, y no de ahora, que hay realidades litigiosas que no soportan la pendencia, es decir, que no resisten todo un período de tramitación y requieren una respuesta inmediata. (Pag. 715/719) ... La medida autosatisfactiva es para nosotros las



sentencia que obviando (o, en su caso, difiriendo) el contradictorio (estructura monitoria) decide, de manera inmediata y con vocación de definitividad, sobre la insatisfacción de un derecho evidente. De allí que consideramos, al igual que Hernán Martínez, que estas medidas no admiten sustanciación; pero ello, no porque lo resultado no tenga carácter declarativo, sino porque entendemos que la declaración de un derecho evidente exime de toda tramitación (¿o será, acaso, menester discutir con los administradores el derecho de un socio a examinar los libros de la sociedad?). También admitimos que nacerán de la ley porque, necesariamente, los derechos serán evidentes en la medida que se conformen con una pauta rígida del ordenamiento jurídico objetivo que se demuestre incumplida (vgr. El derecho a la intimidad, el caso del futbolista Maradona que plantea J. Peyrano, etc) (Pag. 723)(Conf. Gustavo Alejandro Ríos, "Las medidas autosatisfactivas como proceso jurisdiccionales excepcionales caracterizados por dar respuesta inmediata a conflictos surgentes calificados por la evidencia de los derechos", obra citada, "Medidas Autosatisfactivas").

El proceso de cognición plena y exhaustiva resulta absolutamente incapaz de garantizar una tutela preventiva adecuada. Este modelo de proceso clásico es fiel reflejo del modo como se concibió el rol del juez a partir de la revolución francesa. El juez sólo era la "boca de la ley" (Montesquieu), la función de las sentencias era sólo "declarativa" del Derecho, no admitiéndose que el juez diera órdenes. Este modo de ver las cosas subordinaba al Poder Judicial al Legislativo y favorecía una visión estática y legalista del derecho. Tal concepción reflejaba la idea de una rígida delimitación de los poderes de intervención estatal en la esfera privada, respondía al temor a los excesos de cualquiera de ellos ya la certeza de que la "legalidad" aseguraría el funcionamiento previsible e imparcial de los tribunales. Sin embargo, casi doscientos años después se produce una reacción que sin llegar a retornar al derecho natural a la manera que éste se presentó en los siglos XVII y XVIII confía al juez la misión de buscar para cada litigio particular una solución equitativa, razonable y eficaz dentro de lo que el sistema jurídico le permite hacer. Hoy no es concebible la función del juez limitada a la mera declaración del derecho sino que se admite su poder para dar órdenes, lo que ha aproximado la concepción continental del derecho a la concepción anglosajona, regida por la tradición del "Common Law". Sin embargo nuestra tradición jurídica es renuente a permitir la tutela preventiva, que involucra conferir al juez un rol que excede de la mera declaración del derecho. Adviértase verbigracia que ello resulta del propio texto del art. 1142 del Código de Napoleón, por el cual toda obligación de hacer o no hacer, en caso de incumplimiento, se resuelve en pérdidas y daños. Sin embargo la tutela declarativa, precisamente porque no determina un hacer o un no hacer, resulta impotente para permitir la prevención del daño y principalmente la tutela de las nuevas situaciones jurídicas que en su mayoría poseen contenido extrapatrimonial. Todo esto revela que el sistema clásico no fue pensado para permitir la tutela preventiva, o más aún que la doctrina clásica no se preocupaba por la tutela preventiva de los derechos, pues entendía que la única tutela contra el ilícito se constituía mediante la reparación del daño. Actualmente se ha destacado que prevenir el daño o su agravamiento constituye una de las funciones más excelsas del sistema jurídico y que si es imprescindible una tutela preventiva también es necesaria la construcción de un procedimiento autónomo y suficiente para la prestación de esta modalidad de tutela. Vale decir: es preciso contar con un procedimiento ágil, adaptable a la urgencia inherente al caso y que culmine con una sentencia que ordene bajo pena de multa y que admita una tutela jurisdiccional anticipatoria de igual naturaleza. Se trata de una tutela que mira siempre hacia el futuro (Mabel De los Santos, El amparo y la medida autosatisfactiva como vías procesales para la prevención del daño, en Rev. de Der. Proc., N° 2, p. 377 y ss, Edit. R. Culzoni, oct de 2002).

IV.- Que conforme a las consideraciones expuestas, haciendo lugar parcialmente al recurso interpuesto y en la misma medida admitida la acción preventiva en el contexto de un proceso voluntario y urgente, se condena a la accionada a que dentro del plazo de ciento ochenta (180) días de notificada la presente cumpla con la obra que haga cesar en forma definitiva el proceso de ruina al que afecta el edificio destinado a viviendas familiares identificado como Tira F 2, Módulo "F" del B° 175 Viviendas Cap. De Fragata Pedro E. Giachino de la ciudad de Plottier, como consecuencia del paso de fluidos de la unidad funcional de la que es propietaria (Departamento N° 9), a la del el actor (Departamento N° 7) situada en la planta inmediatamente inferior, todo ello respetando las directrices establecidas en el expediente administrativo citado (4100-011237/2009-00004/2012) y las reglas del arte, así como, asumiendo la totalidad del costo o gasto que ello requiera.



A tal fin, en la etapa de ejecución de esta sentencia la accionada deberá informar entre los días 1 a 5 de cada mes sobre la evolución de la obra, pudiendo requerir todas aquellas medidas que estime necesarias, inclusive obtener el deshaucio temporario del o los ocupantes de las Unidades funcionales o Departamentos de la edificación, en particular los Departamentos N° 7 y 9, a quienes también se les notificará la presente sentencia en la instancia de grado y a la demandada con adjunción de las copias de la demanda y documental en el domicilio real denunciado, todo ello a cumplirse en la instancia de grado. Debiendo restituirse al actor los seis sobres cerrados consignados como pliego declaración testimonial.

V.- Atento a la forma en cómo se decide, las costas se imponen a cargo de la condenada en su carácter de deudora de la obligación de hacer dirigida a hacer cesar el daño (art. 68 del CPCyC).

VI.- Regúlanse los honorarios profesionales del Dr. ..., por la actividad cumplida en su calidad de letrado patrocinante del actor en la suma total de \$7.400, tratándose de un proceso voluntario sin valor determinado o determinable (arts. 6, 7, 9, s.s. y c.c. Ley 1594).

A fs. 75: Estese a la sentencia que antecede.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto de conformidad a lo explicitado en el punto IV de los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la condenada en su carácter de deudora de la obligación de hacer dirigida a hacer cesar el daño (art. 68 del CPCyC).
- 3.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ..., por la actividad cumplida en su calidad de letrado patrocinante del actor en la suma total de PESOS SIETE MIL CUATROCIENTOS (\$7.400), tratándose de un proceso voluntario sin valor determinado o determinable (arts. 6, 7, 9 y s.s. y c.c. Ley 1594).
- 4.- Al escrito de fs. 75, estese a la presente resolución.
- 5.- Disponer que se cumpla en la instancia de grado con las notificaciones dispuestas en el punto IV y la devolución al actor de los sobres cerrados.
- 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](#)

"S.E.J.U.N. Y OTROS 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.: 511028/2015) – Interlocutoria: 510/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

OBRA SOCIAL. PRESTACIONES MEDICO ASISTENCIALES. SINDICATO. FALTA DE LEGITIMACION ACTIVA. DISIDENCIA.

- 1.- El objeto de la presente acción es garantizar la regularidad de las prestaciones médico asistenciales, pues el amparo se orienta a lograr que se ordene a la obra social que implemente los mecanismos de cobro sobre deudas que registra tanto el Poder



Ejecutivo provincial como sus reparticiones autárquicas, para evitar el sistema de reintegro. Pero el objeto pretendido excede el marco limitado de esta acción, pues este remedio excepcional no puede ser utilizado para direccionar las gestiones de cobro de deudas que la obra social provincial, debe implementar -a través de sus órganos de administración y gobierno- para regularizar la situación conflictiva que está atravesando. Por lo tanto, la actora carece de legitimación para reclamar o compeler al ISSN (de manera directa o indirecta) para que realice el cobro de las acreencias que le son debidas. Ello es así, toda vez que la obligación de cumplimiento de los descuentos y, su consecuente ingreso a la obra social, se encuentra conferido a ella y no a la amparista, quien por ende carece de legitimación para requerir el cumplimiento de las obligaciones que en tal aspecto la Ley 611 y sus modificatorias pone en cabeza del ISSN. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

2.- El incumplimiento que se atribuye a los entes estatales, no puede ser reclamado de manera directa o indirecta por el amparista a través de un procedimiento expedito, urgente y excepcional como el amparo, sobre todo cuando existe una ley que establece la forma en que los mismos deben abonar las deudas que mantengan con el Instituto y las consecuencias que dicho incumplimiento acarrea para los funcionarios encargados de efectuar los descuentos y depósitos de dichos aportes. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

3.- Más allá de que la actora haya fundado su amparo en el derecho a la salud, dicha referencia a éste derecho constitucional en modo alguno habilita el reclamo concreto de deudas dinerarias por parte de los obligados a ello, cuando actualmente es la propia actora la que reconoce que las causas que motivaron la presente acción han cesado, por lo que sin dejar de reconocer la existencia de problemas en la prestación de la salud, lo cierto es que el Instituto continúa prestando sus servicios, sin que se advierta ni se alegue una situación tal que justifique la procedencia del amparo, cuando existen otras vías para lograr el cometido aquí peticionado. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

4.- Abordando las cuestiones planteadas en el recurso se advierte que el "objeto" de la pretensión, esto es que se ordene a la obra social a que arbitre los medios necesarios para garantizar la continuidad, universalidad y regularidad de las prestaciones médico asistenciales, y aquellos necesarios para efectivizar el cobro de las deudas de las que resulta acreedora ante el Poder Ejecutivo y diferentes entidades autárquicas provinciales, se ha concretado en la medida de lo convenido junto con las autoridades de los Ministerios involucrados, concretando el beneficio que alcanza también a la universalidad de sus representados, también afiliados, y ajeno a ello que la actora no haya participado del cónclave y acuerdo, por lo que el tratamiento de la



controversia ha derivado en abstracto luego que el sujeto al que se dirigía el reclamo de garantía, asumiera las mismas de manera convencional. (del voto del Dr. Medori, en minoría).

5.- Emerge innecesario el confronte del pronunciamiento de grado con la oposición que intenta la parte por vía recursiva, al quedar insubsistente aquel requisito intrínseco de admisibilidad de toda pretensión o actuación, que es el interés procesal (del voto del Dr. Medori, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de diciembre de 2015.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "S.E.J.U.N. Y OTROS C/ I.S.S.N. S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 511028/2015), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL NRO. 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 resolución de fs. 29/31 vta. declara inadmisibile el amparo por considerar que el mismo no cumple con los requisitos del art. 1 de la Ley N° 1.981. Para así resolver se sostiene, que los actores no señalan ningún acto u omisión por parte del ISSN que viole los derechos que dicen conculcados. Por el contrario, del propio relato que efectúan en la demanda, surge que son los prestadores médicos quienes han decidido la implementación de la prestación por vía de reintegro para los afiliados de Instituto, para los días 19 y 20 del corriente mes y año. Sin perjuicio de ello y en atención a las causas que relatan como generadoras de la acción llevada a cabo por los prestadores del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (deficientes políticas de administración de los recursos del ISSN y demás órganos de la Administración Pública), se interpreta que las mismas exceden el marco de la acción de amparo, resultando además cuestiones políticas no justiciables, y por ende no revisables, en tanto opera allí el área de reserva del Poder Ejecutivo y sus Entes Autárquicos.

II.- Esa decisión es apelada por los actores, en los términos del memorial que luce a fs. 32/36.

En donde luego de mencionar los antecedentes del caso, manifiestan que la resolución en crisis efectúa una errónea interpretación de la plataforma fáctica e indican, que si bien es cierto que los prestadores médicos procedieron a suspender las prestaciones médicas, no es menos cierto y así se encuentra probado, que la medida obedeció a la cesación de pagos en la que se encuentra incurso el ISSN.

Interpretan, que en esa impronta y no habiendo controversias respecto de las razones que determinaron la suspensión de las prestaciones médicas, el requisito de ilegalidad surge como evidente, dado que tal como se sostuviera en la acción, el Estado Neuquino tiene una fuerte obligación de garantizar el derecho a la salud, en sus acepciones de acceso, regularidad e integridad, en relación a toda la población.

Afirman, que teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 134, 135 y 141 de la Constitución Nacional y en el art. 96 de la Ley N° 611, es evidente que el ISSN no está cumpliendo con los deberes legales a su cargo y que dicha omisión constituye una severa transgresión que configura la ilegalidad necesaria para la procedencia de la acción.

Sostienen, que la falta de prestaciones médicas se debe a que el Instituto no le paga a los prestadores en franca violación a su deber de realizar todos los fines del Estado provincial en materia de salud.

En otro orden, y en cuanto a la vigencia de la presente acción, resaltan que pese a que los prestadores médicos han concluido la medida de retención de prestaciones, ello no obsta a la admisibilidad del amparo, puesto que el levantamiento de la medida por parte de los prestadores se debe a la realización de pagos parciales por parte del ISSN, pero ello no significa que en un futuro próximo no se produzcan nuevos atrasos que den lugar a nuevas retenciones de las prestaciones.

Destacan, que los pagos efectuados por el Instituto solo cubren un magro porcentaje de la deuda histórica con los



prestadores pero de ninguna manera sanean la situación de la obra social ni garantizan la continuidad y regularidad de las prestaciones médicas.

Por otra parte, afirman, que en el caso no se trata de cuestiones políticas no justiciables; nada más ajeno a la realidad porque no existe ni debe existir ningún acto del estado exento de control dado que ello significaría una abierta violación al sistema de frenos y contrapesos propio de la forma republicana de gobierno, como asimismo una violación al derecho a la tutela judicial efectiva y más concretamente a la legalidad que debe presidir todas las acciones de la administración.

Consideran, que en relación al componente discrecional que le asigna la sentenciante resulta necesario poner de manifiesto que la discrecionalidad –en el caso de que existiera- no significa legitimar el accionar infundado o caprichoso de la administración. Agregan, que las potestades discrecionales de la administración, no constituyen una esfera ilimitada de libertad; por el contrario, reconoce límites, y por lo tanto, dicha actividad del estado está sujeta a controles específicos, de manera tal de suprimir cualquier tipo de arbitrariedad o irrazonabilidad.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diré que el objeto de este amparo, tal como se desprende de su escrito postulatorio, se circunscribe a “que se le ordene a la demandada (ISSN) que disponga los medios necesarios para garantizar la continuidad, universalidad y regularidad de las prestaciones médico asistenciales”; y para que “arbitre los medios necesarios para efectivizar el cobro de las deudas que a la fecha registran tanto el Poder Ejecutivo como diferentes entidades autárquicas provinciales para con el ISSN; y para que observe estricto cumplimiento de la manda contenida en el art. 3º de la Ley Provincial N° 611”.

Asimismo, y para evitar la continuación y consumación definitiva del daño actual sufrido por su parte, pide se decrete medida cautelar genérica para que se ordene la continuidad de las prestaciones médico asistenciales bajo cobertura directa y automática, sin aplicación del sistema de reintegro.

Consecuentemente, advierto que el objeto de la presente acción es garantizar la regularidad de las prestaciones médico asistenciales, pues el amparo se orienta a lograr que se ordene a la obra social que implemente los mecanismos de cobro sobre deudas que registra tanto el Poder Ejecutivo provincial como sus reparticiones autárquicas, para evitar el sistema de reintegro.

IV.- Ahora bien, tal como lo he sostenido en otras oportunidades, el amparo es un remedio excepcional, de carácter restrictivo, reservado para aquellas cuestiones de suma urgencia que requieran un tratamiento especial y que no tenga designada para su tramitación otra vía de índole judicial o administrativa destinada a tal fin.

Y no obstante reconocer el minucioso trabajo desplegado por la parte recurrente en su escrito de sostenimiento de la apelación, estimo que el mismo no puede prosperar, teniendo en cuenta, entre otras cosas, el criterio que viene sosteniendo esta Sala en reiteradas oportunidades, (PS-2006-Nº87-TºII-Fº332/334; PS-2006-Nº1-TºI-Fº1/5; PS2006-TºII-Fº261/264, entre otros), en relación al carácter restrictivo con el que debe interpretarse la viabilidad de este remedio procesal.

Dentro de este límite es que debe encarrilarse el planteo efectuado. Tal es así que aún ante la existencia de los hechos denunciados por los amparistas -a mi entender- no corresponde buscar su solución a través del amparo bajo el entendimiento que éste medio es el “más rápido y eficaz”, pues ello no puede servir de pretexto para obviar las disposiciones legales específicas. Una interpretación contraria desvirtuaría –sin lugar a dudas- el objetivo que se ha tenido en miras al implementarse esta vía, repito, de carácter excepcional, logrando así su ordinarización.

Y si bien, el Poder Judicial tiene el control de la actividad del resto de los Poderes del Estado, ello debe ser sin desnaturalizar las funciones de cada uno dentro del esquema republicano de gobierno que consagran nuestras Constituciones Nacional y Provincial.

En tal sentido, el crecimiento de los planteos por esta vía impone a los jueces el desafío de afinar y unificar criterios, de manera tal que se pueda mantener al amparo en su lugar de garantía sin que se desborde la actividad otorgada al Poder Judicial, transformándolo en legislador o gobernante en desmedro de su función constitucional.

Una interpretación distinta a la propiciada desnaturalizaría el carácter de la acción de amparo, convirtiéndolo en regla en vez de excepción lo que, por cierto, en la práctica judicial obstaculizaría la agilización que cabe darle a situaciones



que no pueden –en función de la urgencia y gravedad que revisten- prolongarse en el tiempo.

Aquí, el amparista ha elaborado sus fundamentos en base a preceptos constitucionales, invocando la necesidad de contar con tutela efectiva para los administrados, pero el objeto pretendido excede el marco limitado de esta acción, pues este remedio excepcional no puede ser utilizado para direccionar las gestiones de cobro de deudas que el Instituto de Seguridad Social de la Provincia del Neuquén, debe implementar –a través de sus órganos de administración y gobierno- para regularizar la situación conflictiva que está atravesando.

Por lo tanto, la actora carece de legitimación para reclamar o compeler al ISSN (de manera directa o indirecta) para que realice el cobro de las acreencias que le son debidas.

Ello es así, toda vez que la obligación de cumplimiento de los descuentos y, su consecuente ingreso a la obra social, se encuentra conferido a ella y no a la amparista, quien por ende carece de legitimación para requerir el cumplimiento de las obligaciones que en tal aspecto la Ley 611 y sus modificatorias pone en cabeza del ISSN.

Por su parte, la Ley provincial N° 2692, hace puntualmente referencia a los recursos del Instituto, y en su artículo 12 establece: “Los tres Poderes del Estado provincial, a través de sus reparticiones responsables, sus organismos centralizados y descentralizados, las entidades autárquicas, autónomas, municipalidades y comisiones de fomento adheridas, están obligados a: a) Practicar los descuentos al personal de su dependencia y liquidar las contribuciones a cargo del empleador, conforme a esta ley y demás disposiciones que se dicten. b) Depositar mensualmente a nombre del Instituto, dentro de los cinco (5) días de efectuado el pago, los descuentos y contribuciones a cargo del empleador, en las agencias o sucursales del Banco Provincia del Neuquén SA (BPN SA) o donde lo indique el Instituto. c) Remitir dentro de los cinco (5) días de efectuado el pago, las planillas de sueldos y jornales que correspondan a los descuentos, aportes y demás contribuciones a cargo del empleador con los comprobantes de depósitos respectivos. d) Comunicar al Instituto, dentro de los cinco (5) días de producidos, los decretos y resoluciones de altas y bajas del personal, sus licencias, sanciones y otros. e) En general, cumplimentar en tiempo y forma las demás disposiciones que la presente ley establece, o que la autoridad de aplicación competente disponga.

El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el presente artículo hará responsables a los funcionarios que tengan la administración y la efectiva disposición de los fondos de los entes, organismos, reparticiones, municipios adheridos o empresas que se trate.

Sin perjuicio de las responsabilidades establecidas, la Tesorería de la Provincia deducirá de los giros de fondos que se detallan a continuación, las sumas que se adeuden al Instituto, depositando dentro de los dos (2) días hábiles dichos montos a nombre del mismo: a) Participaciones en el producido de impuestos que correspondiere a los municipios adheridos y a los Poderes Judicial y Legislativo. b) Toda remesa o transferencia que deba realizar a cualquier organismo centralizado, descentralizado, ente o empresa, y hasta su concurrencia. A tal efecto, la liquidación que practique el Instituto será suficiente para proceder a la retención, depositándose el importe a nombre del mismo. El procedimiento de deducción indicado precedentemente será de aplicación a todos los entes indicados en el primer párrafo del presente artículo respecto de las participaciones de impuestos, contribuciones o recursos propios de los mismos. La adhesión al presente régimen implica la aceptación sin reservas del procedimiento de deducción establecido...”.

De allí entonces, que el incumplimiento que se atribuye a los entes estatales, no puede ser reclamado de manera directa o indirecta por el amparista a través de un procedimiento expedito, urgente y excepcional como el amparo, sobre todo cuando existe una ley que establece la forma en que los mismos deben abonar las deudas que mantengan con el Instituto y las consecuencias que dicho incumplimiento acarrea para los funcionarios encargados de efectuar los descuentos y depósitos de dichos aportes.

En otro aspecto, a los fines de decidir la procedencia o no de esta vía de carácter excepcional, es de suma importancia indagar clara y concretamente si los efectos del acto u omisión que motivan la interposición de la presente acción se encuentra “vigentes” o resultan “inminentes” al momento de resolver esta cuestión, conforme lo preceptúa el art. 1 de la Ley N° 1981, que establece: “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 e ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías



explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia...".

Por lo tanto, más allá de que la actora haya fundado su amparo en el derecho a la salud, dicha referencia a éste derecho constitucional en modo alguno habilita el reclamo concreto de deudas dinerarias por parte de los obligados a ello, cuando actualmente es la propia actora la que reconoce que las causas que motivaron la presente acción han cesado, por lo que sin dejar de reconocer la existencia de problemas en la prestación de la salud, lo cierto es que el Instituto continúa prestando sus servicios, sin que se advierta ni se alegue una situación tal que justifique la procedencia del amparo, cuando existen otras vías para lograr el cometido aquí peticionado.

En consecuencia, por las razones expuestas propiciaré al Acuerdo que se rechace el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se confirme la resolución de origen en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

Así voto.

El Dr. Marcelo Juan MEDORI dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar al acuerdo que el fundamento para confirmar la resolución de grado que rechaza la pretensión, lo constituye la situación de haber devenido aquella abstracta, haciendo innecesario el pronunciamiento del tribunal.

Sin costas, conforme la forma en cómo se decide (art. 68 del CPCyC).

II.- Que abordando las cuestiones planteadas en el recurso se advierte que el "objeto" de la pretensión, esto es que se ordene a la obra social a que arbitre los medios necesarios para garantizar la continuidad, universalidad y regularidad de las prestaciones médico asistenciales, y aquellos necesarios para efectivizar el cobro de las deudas de las que resulta acreedora ante el Poder Ejecutivo y diferentes entidades autárquicas provinciales, se ha concretado en la medida de lo convenido junto con las autoridades de los Ministerios involucrados, concretando el beneficio que alcanza también a la universalidad de sus representados, también afiliados, y ajeno a ello que la actora no haya participado del cónclave y acuerdo que se transcribe a continuación:

"En la ciudad de Neuquén, a los 11 días del mes de diciembre de 2015, se reúnen por un aparte el Sr. Ministro de Gobierno y Justicia, Mariano Gaido, el Sr. Ministro de Salud y Desarrollo Social, Ricardo Corradi Diez, y el Sr. Administrador del ISSN, Néstor Marfín.

En representación de ATE los Srs. Carlos Quitriqueo y Jorge Marillan.

Luego de un largo intercambio de posiciones, los representantes del Poder Ejecutivo Provincial se comprometen: 1) a garantizar las prestaciones a los afiliados del ISSN que fueran suspendidas por la asociación de clínicas de la provincia; 2) a gestionar una reunión con representantes de la asociación de clínicas; 3) a generar un ámbito de trabajo a los fines de buscar una solución de fondo, en forma mancomunada, al déficit de la caja jubilatoria. Asimismo hacen saber que no se aumentarán los aportes personales que realizan los afiliados al ISSN ni la edad jubilatoria.

Los representantes del PEP solicitan el inmediato levantamiento de las medidas de fuerza que afectan el normal funcionamiento del ISSN.

Los representantes de ATE solicitan que no se apliquen sanciones disciplinarias ni descuento de días por las medidas de acción directa.

Manifiestan que someterán la propuesta del Poder Ejecutivo a las asambleas. Sin más, se firman 4 ejemplares de un mismo tenor y a un solo efecto."

Que emerge innecesario entonces el confornte del pronunciamiento de grado con la oposición que intenta la parte por vía recursiva, al quedar insubsistente aquel requisito intrínseco de admisibilidad de toda pretensión o actuación, que es el interés procesal, definido por Lino Palacio "como la necesidad o imprescindibilidad del proceso para satisfacer, en cada caso concreto, el derecho afirmado como fundamento de aquella", señalando el porqué: "Desde que no es de incumbencia de los jueces hacer declaraciones abstractas o académicas, sino decidir "colisiones efectivas de derechos".

El citado autor explica con cita de Calamandrei: "El interés procesal en obrar y contradecir surge precisamente cuando se verifica en concreto aquella circunstancia que hace considerar que la satisfacción del interés sustancial tutelado por el derecho no puede ser ya conseguida sin recurrir a la autoridad judicial, o sea cuando se verifica en



concreto la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional" (Derecho Procesal Civil, Tº I, Pag. 411/412) para concluir en que "constituye también uno de los requisitos que debe reunir la oposición a la pretensión (interés en contradecir)" y agregando que "no es un requisito privativo de la pretensión y de la oposición a ésta, sino que es común a todos los actos procesales" (Pag. 414/415).

La Corte Nacional ha sostenido: "... donde no hay discusión real entre el actor o el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción; o donde las cuestiones a decidir no son concretas o los sucesos ocurridos han tomado imposible para la Corte acordar una reparación efectiva, la causa debe ser considerada abstracta" (Fallos: 193:524), y que "...con arreglo a jurisprudencia reiterada no corresponde pronunciamiento alguno de esta Corte, en los supuestos en que las circunstancias sobrevinientes han tomado inútil la decisión pendiente, a los fines propios de la causa" (Fallos: 243:146 y 286:220).

Que, como anticipara, el tratamiento de la controversia ha derivado en abstracto luego que el sujeto al que se dirigía el reclamo de garantía, asumiera las mismas de manera convencional; y aún loable el compromiso asumido en forma conjunta de sus participantes, que no excluye a la actora, a los fines de contribuir al fortalecimiento del sistema público asistencial y de la previsión social.

Luego, la insubsistencia del reclamo obsta a que este tribunal se pronuncie, desde que no constituye atribución jurisdiccional expedirse para atender consideraciones teóricas o académicas.

Se ha dictado en este sentido que: "Cuando la cuestión se ha tornado abstracta en virtud de un suceso sobreviniente, se verifica la sustracción de la materia justiciable, (...) Es deber de los tribunales pronunciar sus sentencias atendiendo al estado de cosas existentes al momento de resolver, ya que no es posible que los jueces resuelvan cuestiones que en el curso del proceso han quedado vacías de contenido o para responder a un interés meramente académico. (...)" (Trib. Dres.: Vicente, Garros Martínez, Musalem, Posadas. - Doctrina: Dra. von Fischer. - Causa: DECOTEVE S.A. VS. TELE RED IMAGEN S.S. -TELEVISION SATELITAL CODIFICADA S.A.-TORNEOS NETWORK S.A. AMPARO. APELACION. Expte. N 20.992/99 de Corte FECHA: 16/05/00.L.69: 611/616. CORTE DE JUSTICIA)...".

III.- Conforme lo expuesto, derivando abstracto el tratamiento del objeto del proceso, propiciaré al acuerdo que, con semejante fundamento, se rechace el recurso de apelación articulado; sin costas, atento a la forma en cómo se decide (art. 68, 2do. párrafo del CPCyC).

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 resolución dictada a fs. 29/31 y vta., en todo lo que ha sido 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 - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"J. D. C. E. C/ G. D. F. S/ TENENCIA S/ INC. DE ELEVACION E/A 70594/15" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 920/2015) – Interlocutoria: 512/15 – Fecha: 29/12/2015

DERECHO DE FAMILIA: Tenencia.



RECONVENCIÓN. TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. DESACUERDO.
PRINCIPIOS GENERALES DE LOS PROCESOS DE FAMILIA. PRINCIPIOS RELATIVOS A LA PRUEBA.

Cabe hacer lugar a la reconvencción introducida por el progenitor en el marco de un proceso de tenencia iniciado por la madre en donde denuncia la retención de las niñas e impedimento de contacto por vías de hecho, con medida cautelar de restitución. Ello así, pues llama la atención la denegatoria del tribunal a una petición procesal habitual en este tipo de procesos, referida a la atribución judicial del ejercicio de la responsabilidad parental a uno de los progenitores ante el desacuerdo de las partes, tal lo establecido en el art. 642 del Cód. Civ. y Com. Con argumentos meramente procesales se deja a merced de los hechos la llamada tenencia de los hijos, siendo que el demandado se ha presentado expresamente a requerir el reconocimiento judicial de su derecho. La economía procesal y la amplitud probatoria también apoyan la procedencia de la reconvencción, y así lo contempla el citado código en su art. 710, tanto como cuando señala los principios generales de los procesos de familia en el art. 706. Por su parte un proceso único en que las partes debatan ampliamente sus pretensiones también garantizará de forma más efectiva el interés de los menores, y en punto a ello, la contraria no ha planteado oposición.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de Diciembre del año 2015

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "J. D. C. E. C/ G. D. F. S/ TENENCIA S/ INC. DE ELEVACION E/A 70594/15" (Expte. INC N° 920/2015) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 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 parte demandada interpone recurso de apelación subsidiaria contra la providencia simple del 3 de julio del 2015 (fs. 11), presentando memorial a fs. 12/13.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al denegar la reconvencción planteada cuando se persigue el decreto judicial expreso que reconozca la tenencia de las menores en cabeza del progenitor, no siendo suficiente una mera suposición y afectándose gravemente el derecho de defensa.

Solicita se revoque el fallo recurrido, dando curso a la reconvencción planteada.

Corrido el pertinente traslado la parte actora no contesta.

II.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis no hace lugar a la reconvencción formulada, argumentando que no existe demanda nueva y que basta para satisfacer la pretensión esgrimida el mero rechazo de la acción. Al desestimar la reposición, el magistrado asegura que se encuentra garantizado el derecho del recurrente, destacando que la tenencia de hecho la detenta el mismo y que no se limita la prueba en forma alguna (fs. 15/16).

De las constancias de autos surge que la madre demanda la tenencia de las niñas, denunciando retención de las mismas e impedimento de contacto por vías de hecho, con medida cautelar de restitución (fs. 1/3); el padre contesta, peticionando se rechace la demanda y reconviene solicitando la tenencia de las hijas (fs. 7/10); se deja constancia de la inasistencia de las partes a la audiencia fijada (fs. 6).



El artículo 357 del Código Procesal estipula expresamente: "Reconvención. En el mismo escrito de contestación deberá el demandado deducir reconvención, en la forma prescripta para la demanda, si se creyere con derecho a proponerla. No haciéndolo entonces, no podrá deducirla después, salvo su derecho para hacer valer su pretensión en otro juicio." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 46 y 47 de la Const. Prov.; 638 y ss. del Cód. Civ. y Com.; y 34 inc. 2 del Cód. Proc.).

La ley acuerda al demandado, en oportunidad de contestar a la demanda, la facultad de deducir reconvención, a la que cabe definir como una pretensión procesal interpuesta por aquel frente al actor y que debe ser tramitada y resuelta conjuntamente con la pretensión que motivó el proceso pendiente. Se incorpora un nuevo objeto, se trata de una acumulación sucesiva por inserción de pretensiones y el fundamento del instituto reside en la economía procesal, sin perjuicio de que en muchos casos la reconvención responde a la necesidad de evitar el pronunciamiento de sentencias contradictorias. La reconvención requiere cierto grado de relación con las cuestiones propuestas en la demanda y es admisible la pretensión excluyente. Mediante la reconvención, el demandado introduce al proceso un nuevo objeto, que podría haberlo sido de un proceso independiente, y por lo tanto, el reclamo de un pronunciamiento positivo que le reconozca la titularidad de un derecho susceptible de efectivizarse contra el actor, con prescindencia del pedido de rechazo de la pretensión interpuesta por éste. (p. 271 y ss., t. VI, Derecho Procesal Civil, Palacio).

Llama la atención la denegatoria del tribunal a una petición procesal habitual en este tipo de procesos, referida a la atribución judicial del ejercicio de la responsabilidad parental a uno de los progenitores ante el desacuerdo de las partes, tal lo establecido en el art. 642 del Cód. Civ. y Com.. Con argumentos meramente procesales se deja a merced de los hechos la llamada tenencia de los hijos, siendo que el demandado se ha presentado expresamente a requerir el reconocimiento judicial de su derecho.

La economía procesal y la amplitud probatoria también apoyan la procedencia de la reconvención, y así lo contempla el citado código en su art. 710, tanto como cuando señala los principios generales de los procesos de familia en el art. 706.

Por su parte un proceso único en que las partes debatan ampliamente sus pretensiones también garantizará de forma más efectiva el interés de los menores, y en punto a ello, la contraria no ha planteado oposición.

La jurisprudencia ha dicho que "Si ambas pretensiones están íntimamente ligadas al punto que no podrían decidirse por separado, si no se discute la competencia del juez, se dan los requisitos que hacen procedente la reconvención." (C2°CivComMercedes, 26.2.70, JA1970-640-77; CNCiv, sala A, 11.11.96, LL 1997-B-809; p. 366, CPCCCom. Fassi-Maurino).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteara el recurso, deberá hacerse lugar a la apelación, revocando la resolución recurrida y debiendo darse curso a la reconvención incoada, sin costas en la alzada atento la forma en que se ha suscitado la incidencia.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

- 1.- Revocar la resolución dictada a fs. 11 y vta., debiendo darse curso a la reconvención incoada.
- 2.- Sin costas en la alzada atento la forma en que se ha suscitado la incidencia.
- 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](#)

"SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO 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.: 26781/2010) – Acuerdo: 15/15 – Fecha: 01/04/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. NEGATIVA DE LA RELACION LABORAL. PRESUNCIONES. FALTA DE REGISTRACION LABORAL. INJURIA LABORAL. INTIMACION. PERSONAS JURIDICAS. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. INDEMNIZACION POR DESPIDO.

1.- Teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales de las que surgen que existió la relación laboral del actor con el demandado sin que se hubiese registrado la relación y que cuando dicha situación se regularizó en los recibos de haberes que le entregaban figuraba como empleador de otra empresa, permite tener por acreditado que era práctica de la accionada mantener relaciones laborales “en negro”, extremo este que sin duda alguna demuestra que dicha forma de actuar [vínculos laborales clandestinos] importó un hábito generalizado mediante el cual los incoados actuaron en fraude a las leyes laborales, tributarias y de la seguridad social, circunstancia ésta que me lleva a la convicción de que el accionante fue objeto de igual tratamiento; por tanto debe estarse a la presunción de la existencia del contrato de trabajo conforme lo prevé el Art. 23 de la L.C.T. [P 1018 DJA], en atención a que el trabajador demostró la dación de servicios y la prestación de tareas a favor de la empresa incoada; más aún, cuando en autos no obra prueba alguna que me permita colegir que los servicios prestados por el trabajador lo fueron como consecuencia de otro tipo de relación.

2.- Teniendo presente que en autos se encuentra acreditada la existencia del vínculo laboral corresponde tener por acreditado el despido en las condiciones alegadas y reputárselo arbitrario máxime si se tiene en cuenta que la negativa de la relación laboral por parte del empleador faculta al trabajador a denunciar el contrato de trabajo.

3.- La ruptura de la relación laboral se produjo por exclusiva culpa de la parte demandada en atención a la negativa del vínculo, situación esta que fue considerada como una grave injuria laboral que impidió la prosecución de la relación de trabajo.

4.- En los supuestos en que la persona jurídica realiza actos tendientes a encubrir una relación laboral, abona salarios en “negro” o articula maniobras a fin de desconocer u ocultar la existencia del vínculo resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores y administradores por vía de lo dispuesto en los arts. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, ello así en atención a que



no cabe duda que se despliega una conducta que viola la ley, el orden público, la buena fe, frustra derecho de terceros y, consecuentemente, constituye un fraude laboral que perjudica en forma directa al dependiente, toda vez que este último se ve privado de los beneficios derivados del empleo debidamente registrado.

5.- Corresponde extender en forma solidaria la condena patrimonial respecto al coaccionado, máxime si se tiene presente que en autos se encuentra plenamente acreditado que el codemandado es el presidente de la empresa con la cual mantuvo con el actor una relación laboral no registrada; que la empresa incoada luego de ser intimada a regularizar la situación negó la existencia de dicha vinculación y que el coaccionado personalmente estuvo involucrado en la toma de decisiones, pago de haberes al trabajador e instrucciones impartidas a aquel en el marco de la vinculación laboral.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Departamento Confluencia, Provincia del Neuquén, el primer (1) día del de Abril del año 2015, se reúne en Acuerdo 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 Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "SANZANA ALVAREZ LUIS ALBERTO C/ TIERRAS DEL SOL S.A. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 26781, Año: 2010), 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.- La sentencia de primera instancia de fecha 17 de noviembre de 2014 (fs. 298/307 vta.) que rechazó la demanda intentada por el Sr. Luis Alberto Sanzana Alvarez contra Tierras del Sol S.A. y el Sr. Guillermo Gómez Saavedra, en su carácter de presidente de la persona jurídica accionada, es recurrida por la parte actora mediante apelación interpuesta y fundada a fs. 316/321 vta., remedio procesal concedido en providencia de fs. 322.

II.- 1.- El accionante, en primer lugar, cuestiona lo decidido en el origen por entender que el judicante ha efectuado una incorrecta valoración del material probatorio producido en autos.

Sostiene que de la prueba testimonial rendida en la causa, en especial la de los Sres. Aguilera Hernández (fs. 203), Valdebenito (fs. 165), Gatica Tolguicen (fs. 198), Pavesicuto (fs. 196) –cuyos testimonios transcribe parcialmente–, surge que en el periodo junio-septiembre de 1995 el accionado Gómez Saavedra era la persona que impartía las instrucciones al personal, como así también la vinculación que tuvieron los deponentes con el accionado y que los pagos de haberes eran realizados por medio de recibos comunes o no oficiales.-

Manifiesta que Gómez Saavedra ocultó al personal a su cargo que ejercía una explotación como presidente de CO.MA.NE.SA., ocultamiento que a su entender se evidencia con la falta de entrega de recibos de haberes al personal y la no formalización por escrito del contrato de extracción de coihue, lo que generó en los trabajadores la convicción que el empleador era el accionado.

Expresa que por el principio de primacía de la realidad, los elementos de confirmación obrantes en autos y la falta de prueba aportada por la accionada, debió condenarse al incoado Gómez Saavedra como su empleador por haber sido éste quien lo contrato, dirigió su trabajo, pago lo haberes, sin haber invocado que lo hacía por una sociedad o persona jurídica de la cual es su titular como es de público conocimiento.

Destaca que no se encuentra acreditado en la causa que mantuviera vínculo laboral con CO.MA.NE.SA y que se



encontraba a cargo del accionado, conforme la teoría de las cargas dinámicas, probar dicha afirmación, máxime teniendo presente que nunca tuvo conocimiento de haber sido dado de alta como empleado de dicha sociedad.

Indica que el judicante no tuvo en cuenta las circunstancias bajo las cuales se desarrolló la relación laboral y omitió realizar un análisis exhaustivo de cómo ocurrieron los hechos, como así también de los extremos fácticos que les fueron ocultados por el incoado a sus dependientes.

Reitera que jamás tuvo conocimiento de que lo hubieran registrado bajo dependencia de CO.MA.NE.SA, y que nunca se le otorgó los recibos de haberes correspondientes, pero sin embargo, durante toda la relación laboral su patrón fue el Sr. Gómez Saavedra.

Cita doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso. Solicita que se revoque la sentencia apelada, determinándose que las accionadas –Tierra de Sol S.A. y Gómez Saavedra- han sido las empleadoras durante el tiempo que prestó servicios en Pucará, y, consecuentemente se las condene al pago de los rubros y montos reclamados.

2.- En segundo término critica la sentencia de primera instancia al sostener que el sentenciante ha aplicado erróneamente la presunción prevista en el art. 23 de la LCT [P 1018 DJA] y que a partir de dicho error se rechaza la demanda entablada en lo que hace a la relación laboral invocada entre los años 2000 y 2008.

Expresa que en la decisión en crisis se tiene por acreditado que prestó servicios en Tierras del Sol, sin embargo se sostiene, debido a la incorrecta aplicación de la presunción que nace de la norma citada precedentemente, que las mismas no fueron realizadas como dependiente de la incoada pese a no haberse producido prueba en tal sentido.

Indica que las declaraciones prestadas por el testigo Caitru resultan relevantes a fin de tener por probado que realizó tareas a favor de la empresa demandada y que dicha parte a fin de desvirtuar la presunción prevista en el art. 23 de la LCT [P-1018 DJA] debió producir prueba para acreditar que los trabajos realizados no fueron bajo su dependencia.

Sostiene que los dichos del testigo López resultan insuficientes debido a que éste cumplió las tareas que alude en su declaración en fecha posterior a la desvinculación laboral del accionante.

Manifiesta que la interpretación efectuada por el judicante es opuesta a la que debe realizarse conforme el claro texto del artículo aludido, motivo por el cual solicita se haga lugar al agravio en los términos pretendidos y, consecuentemente, se revoque la decisión apelada declarando procedente los rubros pretendidos.

III.- Corrido el pertinente traslado de ley a fs. 323/327 vta. se presenta la parte demandada contestando el traslado conferido a fs. 322.

1.- En primer lugar solicita se declare desierto el recurso de apelación por entender –conforme lo fundamentos que expone- que el escrito de agravios no reúne los requisitos exigidos por el art. 265 del C.P.C. y C., aplicable supletoriamente en autos.

Previo a contestar las quejas intentadas por el recurrente aclara que en autos no se ha podido probar ninguno de los hechos alegados en la demanda, por la simple razón que no han ocurrido como en ella se afirman. En síntesis, el Sr. Sanzana no ha podido probar que haya existido una relación de dependencia con Tierras del Sol S.A., en cambio se ha aportado prueba suficiente, que no solo desvirtúa la versión esgrimida en el escrito de inicio, sino que comprueba todo y cada uno de los hechos alegados en el responde.

2.- En respuesta al primer agravio sostiene que del escrito recursivo se desprende que el actor pretende responsabilizar al Sr. Gómez Saavedra en forma personal por haber ocultado su calidad de presidente de CO.MA.NE.SA., cuando el mismo fue traído a juicio como demandado solidario en su carácter de director de Tierra de Sol S.A., conforme las prescripciones del art. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales y 62, 63 y concordantes de la ley de contrato de trabajo [P 1018 DJA].

Señala que el reclamante no ha podido acreditar haber prestado servicios para los accionados y mucho menos las funciones alegadas en la demanda, en tanto de la prueba rendidas en autos se desprende que el actor jamás ha sido empleado de Tierra de Sol S.A. sino que en forma particular prestaba servicios de mantenimiento de parques y jardines y mantenimiento de pintura a distintas personas físicas y jurídicas propietarias de casas ubicadas dentro del barrio Tierra de Sol.

Expresa que también se encuentra acreditado que el accionante trabajó para la firma CO.MA.NE.SA en la fecha que



dice haber prestado servicios para la incoada.

Indica que resulta poco creíble que el accionante desconozca que trabajó bajo relación de dependencia de la CO.MA.NE.SA toda vez que de la prueba documental acompañada y de las declaraciones brindadas por los testigos por él ofrecidos se desprende que la concesión en Pucara era de la empresa aludida.

3.- Respecto al segundo agravio indica que la parte actor se limita a transcribir unos pocos testimonios parciales e imprecisos y omite otros que contradicen la versión intentada en el escrito de inicio, no hace alusión a lo que se desprende de la prueba documental como así tampoco de las actas labradas por la Subsecretaría de Trabajo y el Anses.

Sostiene que de la totalidad de la prueba rendida en autos surge claramente que la decisión del judicante es ajustada a derecho, toda vez que con la misma se logra desvirtuar la presunción prevista en el art. 23 de la LCT [P 1018 DJA].

Manifiesta que conforme lo alegado y probado, corresponde rechazar el recurso de apelación intentado por la parte actora y confirmar la decisión cuestionada, con costas.

IV.- A) Liminarmente y no sólo por haberlo planteado la parte apelada al contestar los agravios, sino en uso de las 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 (cfr. art. 534 ley 921).

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón de 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 recurso en análisis debe ser examinado.

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. Aragonese 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.

B) 1.- Ingresando al análisis de la queja sustentada por el recurrente es oportuno señalar -como lo he sostenido en el precedente "Yofre"- que de conformidad con lo normado por el art. 386 del C.P.C. y C. (aplicable supletoriamente en virtud a lo prescripto por el Art. 54 de la ley 921) la prueba producida en la causa debe ser valorada a la luz de las reglas de la sana crítica, las cuales suponen la existencia de ciertos principios generales que deben guiar en cada caso la apreciación de aquella y que excluyen, por ende, la discrecionalidad absoluta del juzgador. Se trata, por un lado, de los principios de la lógica, y por otro, de las "máximas de la experiencia", es decir, de los principios 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 1992, pág. 140). Los elementos de confirmación producidos en el transcurso de la litis deben ser ponderados en su conjunto, por la concordancia o discordancia que ofrezca el diverso material probatorio acompañado.- Así, las declaraciones testimoniales que individualmente consideradas puedan ser objeto de reparos, débiles e imprecisas, en muchos casos se complementan entre sí de modo tal que unidas, llevan al ánimo del juez la convicción de la forma en la que se produjeron los hechos base de la controversia (cfr. CNATrab., Sala I, -N.,E.F. c/ Ideas del Sur y T., M.H. s/ despido- 24-10-2014, RCJ1498/15).

Cabe agregar que cuando se niega la existencia del vínculo laboral y/o la prestación de servicios de una persona a favor de otra, la testimonial se erige en la prueba por excelencia del dato fáctico controvertido, cuya valoración debe efectuarse conforme a los principios reseñados precedentemente, pues los testigos se pesan y no se cuentan.

En este orden de ideas y luego de un pormenorizado análisis de las declaraciones testimoniales rendidas en autos, es dable destacar que el Sr. Valdebenito Valdebenito (fs. 165) al momento de deponer sostiene que el actor en el año 1996 trabajaba para el Sr. Gómez Saavedra en el aserradero de propiedad del nombrado que se encontraba en el asiento de Pucará; que el Sr. Sanzana se dedicaba al corte de rollizos; y que las tareas las cumplía en horario corrido de 6,30 o 7,00 de la mañana a 7,00 u 8,00 de la tarde, extremos estos que conoce por haber sido compañero de trabajo del demandante cuando laboraban en Pucará para el accionado Saavedra. Indicó también que el Sr. Gómez Saavedra y la Sra. Diana eran quienes daban las ordenes y abonaban los salarios; y que la nombrada en último término fue la persona que le pago lo que debía cobrar cuando fue despedido.

Por su parte el Sr. Aguilera Hernández (fs. 203 y vta.) manifestó conocer al actor desde el año 1995, debido a que en Octubre o Noviembre de dicho año fue contratado en forma verbal por Tierras del Sol S.A. y Gómez Saavedra para cortar caña coihue en Pucará, relación esta que se extendió durante 3 o 4 años, aproximadamente; que el Sr. Sanzana, junto a otras cuatro personas, laboraba en el aserradero portátil que se encontraba en dicho lugar; que el Sr. Gómez Saavedra era quien le impartía las ordenes al actor, extremo este que conoce debido a que cuando requirió tablas para construir el campamento de los cañeros en Pucará el accionado fue quien instruyó al accionante que las corte y se las entregue; que veía con frecuencia a los trabajadores del aserradero; y que el actor laboral en el aserradero hasta las 18,30 o 19,00 en invierno y hasta las 20,00 horas en verano.

Así también de la declaración bajo análisis surge que el testigo desconoce la relación que tenía Gómez Saavedra con el aserradero; que entre el lugar en que se encontraba la caña y el aserradero de Pucará había unos 600 metros aproximadamente; que el aserradero el primer tiempo estuvo en Pucara y luego se trasladó al lugar donde está situado Tierra del Sol; y que desde que se produjo el traslado del aserradero dejó de ver al actor y al resto del personal que laboraba en el mismo.

El testigo Gatica Tolguicen (fs. 168 y vta.), quien dijo conocer al actor desde el año 1995 o 1996 cuando llegó a trabajar a Pucará, cuando era CO.MA.NE.SA. y se había hecho cargo el señor Gómez Saavedra, expresó "En el mes de septiembre de 1995 o 1996 llegó a Comanasa el actor ya como empleado de Gómez Saavedra al igual que Néstor Cárdenas, trabajaba con un aserradero portátil que alquiló Gómez Saavedra y con eso iban a trabajar al bosque. El horario de trabajo era desde 7 de la mañana a 7 de la tarde aproximadamente.

Una vez que se fue el dicente sabe que el actor siguió trabajando pero no cuanto más, no supo más nada" (tex.).

Asimismo de la testimonial sub examen se desprende que la madera que trabajaba el actor en el aserradero portátil se mandaba al depósito que era de Comanasa; que el Sr. Gómez Saavedra se hizo cargo de Comanasa y el nombrado era quien daba las instrucciones y abonaba los salarios.

El Sr. PavesSicuto (fs. 196 vta.), compañero de trabajo del actor entre los años 1996 y 2000, expreso haber visto al Sr. Sanzana prestar tareas en Tierras de Sol, mas precisamente en el aserradero que a principio del año 96 estaba situado dentro del loteo de Tierra de Sol y que luego, a fin de dicho año, se traslado a Pucara; que el actor realizaba tareas con madera, movía el aserradero portátil y preparaba las maderas para la obra, ello debido a que la madera que se trabajaba en el aserradero era destinada a las construcciones que efectuaba Gómez Saavedra en el barrio Tierra de Sol; que la madera era transportada desde el aserradero situado en Pucará hasta el barrio en un camión propiedad de



Gómez Saavedra; que el empleador del actor era el Sr. Gómez Saavedra, persona esta que daba las instrucciones y abonaba los salarios; que el demandante laboraba, al igual que el dicente, de lunes a sábados de 8 a 20 horas; que a fines del año 2000 el Sr. Sanzana fue trasladado al loteo debido a que el aserradero que estaba en Pucura se instaló en el complejo Tierra de Sol, frente a una cabaña que se construían en dicho lugar; y que Gómez Saavedra era quien encabezaba el proyecto de construcción de las obras en el loteo Tierra de Sol.

El deponente también manifestó que el aserradero en el cual prestaba servicios el actor, como así también las maderas que se trabajaban y usaban en el lugar, eran de propiedad de Gómez Saavedra; y que los troncos provenían de Pucará. En relación al vínculo que lo unió al accionado indicó que fue empleado de Gómez Saavedra entre los años 1996 y 2000; que trabajó varios años sin que se hubiese registrado la relación, hecho este que ocurrió en el año 2000; y que en los recibos de haberes que le entregaban figuraba como empleador la empresa Tierra de Sol S.A..

Los dichos de los testigos hasta aquí mencionados, analizados a la luz de la sana crítica (cfr. art. 386 del C.P.C. y C), me llevan a la convicción que el actor a mediados del año 1995 se vinculó laboralmente con la empresa accionada prestando servicios en el aserradero portátil que se encontraba situado dentro del loteo de Tierra de Sol, lugar éste en el cual el codemandado Gómez Saavedra encabezaba un proyecto de construcción de cabañas; que en los meses de Octubre o Noviembre del año aludido Tierra de Sol S.A. y el Sr. Gómez Saavedra, a la sazón accionista y presidente de la empresa aludida, contrataron a un tercero –Sr. Aguilera Hernández- para el corte de caña colihue en el sector territorial individualizado como Pucara, circunstancia esta que motivó que el aserradero portátil en el cual cumplía tareas el demandante se trasladara a la zona mencionada, toda vez que de la misma se extraían los troncos y/o madera que eran manipuladas por los trabajadores que prestaban servicio aquel.

Los elementos de confirmación aludidos también resultan suficientes para colegir que las troncos y/o maderas que se trabajaban en el aserradero en el cual desarrollaba sus funciones el actor, bajo las ordenes e instrucciones impartidas por Gómez Saavedra, eran transportados en un camión propiedad del nombrado, desde Pucará hasta el loteo debido a que formaban parte del material utilizado en las obras cuya construcción estaba a cargo de Tierra de Sol, proyecto inmobiliario encabezado –reitero- por el codemandado, como así también para acreditar que pasado un tiempo de haber estado el aserradero portátil en Pucara el mismo fue trasladado, conjuntamente con su personal, nuevamente al loteo de Tierra de Sol.

Así también el tenor de lo declarado por Pavesicuto (fs. 196 vta.) en relación a que el mismo trabajó varios años para Gómez Saavedra sin que se hubiese registrado la relación y que cuando dicha situación se regularizó en los recibos de haberes que le entregaban figuraba como empleador la empresa Tierra de Sol S.A., permite tener por acreditado que era práctica de la accionada mantener relaciones laborales “en negro”, extremo este que sin duda alguna demuestra que dicha forma de actuar [vínculos laborales clandestinos] importó un hábito generalizado mediante el cual los incoados actuaron en fraude a las leyes laborales, tributarias y de la seguridad social, circunstancia ésta que me lleva a la convicción de que el accionante fue objeto de igual tratamiento.

Las circunstancias fácticas que a mi entender se encuentran fehacientemente acreditadas y lo normado por el art. 23 de la LCT [P-1018 DJA], me permiten concluir que desde mediados del año 1995 hasta la fecha (año 2000 aproximadamente) en la que el aserradero portátil situado en Pucara fue trasladado nuevamente al loteo en el cual Tierra de Sol desarrollaba la construcción de cabañas, cuyo responsable y/o “cara visible” –como lo alega el actor en su demanda- era el Sr. Gómez Saavedra, el Sr. Sanzana laboró bajo relación de dependencia de Tierra de Sol S.A., máxime si se tiene presente que no existe en autos manifestación alguna que me lleve a presumir que el lugar en el cual desarrolló tareas el actor sea de propiedad de persona distinta a los accionados.

No se me escapa que en oportunidad de contestar la demanda los incoados alegan que el Sr. Sanzana a la fecha en la que denuncia haber prestado servicios para Tierra de Sol era dependiente de CO.MA.NE.SA, extremo que el sentenciante considera acreditado con la documental –hojas móviles del libro de sueldos y jornales- adjuntada por el Cr. FernándezCapiet (cfr. fs. 253), pero entiendo, a diferencia del judicante, que dicho elemento de convicción no es suficiente para tener por probada la circunstancia fáctica aludida, toda vez que los datos allí volcados dependen de la sola voluntad del que los consigna, sin que exista control alguno de la persona consignada, máxime si se tiene



presente que los testigos que declaran en autos sostienen que el actor llegó a Pucará cuando Gómez Saavedra se hizo cargo de CO.MA.NE.SA..

En relación a las copias de la constancia de relevamiento de Anses obrante a fs. 36/38, desconocida y negada por la parte actora en su presentación de fs. 74, entiendo que no corresponde su valoración debido a que los accionados no han logrado acreditar la autenticidad de la mismas.

No paso por alto que a fs. 33/35 luce acta de inspección Nro. 4886 y su Anexo labrada por funcionarios de la Subsecretaría de Trabajo de la Provincia del Neuquén, pero cierto es que los datos allí consignados resultan, a mi entender, insuficientes para enervar lo expresado por los testigos y, consecuentemente, la presunción prevista en el art. 23 de la LCT [P1018 DJA], toda vez que los mismos surgen de lo manifestado por las personas que al momento de la inspección se encontraban trabajando en el lugar, extremo este que no es suficiente para probar que aquellos hayan sido los únicos dependientes de la empresa incoada.

Súmese a lo dicho que en trámites como el presente cobra singular importancia la primacía de la realidad, uno de los principios generales del derecho del trabajo que tiene en el ordenamiento positivo numerosas manifestaciones (cfr. Etala, "Contrato de Trabajo", pág 39/40, Astrea, 1.998), el cual importa una regla de interpretación para el juzgador según la cual sobre la ficción que puedan haber montado los litigantes se impone la realidad resultante de los hechos cumplidos durante la relación, ya que la misma tiene en consideración la situación de desigualdad en que se encuentran las partes integrantes del vínculo laboral y afirma el principio de buena fe (cfr. Fernández Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T I, pag. 310/311 y nota 87, respectivamente, La Ley, 2da edición actualizada, año 2000).

Por ello y desde que este principio se presenta con caracteres más nítidos en las relaciones reguladas por el Derecho del Trabajo (cfr. MartínezVivot, "Elementos del derecho del trabajo y de la seguridad social", pág. 82, Ed. Astrea, 1999) entiendo que el mismo se impone a lo largo del vínculo laboral a favor del trabajador, ello en atención a que esta primacía de la situación de hecho sobre la ficción jurídica se manifiesta en todas las fases de la relación de trabajo (CfrDeveali, "La empresa y las relaciones de trabajo", DT, 1953-337).

Por los fundamentos hasta aquí esgrimidos considero que cabe hacer lugar a la presente queja y, consecuentemente, revocar la decisión que se revisa en lo que al punto se refiere, lo que así propicio al Acuerdo.

2.- En el segundo agravio el quejoso sostiene que se ha efectuado una incorrecta interpretación y aplicación de lo normado por el art. 23 de la ley de contrato de trabajo [P 1018 DJA] toda vez que, pese a que el sentenciante tuvo por acreditado que el actor prestó servicio en Tierra de Sol, sostuvo que las mismas no fueron realizadas como dependientes de la empresa coaccionada.

En principio he de destacar que, respecto al art. 23 de la Ley de contrato de trabajo [P 1018 DJA], comparto la posición doctrinaria que sostiene que la sola prestación de servicios hace presumir la existencia de una relación laboral. La exigencia de que los servicios a que se refiere el mencionado artículo sean prestados en "relación (rectius: situación) de dependencia" es tautológica, pues siendo tal situación consecuencia de la estructura típica del contrato de trabajo, es obvio que, como lo ha señalado Guibourg, dicha exigencia equivale a eliminar la presunción que el mismo artículo esta destinado a establecer (cfr. Fernandez Madrid, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", T. I, pag. 628). Eduardo Perugini en su trabajo titulado "La presunción de existencia del contrato" (DT, 1981 – 765/767) sostiene que "conforme a esta interpretación el artículo carece de sentido, pues si el trabajador además de probar la prestación de servicios, debe probar que era dependiente –ya sea que se enfatice el aspecto de la dependencia económica o el de la dirección- la norma no le produce ningún beneficio pues, dentro del régimen común derivado de los arts. 21, 22 y 25 de la LCT y 377 del CPCCN no tiene otra cosa que demostrar para conseguir la aplicación de las disposiciones laborales" (sic.).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la base del principio de hermenéutica jurídica postula que debe preferirse la interpretación que favorece y no la que dificulta los fines perseguidos por la ley (Fallos 252, 262), por lo que entre una interpretación que torna carente de todo sentido lo dispuesto por el legislador y otra que preserva el espíritu de la norma debe optarse por la segunda (Fallos 247, 327), motivo por el cual considero, siguiendo los principios



reseñados por el Címero Tribunal Nacional, que exigir en forma previa la acreditación de la relación de dependencia para la aplicación de la presunción derivada del art. 23 torna carente de sentido a la norma y destruye su finalidad, circunstancia esta que me lleva a prescindir del criterio doctrinario y jurisprudencial contrario a la postura que comparto.

La posición que comparto ha sido sostenida por Sardegná (Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada", pág. 92, 5ta. edición) y seguida por numerosos precedentes jurisprudenciales quienes han expresado "La efectiva prestación de servicios por quien pone su energía de trabajo a disposición de otra persona o empresa, hace presumir la existencia de contrato de trabajo, pues es personal de la empresa aquél que se desempeña en tareas que hacen a la actividad específica del empleador (arts. 6, 21, 23 y 25 de la L.C.T.)" (CNTrab., Sala I, abril 18-997, "Prelorán Norma M. c/ Banco del Acuerdo S.A.", D.T. 1997-B, pág. 1797). "Si se demuestra el cumplimiento de tareas a favor de una empresa, la prueba de la no existencia de un contrato laboral corresponde a quien desconoce el vínculo, es decir, al empresario. Ello será difícil, pero no imposible, ya que no se trata de demostrar un hecho negativo (que no hay contrato de trabajo), sino uno positivo (que media otro vínculo entre las partes)" (CTra. San Francisco, septiembre 22-978, JA, 980-I-91); "Es un principio fundamental del derecho laboral aquel que presume, ante la existencia de tareas, la relación de dependencia. Salvo que demuestre lo contrario quien pretenda desconocer esta situación" (C.Nac.Trab. Sala I, 13-5-74, JA,25-275, en Sardegná, Miguel A., L.C.T. comentada y anotada, 3º ed. act. págs. 95/96).

En el orden local el Tribunal Superior de Justicia de nuestra provincia, con una composición distinta a la actual, sostuvo "La cuestión sometida a estudio en el presente ha merecido, recientemente, un pronunciamiento de mi parte (causa "López c/ Esco S.A., Acuerdo nro.46/01), en el que inicié mi voto destacando que, ante un planteo como el de marras, se hace necesario destacar, en primer término, que, en torno al precepto contenido en el Art. 23 de la L.C.T., ya este Cuerpo se ha pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido que "para que juegue la presunción de existencia del contrato de trabajo que consagra el Art. 23 de la L.C.T., es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia." (Acuerdo nro. 129/95). En igual sentido se resolvió en autos "Presti, Jorge José c/ Agros S.A. s/ Despido" (Acuerdo nro. 34/97), recordándose en este último que "la presunción en favor de la relación de trabajo, como lo enseña Mario de la Cueva, nació con las primeras leyes de trabajo de España. En un opúsculo titulado "La presunción contractual" que se publicara en Barcelona en 1957, Francisco Granel Ruiz explica que la presunción apareció por primera vez en la ley española del 14 de mayo de 1908 sobre creación de tribunales industriales, habiendo sido incorporada posteriormente al Código de Trabajo aprobado el 21 de agosto de 1926. Decía el Art. 2 de dicho Código: "El contrato se supone entre todo aquel que da trabajo y el que lo presta...". La ley de Contrato de Trabajo de 1931 recogió la presunción: "El contrato se supone siempre existente entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta...", la que aparece nuevamente en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 (Mario de la Cueva - comentando el Art. 18 de la Ley Federal del Trabajo de México que consagra una presunción similar a la de nuestro Art. 23 en estudio "La presunción laboral" en D.T. 1959, pág. 609/622)..." (Acuerdo 47 de fecha 10-12-2001 en autos "Avello, María Elizabeth c/ ESCO S.A. de Capitalización y Ahorro s/ Cobro de haberes e indemnización por despido" -Expte. nro. 195-año 2001- del Registro de la Secretaría de Recursos Extraordinarios y Penal, doctrina y jurisprudencia allí citada).

Establecido el alcance que cabe asignarle a lo prescripto en la normativa analizada señalo que el testigo Justo Martín Caitru (fs. 229/230vta), quien conoce al actor desde el mes de septiembre del año 2000 –aproximadamente-, al momento de deponer indicó tener conocimiento que Sanzana trabajo para Tierras de Sol por haber laborado en el mismo lugar que el actor, bajo las ordenes de otra empresa [en referencia a Alder].

En relación a las labores realizadas por el accionante en el predio donde se ubica el barrio Tierra de Sol el testigo expreso haberlo visto desmalezando a la orilla del camino que va desde la portada hasta la casa de Gómez Saavedra, trabajos estos que efectuaba con una moto guadaña de propiedad de Gómez Saavedra la cual guardaba en un cofre que estaba debajo de un maiten frente a la casa del nombrado (rtas. 2da, 6ta y 4ta repregunta de la demanda). Así también manifestó que el Sr. Sanzana eran quien semanalmente realizaba el mantenimiento del sistema de riego y/o toma de agua del barrio Tierra de Sol, extremo este que dice conocer debido a que cuando el actor no hacía



dicha tarea la efectuaban ellos [en referencia a los empleados de Alder] (rtas. 2da. y 5ta.), y que el demandante tenía a su cargo el mantenimiento de pintura del portón y garita de entrada del barrio Tierra de Sol, trabajo este que lo hacía una vez al año (rta. 4ta).

Asimismo de la declaración bajo examen se desprende que el declarante trabaja en el mantenimiento de casas del barrio Tierra de Sol desde el año 2000; que en el periodo abril–septiembre concurría diariamente al barrio a cumplir con sus tareas habituales desde las 8.00 a las 18,00 horas y durante abril–septiembre iban dos veces por semana; y que las tareas de mantenimiento de casas y espacios comunes del barrio Tierra de Sol era realizadas por las personas que manejaba Gómez Saavedra debido no había otras empresas y/o persona que efectuaran dichos trabajos.

Por su parte el testigo Gerónimo Eustacio López (fs. 166/167) si bien a lo largo de su declaración sostiene que el Sr. Sanzana prestaba tareas de mantenimiento de jardines en las cabañas situadas en el barrio Tierra de Sol y que las mismas eran contratadas por los propietarios de aquellas, cierto es que también manifestó que al demandante en más de una oportunidad se le encargó (“como changa”) para cortar el césped al borde del camino.

Sentado lo expuesto memoro que para juzgar la eficacia convictiva del testimonio deben valorarse factor subjetivos de idoneidad del declarante y objetivos por el testimonio mismo, en su relación interna y externa con los hechos, por su verosimilitud y coherencia, etc. Asimismo, cabe señalar que para que las declaraciones tengan fuerza legal y convictiva, conforme las reglas de la sana crítica, deben ser veraces, sinceras, específicas, objetivas, imparciales, concluyentes y concordantes y no deben dejar lugar a dudas (cfr. CNTrab., Sala I, 2002-10-07, “Benitez, Nydia R. c/ Serbin Alter Salomon”).

Los testimonios mencionados precedentemente reúnen tales requisitos de acuerdo a lo expresado, puesto que dan suficiente razón de sus dichos, son asertivos, concordantes y corroboran los extremos vertidos por el accionante al momento de iniciar la acción.

El análisis del material probatorio efectuado precedentemente, conforme la pautas expuesta al tratar el primer agravio, es más que suficiente para concluir que en autos se encuentra fehacientemente acreditado que la demandante laboró para Tierra de Sol S.A. desarrollando tareas de mantenimiento en los espacios comunes del barrio, por lo cual considero, a diferencia del sentenciante, que debe estarse a la presunción de la existencia del contrato de trabajo conforme lo prevé el Art. 23 de la L.C.T. [P 1018 DJA], en atención a que el trabajador demostró la dación de servicios y la prestación de tareas a favor de la empresa incoada; más aún, cuando en autos no obra prueba alguna que me permita colegir que los servicios prestados por el Sr. Sanzana lo fueron como consecuencia de otro tipo de relación.

Por otra parte y en orden al carácter eventual o accidental de la relación, en lo que usualmente se califica como “changas”, según lo invocara el testigo Lopez que declarara a instancia de la accionado, era a la parte demandada a quien la incumbía la carga de la demostración de la modalidad aludida, ya que es sabido que el encuadre en cuestión no depende sólo de la denominación que le den las partes, sino de su relación con ciertas exigencias que emergen del mismo art. 99 de la LCT [P 1018 DJA], entre otros.

No paso por alto lo declarado por los Sres. Roberto César Zamora (fs. 194 y vta.) y Juan Bautista Cid Figueroa (fs. 242 y vta.) pero cierto es que sus dichos resultan insuficientes para enervar los alcances de la presunción que emana del art. 23 de la LCT [P 1018 DJA], máxime si se tiene presente que los mismos si bien vieron al actor prestar tareas mantenimiento en diversos jardines de las cabañas situadas en Tierra de Sol desconocen en forma cierta quien era el empleador de Sanzana como así también quien le abonaba los trabajos efectuados.

En consecuencia, dado que en autos se encuentra acreditada la existencia de la relación laboral alegada por el actor, propicio se haga lugar al presente agravio y, consecuentemente, se revoque lo decidido en la instancia anterior en cuanto al punto se refiere.

3.- Atento la forma en la que propongo sean resueltos los agravios intentados por la parte actora y los argumentos brindados en los incisos precedentemente, considero que en autos cabe tener por fehacientemente acreditado que desde el mes de junio de 1995 al mes de octubre de 2008 el actor estuvo vinculado laboralmente a Tierra de Sol S.A., conforme se sostiene en el escrito de demanda.



V.- Establecido lo anterior y teniendo en cuenta los términos del recurso cabe determinar si en autos se encuentra acreditada la causa o motivo del distracto laboral alegado por el accionante en el escrito de demanda y si resultan procedentes o no los diversos rubros o ítems cuya percepción se pretende.

1.- El actor sostiene que el vínculo laboral se disolvió por exclusiva culpa del accionado, quien niega la existencia de la relación de empleo y de créditos labores a favor del reclamante al responder la intimación cursada mediante colacionado de fecha 2 de octubre de 2008, en el cual requería la registración de la relación laboral bajo apercibimiento de lo previsto en los arts. 8 y 15 de la ley 24.013 y el pago de haberes correspondiente a febrero/08-septiembre/08, ambos inclusive.

La parte demandada niega que la causal invocada sea procedente ante la inexistencia de la relación laboral, como así también, de la deuda reclamada por el accionante.

El artículo 242 de la L.C.T. dispone que una de las partes podrá hacer denuncia del contrato de trabajo en caso de inobservancia por parte de la otra de las obligaciones resultantes del mismo que configuren injuria, y que por su gravedad, no consientan la prosecución de la relación. De esta normativa, que establece la extinción del contrato de trabajo por justa causa, se desprende que los integrantes de la relación son titulares individual e independientemente considerados en lo que respecta al poder jurídico de extinción del contrato del trabajo.

La norma mencionada posibilita a ambas partes la denuncia del contrato de trabajo ante un incumplimiento del otro sujeto de la relación que configure una injuria cuya magnitud sea tal que impida su continuación. Por ello, tanto el empleador como el trabajador pueden extinguir el contrato fundando el primero el despido en justa causa o considerándose el trabajador en situación de despido indirecto.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido que "El concepto de injuria laboral está íntimamente asociado con el concepto de incumplimiento; todo acto sin derecho, es decir injurioso, configura obviamente una situación objetiva de injuria" (CCivComTrabFam Cruz del Eje; 1995/12/20; Carpio, Susana I. c. Moyano, José E.; LLC, 1996-965).- "La injuria implica una lesión moral o material, siendo comprensiva de todo acto que implique una ofensa o desmedro personal, económico o disciplinario para la contraparte" (Trab Trenque Lauquen, 1978/10/06, Zurita de Pascual, Mabel c. Decotto, Domingo E., SP LA LEY, 980-224 350-SP).

Sentado lo anterior cabe analizar en primer término la conducta desplegada por las partes en los presentes actuados previo a la ruptura de la relación laboral, la cual surge del tenor de la epistolar adjuntada en autos.

En fecha 2 Octubre de 2008 el actor remite telegrama colacionado (fs. 4/5) intimando a Tierra del Sol S.A. en los siguientes términos: "Siendo que laboro bajo directa relación de subordinación y dependencia respecto de Uds. con ingreso en junio de 1995, cumpliendo tareas de mantenimiento, cumpliendo horario actualmente de lunes a viernes de 8,39 a 12,30 y de 14 a 18 horas y sábados de 8,30 a 12,30 horas, y hasta hace un año atrás cumpliendo días horas diarias de labor, con remuneración mensual neta de pesos dos mil quinientos (\$ 2500) dado que la relación laboral que nos une no se encuentra registrada conforme lo exige la legislación laboral vigente Intimo plazo de 30 días (Ley 24013) registre la relación laboral conforme las reales condiciones de trabajo bajo las cuales me desempeño y que surgen del presente, bajo apercibimiento de considerarme en situación de despido indirecto por vuestra exclusiva culpa y reclamarle las multas previstas por los artículos 8 y 15 de la ley 24.013. [...]

Atento que me adeuda los haberes correspondientes a los periodos trabajados febrero a septiembre de 2008 intimo plazo 48 horas efectivice su pago, bajo apercibimiento de considerarme en situación de despido indirecto por vuestra exclusiva culpa y accionar judicialmente en vuestra contra" (tex.).

La intimación cursada por el trabajador es contestada por la accionada Tierra de Sol S.A. mediante carta documento de fecha 7 de octubre de 2008 (fs. 6) a través del cual rechaza los términos de las misivas en cuestión por falsos y maliciosos. Niega la existencia de la relación laboral invocada y en consecuencia, las fechas de ingresos, las tareas desarrolladas, el horario de labor alegado y los créditos laborales reclamados.

El dependiente, ante la respuesta recibida, remite pieza postal (fs. 7/8) en la cual se coloca en situación de despido indirecto e intima el pago de haberes adeudados, liquidación final, integración mes de despido, indemnizaciones por despido incausado, preaviso omitido, arts. 8 a 15 ley 24013 o en su defecto art. 1 de la ley 25323.



En virtud de lo expuesto y teniendo presente que en autos se encuentra acreditada la existencia del vínculo laboral entiendo que corresponde tener por acreditado el despido en las condiciones alegadas y reputárselo arbitrario máxime si se tiene en cuenta que la negativa de la relación laboral por parte del empleador faculta al trabajador a denunciar el contrato de trabajo.

Jurisprudencialmente se ha indicado: "La negativa por parte del empleador de la relación laboral ante la fehaciente intimación del trabajador es suficiente causal de injuria por parte de aquél que hacen imposible la prosecución del vínculo laboral, máxime si se trata de una relación que no se hallaba registrada" (Trabajo de Jujuy, Sala I, - Mendoza, Darío Javier c/ Cabañas Santa María S.R.L., Brandan Araoz José Manuel y Brandan, Norma s/ indemnización por despido incausado y otros rubros- 16-09-2013, LLNOA 2014 (mayo) 436). "En ese marco contradictorio surge, luego de acreditada la existencia del vínculo laboral, que la negativa al mismo por parte del accionado, tanto en la etapa pre-procesal como en esta causa, se erige para el trabajador como un obstáculo insalvable a la hora de darle continuidad a su prestación de servicios ya que hasta allí puede, unilateralmente, manifestar su vocación de continuidad (art.

10 LCT) la cual requiere sin dudas también de la del empleador. Luego si ésta no se manifiesta en el mismo sentido, a no dudar que ello constituye injuria grave en los términos del art. 242 de la LCT, que no consiente la prosecución de la relación y por ello el trabajador se hace acreedor a las indemnizaciones previstas en los arts. 156, 232, 233 y 245 de la L.O." (Cámara 1ra del Trabajo de Paz y Tributaria de San Martín, 23/04/2013, - Ahumada, Carlos Elio c/ Romero, Edmundo s/ A.O.A- La Ley Online AR/JUR/9371/2013).

Por todo ello entiendo que la ruptura de la relación laboral se produjo por exclusiva culpa de la parte demandada en atención a la negativa del vínculo, situación esta que fue considerada como una grave injuria laboral que impidió la prosecución de la relación de trabajo.

2.- Establecido ello cuadra analizar la procedencia de los rubros reclamados por el actor, los cuales se desprenden de la liquidación practicada en el escrito de demanda.

a.- Los recibos firmados y reconocidos por el trabajador, de conformidad con lo dispuesto por el art. 138 de la L.C.T., son el único medio idóneo para instrumentar los pagos realizados a éste, pues es la prueba por excelencia de tal extremo, y en principio el único medio para rebatir los reclamos del actor, excluyendo cualquier otro medio probatorio, salvo la confesión.

Cabe destacar también que conforme lo previsto por el art. 38 de la Ley 921, "acreditada la relación laboral, cuando se controvierta el monto o la percepción de las retribuciones, la prueba contraria a las reclamaciones del actor estará a cargo del empleador. Si éste no la alegara o fuere insuficiente, se estará a los dichos del actor, pudiendo el juez apartarse de los mismos, si fuese manifiesta la desproporción en las prestaciones".

En tal sentido y toda vez que la prueba documental idónea para acreditar el pago de los haberes no ha sido acompañada por la parte demandada, es que corresponde hacer lugar al reclamo del accionante con relación a los haberes adeudados.

Atento que el empleador ha negado el monto de las remuneraciones denunciado por el accionante entiendo, conforme lo normado por el art. 38 de la ley 921, que cabe tomar como base para el calculo de los haberes correspondientes al periodo febrero/08-septiembre/08, SAC 1er semestre 2008, SAC proporcional 2do semestre/08 y octubre/08 e integración mes de despido el salario denunciado por el Sr. Sanzanza en el escrito de demanda.

En virtud de lo expresado, lo dispuesto por el art. 40 de la ley 921 y lo prescripto por los arts. 121, 123, 233 y concordantes de la Ley de Contrato de Trabajo [P 1081 DJA] la presente acción prospera por los importes que a continuación se detallan: *Haberes adeudados: Febrero/08: \$ 2.500,00; Marzo/08: \$ 2.500,00; Abril/08: \$ 2.500,00; Mayo/08: \$ 2.500,00, Junio/08: \$ 2.500,00, Julio/08: 2.500,00, Agosto/08: 2.500,00 y Septiembre/08: 2.500,00; * * Octubre/08 e integración mes despido: \$ 2.500,00; *SAC 1er semestre/08: \$ 1.250,00 y *SAC proporcional 2do semestre/08: \$ 833,33; Total: \$24.583,33..

b.- Atento lo dispuesto en el apartado 1 del presente apartado en referencia a las causas o motivos del distracto y teniendo en cuenta lo prescripto por los arts. 156, 231, 232 y 245 de la ley de Contrato de Trabajo, modificada por ley 25.877, la presente acción prospera por los rubros e importes que a continuación se detallan: * Indemnización por despido o antigüedad: \$ 35.000,00; * Indemnización por preaviso omitido mas SAC: \$ 5.416,67; Vacaciones



proporcionales año 2008: \$ 2.263,33; Total: \$ 42.680,00.

c.- Con relación a las indemnizaciones previstas en la ley 24.013 entiendo que en primer término corresponde analizar si se ha dado cumplimiento con la intimación prevista en el art. 11 de la normativa jurídica citada.

Del análisis de la intimación cursada por el actor surge que en la misma se pone de manifiesto la fecha real de ingreso o inicio del vínculo laboral, extremo este que ha quedado establecido en el apartado I de la presente como así también el aperebimiento relativo a los arts. 8 y 15 de la ley 24.013, sumándose a ello que en la presente litis no se ha acreditado que se hubiera dado cumplimiento con la inscripción del trabajador.

En virtud de lo expuesto y siguiendo el criterio sustentado por la entonces Sala Civil de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Zapala en autos "Escobar Patricia del Carmen c/ Moreno Antonio Enrique s/ Indemnización por despido y cobro de haberes" Acuerdo del 24 de Septiembre de 1.999, entiendo que el demandante ha dado cumplimiento con la intimación prevista en el art. 11 de la ley de empleo.

Súmese a lo expresado que la parte actora ha acreditado haber efectuado la comunicación a la AFIP exigida por el art. 11 de la ley 24.013, modificada por ley 25.345.

No paso por alto el desconocimiento genérico formulado por la parte demandada respecto a la prueba documental mencionada precedentemente (fs. 58 vta. 1er párrafo), pero el mismo no enerva la eficacia probatoria de dichos colacionados, toda vez que los mismos revisten el carácter de instrumento público de conformidad con lo dispuesto por el art. 979 inciso 2do del Código Civil, máxime si se tiene en cuenta que posee la firma del remitente, el número de documento del mismo y se encuentra certificada por el empleado de Correo Argentino.

Jurisprudencialmente se ha expresado: "La carta documento, remitida con la firma y el número del documento de identidad del demandado y con la correspondiente certificación de autenticidad del funcionario emisor de Encotel Argentina, es un instrumento público de los enumerados por el art. 979 inc. 2º del CC y, por ende, gozoso de autenticidad y credibilidad ante todos y contra todos, de lo hecho, visto u oído por el funcionario referido, al menos, hasta tanto se lo querrello de falsedad por el procedimiento especial estatuido por el legislador (CC0103 LP 222171 RSD-126-96 S 2-5-1996, -Castro, Ana c/ Castro, Juan y otro s/ Desalojo- en Juba7 sum.B210181). "Puede sostenerse válidamente que el telegrama colacionado emanado y verificado por funcionarios públicos y con las formalidades de la ley nacional 750 encuadra en la categoría de instrumento público, enumerada por el artículo 979 inciso 2 del Código Civil.

El instrumento público además de conferir fecha cierta al acto, goza de una presunción de autenticidad que sólo puede destruirse por redargución de falsedad, resultando insuficiente la mera negación de autenticidad". (LEY 750; CCI 340 Art. 979 Inc. 2. CCPA03 PA, L301 5345 S 16-3-1, Juez: NARDIN (SD). Uzín, Juan c/ Formas S.R.L. y otros 2 s/ Cobro de pesos y entrega de certificado- Obs. Del Fallo: Abstención: Dr. Muzio, Mag. votantes: Nardin-Reviégo-Muzio; citado por la otrora Sala Civil de la Cámara de Apelaciones de Zapala en autos "Matus Edit c/ Medina Morales Antonio s/ despido y cobro de haberes" -Expte. N. 4153, Fº 104, Año 2003-, Acuerdo de fecha 1-12-2.003).

Por todo lo expresado y toda vez que el despido indirecto resuelto por el trabajador resulta legítimo, corresponde hacer lugar a las indemnizaciones reclamadas, las cuales, conforme dictamen pericial contable consentido por las partes, prosperan según el siguiente detalle: *Indemnización: art. 8 Ley 24.013: \$ 100.625,00 e * Indemnización: art. 15 Ley 24.013: \$ 41.750,00; todo lo cual asciende a la suma de \$ 142.375,00.

d.- En lo que hace a la indemnización prevista en el arts. 2 de la ley 25.323, cabe destacar que al surgir de la prueba rendida en autos que el demandado fue fehacientemente intimado a abonar las indemnizaciones resultantes del distracto laboral (cfr. 7/8) corresponde hacer lugar a la misma, la cual -cfr. experticia contable de fs. 256/260- asciende a la suma de \$ 20.875,00.

Respecto a la indemnización prevista en el art. 1 de la ley 25.323 considero que al haberse hecho lugar al reclamo indemnizatorio de los art. 8 y 15 de la ley 24.013 deviene abstracto su tratamiento.

e.- En el legajo luce pieza postal (cfr. fs. 12/13) de la cual se desprende que el accionante intimó a su empleador para que haga entrega de las constancias y certificaciones del Art. 80 de la LCT en el plazo previsto en la normativa aludida y art. 3 del Decreto 146/01, motivo por el entiendo -siguiendo la posición que ha adoptado en oportunidad de dictar



en sentencia como integrante de la otrora Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Co en autos "Raviola, Norberto Jorge c/ Hidrocarburos del Neuquén S.A. (Hidenesa) s/ cobro de haberes" (RSD 24/2009 del 7-05-2009)- que cabe hacer lugar a la indemnización allí prevista, la cual asciende –cfr. pericial contable de fs. 256/260- a la suma de \$7.500,00.

3.- Cabe concluir que la presente acción prospera por la suma de pesos doscientos treinta y ocho mil trece con treinta y tres centavos (\$ 238.013,33) en concepto de los rubros mencionados en el inciso que antecede acápite a), b) c), d) y e).

A las sumas precedentemente establecidas, desde que cada una de ellas es debida y hasta su efectivo pago, deberá adicionársele un interés correspondiente a la tasa activa mensual establecida por el Banco Provincia de Neuquén en sus operaciones de descuento, todo ello conforme la postura que ha sostenido como integrante de la ex Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Co en Acuerdo de fecha 15-9-2008 dictado en autos "Baidanoff, Juan Alberto c/ Prosegur S.A. s/ cobro de haberes"(Expte. Nro.: 229, Folio: 36, Año: 2.008), del Registro de la Secretaría Civil) y a lo expresado por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en el precedente "Alocilla".

4.- Al finalizar la relación de trabajo el empleador debe hacer entrega al trabajador de la certificación de cesación de servicios y remuneraciones de conformidad a lo dispuesto por el art. 80 de la L.C.T. modificado por ley 25.345 y art. 12 inciso g) de la ley 24.241 y atento que en autos no se encuentra acreditado que la coaccionada Tierra de Sol S.A. haya dado cumplimiento con dicha obligación, considero que corresponde hacer lugar a la petición del actor.

VI.-Finalmente, de compartirse mi propuesta, cabe analizar si corresponde hacer lugar al reclamo intentado por el actor en contra del Sr. Guillermo Gómez Saavedra quien fuera demandado como responsable solidario por revestir el carácter de Presidente de la empresa accionada.

En primer término es dable poner de resalto que los actos realizados en el seno del órgano societario deben ser tenidos como realizados por la persona jurídica, ello sin perjuicio de la responsabilidad personal que, atendiendo su actuación individual, puede acarrearle al Presidente de ésta en el marco de lo dispuesto por los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.

En los supuestos en que la persona jurídica realiza actos tendientes a encubrir una relación laboral, abona salarios en "negro" o articula maniobras a fin de desconocer u ocultar la existencia del vínculo resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores y administradores por vía de lo dispuesto en los arts. 54, 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales, ello así en atención a que no cabe duda que se despliega una conducta que viola la ley, el orden público, la buena fe, frustra derecho de terceros y, consecuentemente, constituye un fraude laboral que perjudica en forma directa al dependiente, toda vez que este último se ve privado de los beneficios derivados del empleo debidamente registrado.

En tal sentido jurisprudencialmente se ha expresado "Corresponde extender la responsabilidad en forma solidaria al presidente y accionista de la sociedad de responsabilidad limitada, por cuanto el dolo o la culpa grave en la incorrecta registración de la relación laboral resultan violatorios de la ley, el orden público, la buena fe y frustran derechos del trabajador produciéndole un daño –arts. 54 y 274, ley 19550 (t.O. 1984)(Adla, XLIV.B, 1319)" (CNATrab., Sala X, 24-11-2004, –Gerra, Gerardo c/ Reface S.A. y otros- LL 2005-B, 428). "Cuando una sociedad realiza actos simulatorios ilícitos tendientes a encubrir un contrato de trabajo o articula maniobras para desconocer una parte de la antigüedad o para ocultar parte del salario, resulta pertinente extender la responsabilidad patrimonial de la entidad a los directores y administradores por vía de lo dispuesto en los arts. 59 y 274 de la Ley de Sociedades Comerciales.- La conducta tipificada constituye un fraude laboral y previsional que perjudica al trabajador, que si vio privado de los beneficios derivados del empleo debidamente registrado y en virtud del precedentemente expuesto [en referencia al fallo dictado por la CNCom., Sala B, en autos "Alarcón Miguel Ángel c/ Distribuidora Juárez SRL y otros" del 17-06-03], se torna viable la responsabilidad solidaria de quienes la dirijan y era sus socios" (CNATrab., Sala I, 24-10-2014, - Nattkemper, Edmundo Federico vs. Ideas del Sur S.A. y Tinelli, Marcelo Hugo s. Despido-, Rubinzal Culzoni, RCJ 1498/15, - el encorchetado me pertenece-).

Bajo el prisma normativo y jurisprudencial citado considero que corresponde extender en forma solidaria la condena



patrimonial respecto al coaccionado Guillermo Gómez Saavedra, máxime si se tiene presente que en autos se encuentra plenamente acreditado que el codemandado es el presidente de Tierra de Sol S.A.; que Tierra de Sol S.A. mantuvo con el actor una relación laboral no registrada; que la empresa incoada luego de ser intimada a regularizar la situación negó la existencia de dicha vinculación y que el coaccionado personalmente estuvo involucrado en la toma de decisiones, pago de haberes al trabajador e instrucciones impartidas a aquel en el marco de la vinculación laboral. No obstaculiza, lo hasta aquí expresado, lo resulto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los precedentes "Carballo, Atilano c/Kanmar SA (en liquidación) y otros" y "Palomeque, Aldo R. c/ Benemeth SA y otro" (LL 2003-C, 864; 2003-F, 731; DJ, 2003-2-231; 2004-2-649), toda vez que, por una parte, no contienen referencia alguna al art. 274 de la ley de sociedades comerciales citado y, por otra, están referidos a aspectos fácticos propios de esas causas -en el caso "Carballo" no se habrían acreditado los actos fraudulentos de la sociedad, mientras que en "Palomeque" se juzgó que las irregularidades detectadas resultaban insuficientes para la aplicación de ya citado art. 54 ley 19550-. (cfr. CNATrab, Sala X, 24-11-2204, LL 22/03/2005, 7).

VII.- Respecto a las costas de primer instancia y conforme lo dispuesto por el art. 279 del C.P.C. y C., de aplicación supletoria, estimo que deben imponerse a cargo de los accionados en su carácter de objetivamente vencidos (art. 68 CPCC y 17 de la ley 921 y 279 del C.P.C. y C.).

Las costas de Alzada deben imponerse a cargo de la parte demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 17 de la ley 921 y 68 C.P.C. y C.).

VIII.- Atento la forma en la se resuelve y teniendo en presente que en autos resulta de aplicación lo normado por la ley de honorarios profesionales 1.594 modificada por ley 2933, corresponde dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que previa liquidación se fije la base regulatoria y se establezcan los emolumentos profesionales.

Respecto a los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen.-

En definitiva, de compartirse mi voto, correspondería: a) Hacer lugar en todas sus partes al recurso intentado en todo aquello que ha sido materia de agravio para la parte y consecuentemente, condenar a Tierra de Sol S.A. y al Sr.

Guillermo Francisco Gómez Saavedra (DNI Nro. 8.483.849), este último en carácter de responsable solidario- a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente procedan a pagar al actor, Sr. Luis Alberto SanzanaAlvarez, la suma total de pesos doscientos treinta y ocho mil trece con treinta y tres centavos (\$ 238.013,33) en concepto de los rubros mencionados en el apartado V inciso 2 acápites a), b) c), d) y e), con más los intereses que se calcularan conforme lo ordenado en el inciso 3 del apartado aludido precedentemente. b) Condenar a la co-demandada Tierra de Sol S.A. a que dentro del plazo previsto en el inciso que antecede haga entrega al actor de las certificación de servicios y remuneraciones y certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la L.C.T. de conformidad con lo dispuesto en el apartado V inciso 4 de la presente. c) Readecuar la imposición de costas, fijando las mismas a cargo de los demandados en su carácter de vencida (cfr. art. 17 de la ley 921, 68 y 279 del C.P.C. y C.); d) Imponer las costas de Alzada a cargo de los accionados en virtud del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.); e) Dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que previa liquidación se fije la base regulatoria y se establezcan los emolumentos profesionales (art. 279 del C.P.C. y C., ley 1594 modificada por ley 2933); f)

Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen; g) Firme la presente y vuelto los actuados al origen, deberá comunicarse la misma en la forma de estilo a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), conforme las previsiones de los arts. 15 de la LCT y 17 de la ley 24.013.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como las conclusiones a las que arribó, 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 al recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, condenar a TIERRA DE SOL S.A. y al Sr. Guillermo Francisco GOMEZ SAAVEDRA (DNI Nro. 8.483.849) -este último en carácter de responsable solidario- a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abonen al accionante, Sr. Luis Alberto SANZANA ALVAREZ, la suma total de PESOS DOSCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL CON TREINTA Y TRES CENTAVOS (\$238.013,33), en concepto de los rubros detallados en el Considerando V [inciso 2 acápite a), b) c), d) y e)], con más los intereses que se calcularán según la tasa activa mensual establecida por el Banco Provincia de Neuquén en sus operaciones de descuento.

II.- Condenar a la co-demandada TIERRA DE SOL S.A. a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente haga entrega al actor de la certificación de servicios y remuneraciones y del certificado de trabajo previsto por el art. 80 de la L.C.T.

III.- Readecuar la imposición de costas de primera instancia, fijando las mismas a cargo de los demandados en su carácter de vencidos (cfr. art. 17 de la ley 921, 68 y 279 del C.P.C. y C.);

IV.- Imponer las costas de Alzada a cargo de los accionados, en virtud del principio objetivo de la derrota (cfr. art. 17 ley 921 y 68 del C.P.C. y C.);

V.- Dejar sin efecto los honorarios fijados en la sentencia apelada y remitir los actuados al origen a fin de que, previa liquidación y fijación de la base regulatoria, se proceda a una nueva regulación (art. 279 del C.P.C. y C., y ley 1594 modificada por ley 2933);

VI.- Diferir la regulación de los honorarios de Alzada para el momento procesal oportuno;

VII.- Regístrese. Notifíquese. Firme la presente y vuelto los actuados al origen, comuníquese a la Administración Federal de Ingresos Públicos (A.F.I.P.), conforme las previsiones de los arts. 15 de la LCT y 17 de la ley 24.013, en la forma de estilo. Oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 15/2015

Dra. Victoria Paula Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"LUNA ALBERTO JAVIER OMAR C/ GONZALEZ HEINRICH VALENTIN LEANDRO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)" - 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.: 2691/2011) – Acuerdo: 23/15 – Fecha: 08/05/2015

DAÑOS Y PERJUICIOS: Accidente de tránsito.

TRANSPORTE BENOVOLO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. COSA RIESGOSA. RIESGO CREADO. RELACION DE CAUSALIDAD. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA. RESPONSABILIDAD DEL DUEÑO O GUARDIAN DE LA COSA. CULPABILIDAD DEL TIUTLAR DEL RODADO. ASEGURADORA.



INDEMNIZACION POR DAÑO. GASTOS MEDICOS Y DE FARMACIA. LUCRO CESANTE. DAÑO EMERGENTE. DAÑO MORAL. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO PSICOLOGICO.

1.- Como lo ha señalado el Tribunal Superior de Justicia local en el Acuerdo 6/2007 antes citado: "No existe norma alguna que excluya al automóvil que transportaba gratuita o benévolamente a personas de la calificación de cosa riesgosa, y –por consiguiente- de la atribución a su dueño o a su guardián de la imputación objetiva de responsabilidad por los daños causados por ella" (Cfr. sentencia ya mencionada del TSJ local con cita de Cam. Civ. y Com. de Morón, sala 2da., 17-10-95 "Zurita, Carla c/ La Porta, Vicente s/ daños y perjuicios" L.L. Buenos Aires 1996-205).

2.- Aún cuando se encuentra acreditada la responsabilidad extracontractual del fallecido conductor del rodado -que queda subsumida en el factor de atribución subjetivo regulado en el art. 1009 del Código Civil-, entiendo que a efectos de la procedencia de la acción dirigida contra el dueño del vehículo siniestrado, el actor únicamente debía acreditar –y así lo hizo- la existencia del hecho, el daño sufrido y la relación causal entre ambos para que naciera el derecho al resarcimiento, por aplicación del principio de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado. El dueño del vehículo se hubiera eximido total o parcialmente de responsabilidad si hubiese acreditado la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (Art. 1113 del Código Civil). Se trata de dos obligaciones independientes, indistintas, concurrentes o in solidum, ya que cada uno –en el caso, el chofer y el dueño del rodado- responde por un título distinto frente al damnificado, quien puede demandar a cualquiera o a ambos conjuntamente por el todo. No me quedan dudas respecto a que en autos ni el demandado, titular del dominio del rodado siniestrado, ni la compañía de seguros citada en garantía, han demostrado alguna de las circunstancias expuestas, de las cuales se pudiera inferir la concurrencia de culpa de la víctima o de un tercero por quien no deben responder.

3.- Teniendo en cuenta, entonces, que el actor no acreditó la magnitud de los gastos abonados [gastos médicos y farmaceuticos], conforme a la facultad acordada por el artículo 165 in fine del CPCyC, estimo razonable para hacer frente a la pretensión resarcitoria sub examine, establecer dicho rubro en la suma de dos mil pesos (\$2.000) a la fecha en la que se produjo el accidente, pues quien pretende mayor resarcimiento en estas partidas debe aportar la prueba documental que respalde su reclamo, máxime cuando, como en el caso, no surge del escrito de demanda base específica alguna que permita hacer una estimación de lo que fue realmente gastado en los distintos ítems que integran el rubro; ni se acompañó como prueba documental una sola factura o recibo de los gastos.

4.- Dado que se halla acreditado que el actor, quien al momento del siniestro tenía 37



años de edad, debe afrontar gastos médicos y farmacológicos de por vida, dado que debido a la extirpación del bazo se ha deteriorado su sistema inmunitario y, por tal razón, debió y debe realizar controles periódicos con un infectólogo, tomar antibióticos diariamente, por lo menos durante dos o tres años, sin excepción, debido a la susceptibilidad ante infecciones bacterianas, con la posibilidad de su ingesta de por vida y recibir dosis de vacunas antigripal, atineumococcica, antihaemophilus, antimeningococcica, con la periodicidad indicada por el servicio médico de infectología, de acuerdo a la constancia documental, emanada del Hospital Zonal, apelando a las atribuciones que me confiere el art. 165 del Código de forma, he de propiciar al Acuerdo que por el concepto de "gastos derivados de la atención médica y de farmacia futuros" se disponga su procedencia, determinándose en diez mil pesos (\$ 10.000) a valores vigentes al momento del siniestro.

5.- La extirpación del bazo, si bien le permite una vida medianamente normal, le produce algunos trastornos por cuanto dicho órgano es parte del sistema inmunológico y del sistema circulatorio. Argumenta acerca de las deficiencias inmunológicas que posee a raíz de no contar con el mencionado órgano vital, por quedar sometido a la necesidad de tomar antibióticos ante la menor infección y a la obligatoriedad de vacunarse para prevenir determinadas enfermedades. Estima que la incapacidad que padece no puede ser inferior a un 40%. Dice que su parte trabaja de manera autónoma en el rubro reparación técnica y venta de equipos de computación y telefonía celular, percibiendo por dichas tareas una suma mensual de \$ 2.500, encontrándose inscripto como contribuyente monotributista, lo que acredita. Afirma, también, el reclamante, que durante los seis meses posteriores al accidente no pudo ejercer su actividad laboral, por lo que reclama en concepto de lucro cesante, una indemnización cuantificada en la suma de quince mil pesos (\$ 15.000). Luego, por la incapacidad que aduce padecer, cuantifica el daño emergente en la suma de ciento setenta y cuatro mil doscientos ochenta pesos (\$ 174.280), tomando en consideración su edad y su perspectiva laboral y de vida útil.

6.- En ausencia de pruebas concretas que acrediten las ganancias dejadas de percibir por el demandante, luego de ponderar los dichos de los testigos, tomaré en consideración, a efectos de fijar el "quantum debeatur", el salario mínimo vital y móvil establecido por resolución Nro. 2/2009, del CONSEJO NACIONAL DEL EMPLEO, LA PRODUCTIVIDAD Y EL SALARIO MINIMO, VITAL Y MOVIL a partir del 1° de enero del año 2010, el que fuera fijado en PESOS MIL QUINIENTOS (\$ 1.500) para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa, conforme al artículo 116 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744. Dicho importe, multiplicado por la cantidad de meses que el damnificado estuvo sin trabajar (seis



meses), arroja un total de nueve mil pesos (\$9.000).

7.- Los cálculos porcentuales de incapacidad a los que refiere el perito interviniente (para el caso, el 25%), constituyen una referencia a considerar, debiendo tomarse en cuenta, además, la incidencia en la vida de relación de la víctima y, a partir de esta comprobación, fijar la cuantía resarcitoria por el rubro atinente a la incapacidad sobreviniente. En función de lo expuesto y ante la escasa actividad probatoria del reclamante, propongo al Acuerdo la procedencia de la indemnización por incapacidad sobreviviente reclamada en autos, fijando su cuantía en la suma de ciento veinticinco mil pesos (\$125.000).

8.- Atento a la gravedad del siniestro y las secuelas espiritualmente dolorosas que indudablemente el mismo debió dejar en el accionante, a los efectos de determinar la cuantía de la indemnización del daño moral, tomaré en cuenta las consecuencias del accidente, su intensidad y perduración, procurando que el monto a establecer cumpla la función de neutralizar en la víctima el sufrimiento experimentado. En virtud de las atribuciones emergentes del art. 165 C.P.C.y C., considero que el monto reparatorio por daño moral deberá fijarse la suma de pesos veinte mil (\$20.000).

9.- En cuanto al daño psicológico cuyo resarcimiento fuera reclamado en el mismo acápite que el correspondiente al daño moral, si bien es criterio de la suscripta que éste no constituye un daño específico distinto del daño moral o del daño físico -según las características que presente y la esfera afectada- en casos como el que se analiza, se concreta un efecto reparatorio que permite su consideración por separado, cual es el valor de una de terapia psicológica; por tal razón me inclino por su admisión. Teniendo en cuenta que el experto aconseja que es necesario, como adecuado intento de restitución de la plena salud psíquica del actor, a efectos de superar el stress postraumático generado por el accidente, una terapia psicológica de cierta extensión, aparece prudente su recepción. Por tanto, y teniendo en cuenta un valor promedio de la sesión psicológica, estimo que la totalidad de la terapia demandaría un monto de pesos cinco mil (\$5.000) a la época del siniestro.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los ocho (8) días del mes de mayo del año 2014, se reúne en Acuerdo 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 Secretaría de Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "LUNA ALBERTO JAVIER OMAR C/ GONZALEZ HEINRICH VALENTIN LEANDRO Y OTRO S/ D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)",(Expte. Nro.: 2691, Año: 2011), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de Villa La Angostura, con asiento en la ciudad de Villa La Angostura.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:



I. A fojas 262/268 y vta. se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual se rechazó la demanda de daños y perjuicios promovida por el Sr. Alberto Javier Omar Luna contra el Sr. Valentín Leandro González Henrich y contra Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada, con costas al actor perdedor.

II. Contra el pronunciamiento citado se alza la parte actora, a través de su apoderado, con patrocinio letrado a fs. 273, obrando la expresión de agravios a fs. 282/287 y vta.. Conferido el pertinente traslado recursivo a fs. 289, el mismo no fue contestado.

III. Descripción de los Agravios del actor:

A. La queja actoral se circunscribe a cuestionar el criterio seguido por el juzgador a la hora de resolver, afirmando que el a quo ha adoptado una interpretación restrictiva en lo referido a la responsabilidad del transportista benévolo. Sostiene el recurrente que el sentenciante ha colocado sobre su parte una carga probatoria de imposible cumplimiento, al haberle exigido la acreditación de la culpa del demandado. Con cita de prestigiosa doctrina y jurisprudencia nacional, entre la que incluye la emanada de la CSJN, concluye el apelante que el criterio adoptado por el magistrado de grado no constituye una interpretación legalmente válida del art. 1113 del Código Civil, dado que dicha norma no contiene distinción alguna, ni su aplicación está condicionada a que la víctima no haya viajado gratuitamente en el transporte o a que no haya asumido el riesgo del viaje o intervenido en su creación.

De seguido, transcribe un párrafo de la sentencia en el que el a quo ha considerado que el conductor del rodado en el que el actor era transportado fue el culpable de la producción del siniestro. En virtud de ello, tilda de incongruente el fallo, en tanto rechaza la demanda sobre la base de una supuesta asociación en la asunción del riesgo entre su parte y el conductor y en la participación en el uso de la cosa peligrosa. Afirma el apelante que el judicante lo ha responsabilizado de la torpeza en la conducción del rodado atribuible exclusivamente al transportador.

B. En segundo término, se agravia el actor por el rechazo de la acción entablada en contra de la compañía de seguros, argumentando que su parte ha demandado, en forma conjunta, al titular del automotor asegurado y a dicha compañía. Sostiene que la LS no consagra expresamente la acción directa contra la Compañía de Seguros por parte del damnificado; no obstante ello, refiere a su aceptación doctrinaria y jurisprudencial.

Posteriormente, concluye que la sentencia incurre en una arbitrariedad mayor, dado que la doctrina en la que se apoya, simplemente, fiende a que sean demandados conjuntamente la aseguradora y el asegurado, agregando que tal fue el proceder seguido por su parte.

Sin perjuicio de ello, reitera que debe aplicarse en el caso el art. 1113 del Código Civil y condenarse a la aseguradora y al asegurado, por cuanto los demandados no han invocado ni probado la culpa de su parte –víctima del evento dañoso- y el juzgador ha dejado en claro que el accidente se produjo por culpa del conductor del automotor propiedad del accionado asegurado.

IV. Análisis de los agravios:

Adelanto que he de acoger el primer agravio actoral. No desconozco que el criterio del a quo se sustenta en algunos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios en los que se ha entendido que cuando quien acciona es el transportado benévolamente, cabe que se apliquen las pautas del art. 1109 del Código Civil y no las causales objetivas de responsabilidad del art. 1113.

No obstante lo apuntado, he de adherir a la postura doctrinaria y jurisprudencial que propicia lo contrario.

En mi opinión, la naturaleza de la responsabilidad que genera el transporte benévolo es extracontractual, de modo que el damnificado sólo debía probar el daño sufrido y el contacto con la cosa de la cual el mismo devino, mientras que el dueño o guardián de la cosa debía probar algún eximente para liberarse total o parcialmente de su responsabilidad (cfr. en este sentido, CSJN en autos "Melnik de Quintana, Mirna E. y otro c. Carafí, Juan M. y otros s/ rec. de hecho" del 23/10/01, pub. en: RCyS 2002, 763; CNCiv., Sala L, "Fernández, Liliana Mónica y otros c. Bonavera, Walter Oscar y otros" del 28/04/2009, LL 15/09/2009, 3, con nota de José Luis Correa; íd., sala C "Monzón, Juan Antonio y otros c. Páez, Omar Domingo y otro", del 19/11/2007, L. L. Online; íd., sala G "Jiménez Andaur, Aidee Magdalena y otro c. García, Roxana Clarisa y otros", del 17/09/2007, L. L. Online; íd. Sala K, "Aizpón Vianconi, Valeria B. c. Akamine Reiko y otro", del 22/02/2007, L. L. Online; íd., Sala F, "Rivas, Margarita B. c. Bernar, Nélica R. y otro" del 09/06/2006, L. L. Online; íd., Sala



D, "Ayala Rodríguez, Wilma S. c. Wilchez, Nilo E" del 06/12/2005 L. L. Online; íd. Sala A, "Coronel Aída c/ Machadihno Manuel", del 30-6-86, L. L. 1987-D-621, fallo N° 37.664-S; entre otros).

En el ámbito doctrinario, me remito al trabajo de Miguel A. Piedecasas titulado: "Transporte benévolo" (publicado en Revista de Derecho de Daños, volumen II, año 1998, "Accidentes de tránsito", Ed. Rubinzal Culzoni, www.rubinzalonline.com.ar) en el que el autor alude a las distintas posiciones en la materia. En dicho opúsculo, el jurista citado concluye que en esta especie de transporte existe responsabilidad del transportista, ya que no hay ningún fundamento lógico, ético o jurídico que autorice a consagrar un principio de irresponsabilidad frente a un daño causado. Señala que permitir morigerar la responsabilidad del transportista en virtud del fin subjetivo y objetivo tenidos en cuenta al realizárselo, de ninguna manera, puede fundarse en ficciones, injusticias, inequidades o exigencias que van más allá de lo normalmente requerido.

Es que no puede alegarse, como lo ha hecho el sentenciante, una asunción de riesgos por parte del transportado, pues nadie contrae el riesgo de morir por el sólo hecho de subir y consentir ser transportado en un vehículo conducido por otra persona, salvo que el conductor se hallare visiblemente incapacitado para hacerlo.

En efecto, la gratuidad del transporte benévolo no crea un escudo de protección para el agente dañador, no justifica el daño ni libera de responsabilidad al conductor del vehículo. La simple aceptación de ser transportado en una cosa riesgosa no supone que la víctima haya propiciado el propio daño mediante una conducta culposa. Toda actividad humana implica una aceptación de riesgo, y tener en cuenta esta circunstancia para exonerar a los responsables del daño importaría en los hechos suprimir esa responsabilidad (ver lo expuesto por la doctrinaria Kemelmajer de Carlucci, Aída, "Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo", en Revista de Derecho de Daños, n° 7, "Daños en el transporte", Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, págs. 65 a 67).

En la actualidad, la creencia acerca de la participación de la víctima en la producción del daño se ha puesto en tela de juicio; tanto es así que desde la perspectiva del nuevo Código Civil, cuya entrada en vigencia es inminente, el denominado "hecho del damnificado" como eximente, ha perdido relevancia. En palabras de Mosset Iturraspe, "el ser humano busca la felicidad terrenal y huye de los sufrimientos o menoscabos" (cfr. Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3 Rubinzal Culzoni pág. 451). Es así que el art. 1719 de la nueva legislación, receptando las directrices que se han venido gestando desde la jurisprudencia y doctrina a la que adhiero, prevé que en materia de asunción de riesgos "la exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal".

En la corriente que propicio se ha enrolado el Tribunal Superior de Justicia Neuquino en un pronunciamiento dictado por el Cuerpo, aunque con otra integración. En fallo que me permito parafrasear, se ha considerado que: "el transporte benévolo o "gracioso" o "amistoso" o "solidario" o "de favor", o "de cortesía", según los variados apelativos con que se lo designa, se da cuando una persona conductora de un vehículo, ofrece o acepta llevar en su automóvil a otra persona –o cosa-, sin costos ni carga para ésta; cuando el conductor del vehículo invita a viajar a una persona, o acepta llevarla, por simple acto de cortesía o con la intención de hacerle un favor, sin que el viajero se encuentre obligado a retribución alguna por el transporte" (cfr. Acuerdo Nro. 6/2007 en autos "NEMCEK PABLO JOSÉ Y OTRO C/ SACCOMANO LEONARDO SANTOS Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" con cita de Romero Acuña, María del Carmen, nota al fallo comentado: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín 1998/05/07 "Surace, Pablo E. c. Bengoechea, Roberto F. y otros". LLBA 1999, 23, www.jusneuquen.gov.ar).

Continuó el alto Cuerpo razonando que: "el transporte benévolo no muta su calificación, por la circunstancia de que el transportado compartiera los gastos de transporte con su transportador o que, en algunos tramos, la víctima maneje el rodado a fin de permitir que el conductor descanse durante el decurso de un prolongado viaje, circunstancia que ha sido caracterizada, por algunos fallos, como transporte gratuito" (Cfr. Ac. citado precedentemente).

Reconoció nuestro máximo Tribunal, la existencia de discrepancias en los ámbitos doctrinarios y jurisprudenciales, en cuanto al encuadre jurídico de este instituto en la órbita de la responsabilidad contractual o extracontractual, resaltando que, sin perjuicio de las distintas posiciones sobre el tema, es mayoritaria la que considera que se trata de un



supuesto de responsabilidad aquiliana.

Luego, con cita de jurisprudencia emanada de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha afirmado que: "en el campo extracontractual la responsabilidad del dueño o guardián de la cosa riesgosa es objetiva", y que "el art. 1113, segundo párrafo, del Código Civil, no contiene distinción alguna para el supuesto de transporte benévolo". El Superior órgano provincial concluyó que: "Se ha superado así una inveterada jurisprudencia que afirmaba que el transportado benévolo se ubica en el art. 1109 y que no podía invocar en su favor la inversión de la carga probatoria prevista en el art. 1113 del Código Civil" (cfr. TSJ. Ac. 6/2007, ya citado).

Posteriormente, el alto Cuerpo ha hecho referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que tiene dicho que: "por tratarse de un detrimento generado por la participación de una cosa riesgosa, basta que el afectado demuestre el daño sufrido y su relación de causalidad con aquélla, quedando a cargo del dueño acreditar la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder. La supuesta participación en la creación del riesgo del transportado no implica –salvo circunstancias excepcionales no demostradas en el caso- la culpa de la víctima ni constituye una causa o concausa adecuada en la producción del daño que permita excluir la atribución objetiva de responsabilidad que el ordenamiento impone del dueño o guardián. Que asimismo el razonamiento que excluye el factor de atribución basado en el "riesgo de la cosa" con respecto al transportado, resulta censurable en el estricto plano de la responsabilidad objetiva porque constituye una clasificación de riesgo no contemplada en el art. 1113 del Código Civil que desvirtúa y torna inoperante dicho texto legal" (cfr. Acuerdo antes referido con cita de C.S.J.N. FALLOS 324:3618, autos "Melnik de Quintana, Mirna Elena y otro c/ Carafi, Juan Manuel y otros").

V. El caso de autos: Ahora bien, en el supuesto bajo juzgamiento el juez a quo ha reconocido que el conductor del rodado en el que viajaba el actor tuvo, en la ocasión, un comportamiento culposo al haber invadido el carril contrario y haberse interpuesto en la línea lícita de avance del camión cuyo conductor fuera sobreesido en el proceso penal.

Aún cuando se encuentra acreditada la responsabilidad extracontractual del fallecido conductor del rodado –que queda subsumida en el factor de atribución subjetivo regulado en el art. 1009 del Código Civil-, entiendo que a efectos de la procedencia de la acción dirigida contra el dueño del vehículo siniestrado, el actor únicamente debía acreditar –y así lo hizo- la existencia del hecho, el daño sufrido y la relación causal entre ambos para que naciera el derecho al resarcimiento, por aplicación del principio de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado. El dueño del vehículo se hubiera eximido total o parcialmente de responsabilidad si hubiese acreditado la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder (Art. 1113 del Código Civil). Se trata de dos obligaciones independientes, indistintas, concurrentes o in solidum, ya que cada uno –en el caso, el chofer y el dueño del rodado- responde por un título distinto frente al damnificado, quien puede demandar a cualquiera o a ambos conjuntamente por el todo.

Como lo ha señalado el Tribunal Superior de Justicia local en el Acuerdo 6/2007 antes citado: "No existe norma alguna que excluya al automóvil que transportaba gratuita o benévolamente a personas de la calificación de cosa riesgosa, y –por consiguiente- de la atribución a su dueño o a su guardián de la imputación objetiva de responsabilidad por los daños causados por ella" (Cfr. sentencia ya mencionada del TSJ local con cita de Cam. Civ. y Com. de Morón, sala 2da., 17-10-95 "Zurita, Carla c/ La Porta, Vicente s/ daños y perjuicios" L.L. Buenos Aires 1996-205).

Siguiendo tales lineamientos, no me quedan dudas respecto a que en autos ni el demandado González Heinrich, titular del dominio del rodado siniestrado (cfr. fs. 5/6), ni la compañía de seguros citada en garantía, han demostrado alguna de las circunstancias expuestas, de las cuales se pudiera inferir la concurrencia de culpa de la víctima o de un tercero por quien no deben responder.

Tengo para mí que en estas actuaciones ha quedado acreditado que el día 16 de abril de 2010, en las primeras horas de la tarde, el Sr. Alberto Javier Omar Luna era transportado benévolamente en el vehículo Renault Kangoo, patente Nro. GQV-957, propiedad del demandado Sr. Valentín Leandro González Heinrich, por la ruta nacional Nro. 231, desde Villa la Angostura hacia Bariloche. Asimismo, tengo por acreditado que el Sr. Rodolfo Figueroa, conducía el rodado en ese momento y que a las 15.45 hs., a la altura del kilómetro 53 de la mencionada ruta, en una de las curvas del trazado, el vehículo conducido por Figueroa en el que viajaba Luna colisionó de frente, sobre el carril de circulación contrario, con el camión marca Internacional Modelo Tagle dominio BRBZ-28, de Chile, conducido por el ciudadano de esa



nacionalidad, Juan Pablo Milling Ojeda. Dicho luctuoso accidente fue la causa directa de la pérdida de la vida del conductor del rodado menor de propiedad del demandado –cosa riesgosa en los términos del art. 1113-, y de los daños a la salud por los que reclama el actor en autos.

En efecto, conforme a lo que se desprende de la historia clínica obrante en este expediente a fs. 137/179, y de la pericia médica incorporada a fs. 135/136, el actor padeció como consecuencia del accidente, fracturas de las costillas 2, 5, 6, 7, 8 y 9 izquierdas con hemoneumotorax traumático, que fue drenado quirúrgicamente. Además, el Sr. Luna sufrió un traumatismo cerrado abdominal, con ruptura de bazo y la consecuente hemorragia intra abdominal, que fueron resueltas quirúrgicamente con esplenectomía. Finalmente, el actor presentó herida cortante en la región occipital de 10 cm. de longitud que fue suturada, y heridas cortantes en dorso de la nariz y labio superior, con secuelas, principalmente, derivadas de la esplenectomía sufrida y el deterioro que ello importa en el sistema inmunitario (cfr. dictamen pericial médico de fs. 135/136 que no ha sido impugnado y constancia del Servicio de Infectología del Hospital Ramón Carrillo de Bariloche obrante a fs. 137). Las lesiones descritas, reitero, fueron causadas por el siniestro de tránsito en el que participara el vehículo en el que Luna era transportado benévolamente, cuyo dominio pertenecía al demandado Valentín González Heinrich, quien a la vez, había suscripto en relación a su rodado, un contrato de seguro con la citada en garantía que se hallaba vigente a la época del siniestro.

Por ello, propongo al Acuerdo el acogimiento del primer agravio articulado por el accionante, y en consecuencia, propicio la revocación del decisorio cuestionado y la procedencia de la demanda de daños y perjuicios articulada por Alberto Javier Omar Luna contra Valentín Leandro González Heinrich y contra la citada en garantía, Seguros Bernardino Rivadavia Cooperativa Limitada.

Dada la forma en la que me he expedido en lo atinente al primer agravio, se torna abstracto el análisis del segundo motivo de la queja.

VI. Ahora bien, en virtud de lo normado por el art. 277 del Código Procesal Civil y Comercial, corresponde que me expida sobre la procedencia de los rubros que integran la indemnización reclamada en el escrito introductorio de la litis, toda vez que dichos capítulos han sido propuestos al juez de grado, quien no se ha pronunciado, por haber resuelto el rechazo de la demanda (cfr. en este sentido las enseñanzas de Palacio-Alvarado Velloso, en "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Explicado y anotado Jurisprudencial y bibliográficamente, T. Sexto, Ed. Rubinzal Culzoni, año 1992, pág. 444). A continuación, abordaré cada uno de los rubros indemnizatorios que integran el reclamo actoral, describiendo lo expuesto en la demanda y en los respectivos respondes, para luego emitir mi propuesta al Acuerdo.

A. Gastos médicos y farmacéuticos:

A. 1. El actor reclama a fs. 13, el resarcimiento de gastos médicos en los que dice haber incurrido a raíz de haber estado internado doce días, a causa de las lesiones generadas por el evento dañoso, habiendo cuantificado dicho rubro en la suma de diez mil pesos (\$ 10.000). Cita jurisprudencia que ha considerado razonable admitir determinados gastos médicos y de farmacia, aún sin mediar puntuales comprobantes de pago, cuando la acreditación de las lesiones y su tratamiento hace presumir tales erogaciones.

Refiere, además, que la lesión sufrida y la consecuente pérdida de su bazo hacen necesaria la periódica y permanente asistencia médica y farmacológica, a efectos de compensar la minusvalía. Reclama por estas erogaciones futuras la cantidad de veinticinco mil pesos (\$ 25.000).

A. 2. A su vez, en el responde efectuado por la demandada (a fs. 31/32) y por la citada en garantía (a fs. 45/46), dichas partes se oponen a la procedencia del rubro indemnizatorio, aduciendo que el actor no ha adjuntado ninguna factura que acredite haber efectuado erogaciones por el concepto reclamado.

Agregan que, según su propio relato, el accionante reconoce haber sido atendido en un hospital público y que por tal razón, de haber efectuado algún gasto médico o farmacológico este sería mínimo. Luego, se oponen a la procedencia del pedido de indemnización de los gastos médicos futuros sosteniendo que el supuesto gasto sería eventual toda vez que no es posible conocer en la actualidad si efectivamente se deberá realizar, y que dado tal carácter en principio, no resultaría indemnizable.



A. 3. Analizando la procedencia del rubro reclamado debo señalar que en autos, el accionante no ha producido prueba concreta sobre la cuantía del daño cuya reparación reclama bajo el acápite "gastos médicos", ni ha acreditado haber efectuado las erogaciones que solicita.

No obstante, adelanto que me pronunciaré por su procedencia por las razones que a continuación desarrollaré. Ha quedado probado en autos que el accionante fue atendido en establecimientos asistenciales públicos -hospital Dr. Arraiz, de la localidad de Villa la Angostura, (fs. 107/108) desde donde fuera derivado al Hospital Zonal de Bariloche, Dr. Ramón Carrillo (fs. 139) al que ingresó el mismo día del accidente (fs. 140). Ahora bien, no obstante haber sido asistido en establecimientos estatales, considero que la víctima del accidente debe ser indemnizada por los gastos de farmacia en los que dice haber incurrido, por ser de público conocimiento que, normalmente, existen algunas erogaciones que deben ser solventadas por el paciente.

Dichos gastos no exigen necesariamente prueba acabada de su existencia. La jurisprudencia concuerda en admitir tales desembolsos, cuando su existencia resulta verosímil, aunque no haya prueba específica sobre su monto y aunque obre atención de alguna Obra Social, porque: "los medicamentos nunca son gratuitos, aunque sobre sus costos se obtengan descuentos" (cfr. CNCiv., Sala B, in re "G.A. c/ Sikor S.A.", 3/6/00, L. L., diario del 21/9/00; ídem, C.N.Civ., Sala K, in re: "Muñoz Gregorio c/ Empresa Ferrocarriles Argentinos", 27/10/92, L. L. 1993-A-440).

No obstante, este criterio amplio no es absoluto, ni puede resultar de una graciosa concesión de los jueces, sino que encuentra su fundamento en la naturaleza del perjuicio que hace sumamente dificultosa su prueba y en la correlación entre los gastos por los que se reclama y las lesiones experimentadas, tiempo de curación, secuelas y carácter de ellas. Entonces, habré de ponderar dichos extremos a la luz de las constancias emergentes de la historia clínica y pericial médica antes referidas, que dan cuenta de las diversas lesiones y de su magnitud detallada supra, del período de diez (10) días de internación y de las secuelas que padece Luna por la pérdida del bazo, que lo acompañarán por el resto de su vida.

Para su determinación procederé con prudencia, sin incurrir en demasías decisorias, ya que la mayor parte del gasto médico ha sido soportado por los nosocomios públicos en donde fue atendido el Sr. Luna.

Conforme a la jurisprudencia de la antigua Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial que integré, corresponde a los jueces ejercer la facultad contemplada en el art. 165 del ritual, procediendo con parquedad a la hora de establecer el "quantum debeatur", pues "en el ámbito de esa defección que se produce, no puede posibilitarse que acaezca un indebido enriquecimiento para el acreedor y una carga indemnizatoria excesiva para el deudor (...) máxime cuando ello es de fácil producción..." (CTF SManDes, 08-06-2010, "Green S.A. c/ Vargas, Jorge Luis y otro s/ daños y perjuicios", Expte. CSM N° 192/2010, SD N° 62/2010; más recientemente, Ac. 198/2012 en autos "Arrue, Luis Wille c/ Dehais José Luis s/ Daños y Perjuicios", entre otros).

Teniendo en cuenta, entonces, que el actor no acreditó la magnitud de los gastos abonados, conforme a la facultad acordada por el artículo 165 in fine del CPCyC, estimo razonable para hacer frente a la pretensión resarcitoria sub examine, establecer dicho rubro en la suma de dos mil pesos (\$2.000) a la fecha en la que se produjo el accidente - 16/04/2010-, pues quien pretende mayor resarcimiento en estas partidas debe aportar la prueba documental que respalde su reclamo, máxime cuando, como en el caso, no surge del escrito de demanda base específica alguna que permita hacer una estimación de lo que fue realmente gastado en los distintos ítems que integran el rubro; ni se acompañó como prueba documental una sola factura o recibo de los gastos.

A. 4. En lo que hace a los gastos médicos y farmacéuticos futuros, seguiré los mismos parámetros anteriormente apuntados, por cuanto en autos, lejos de tratarse de un daño hipotético, como lo ha catalogado la contraparte y la compañía de seguros citada en garantía, el reclamo encuadra en la hipótesis de daño emergente futuro "cierto", esto es, aquél que constituye una prolongación inevitable o previsible del daño actual y cuya determinación queda librada al prudente arbitrio judicial (art. 519 del Código Civil); (conf. Orgaz, A., "El daño resarcible", Córdoba, Marcos Lerner Editora, 1992, págs. 63/64; citado por en autos "Batista, Walter José y otros vs. Sanatorio Quintana S.A. y otro s. Responsabilidad médica" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala III; 06-09-2005; Secretaría de Jurisprudencia de la CNCiv. Com. Fed.; RC J 4891/10, www.rubinzaonline.com.ar).



Así lo estimo, dado que se halla acreditado que el actor, quien al momento del siniestro tenía 37 años de edad, debe afrontar gastos médicos y farmacológicos de por vida, dado que debido a la extirpación del bazo se ha deteriorado su sistema inmunitario y, por tal razón, debió y debe realizar controles periódicos con un infectólogo, tomar antibióticos diariamente, por lo menos durante dos o tres años, sin excepción, debido a la susceptibilidad ante infecciones bacterianas, con la posibilidad de su ingesta de por vida y recibir dosis de vacunas antigripal, atineumococcica, antihæmophilus, antimeningococcica, con la periodicidad indicada por el servicio médico de infectología, de acuerdo a la constancia documental obrante a fs. 137, emanada del Hospital Zonal Ramón Carrillo.

No pasa inadvertido que, de conformidad a la misma constancia documental, el accionante denunció contar con la cobertura de una obra social (OSECAC) y que puede además concurrir a un nosocomio público en el futuro, a efectos de recibir la debida atención médica. Pero como antes lo dije, dicha circunstancia no enerva la procedencia del reclamo indemnizatorio por dicho rubro, aunque deba tomarse en consideración a efectos de la determinación prudencial de su importe.

Apelando a las atribuciones que me confiere el art. 165 del Código de forma, he de propiciar al Acuerdo que por el concepto de "gastos derivados de la atención médica y de farmacia futuros" se disponga su procedencia, determinándose en diez mil pesos (\$ 10.000) a valores vigentes al momento del siniestro.

B. Lucro cesante e Incapacidad Sobreviviente:

B. 1. Luego el accionante reclama ser indemnizado por los conceptos inherentes a la incapacidad sobreviviente y al lucro cesante que dice haber padecido a causa del siniestro.

Expresa que la extirpación del bazo, si bien le permite una vida medianamente normal, le produce algunos trastornos por cuanto dicho órgano es parte del sistema inmunológico y del sistema circulatorio. Argumenta acerca de las deficiencias inmunológicas que posee a raíz de no contar con el mencionado órgano vital, por quedar sometido a la necesidad de tomar antibióticos ante la menor infección y a la obligatoriedad de vacunarse para prevenir determinadas enfermedades.

Estima que la incapacidad que padece no puede ser inferior a un 40%. Dice que su parte trabaja de manera autónoma en el rubro reparación técnica y venta de equipos de computación y telefonía celular, percibiendo por dichas tareas una suma mensual de \$ 2.500, encontrándose inscripto como contribuyente monotributista, lo que acredita con la constancia glosada a fs. 9/10.

Afirma, también, el reclamante, que durante los seis meses posteriores al accidente no pudo ejercer su actividad laboral, por lo que reclama en concepto de lucro cesante, una indemnización cuantificada en la suma de quince mil pesos (\$ 15.000).

Luego, por la incapacidad que aduce padecer, cuantifica el daño emergente en la suma de ciento setenta y cuatro mil doscientos ochenta pesos (\$ 174.280), tomando en consideración su edad y su perspectiva laboral y de vida útil.

B.2. Las demandadas cuestionan la procedencia de las indemnizaciones referidas, argumentando que el accionante no ha aportado fundamento alguno a los fines de la determinación del invocado perjuicio y que la eventual recepción de este rubro debería, a todo evento, limitarse a la pérdida de ganancias efectivamente demostradas por la actora.

B. 3. Adentrándome en la procedencia del reclamo indemnizatorio por el lucro cesante que el actor reclama, debo señalar que emerge de las testimoniales rendidas ante el Juzgado en lo Civil, Comercial y de Minería N° 5 de San Carlos de Bariloche, adjuntadas a esta causa mediante el sistema de videofilmación, que los testigos Solange Castro, Leonardo Antonio Domínguez y Roberto Néstor Zunino, fueron contestes al señalar que el actor estuvo internado aproximadamente 10 días a causa del accidente y que a raíz del siniestro padeció daños considerables en su salud. Tanto Castro como Zunino expresaron que luego del accidente el actor no pudo desempeñar su trabajo habitual. Dichos testigos expusieron que el Sr. Luna se dedicaba a reparar equipos de telefonía celular, televisores y equipos de audio de manera independiente y que no poseía un local a esos efectos. También, ambos deponentes afirmaron saber que el período de tiempo en que Luna no pudo realizar su trabajo habitual fue aproximadamente el que el accionante refiere en su escrito inicial -6 meses-.

Los testigos aludidos no han dado precisiones acerca del ingreso que Luna percibía en esa época, pero dijeron saber



que pagaba el alquiler y que lo que ganaba le alcanzaba para vivir con su grupo familiar, que según lo expresó Castro –medio hermana del actor-, en ese entonces, estaba constituido por su mujer y un bebé de 4 meses). Entonces, con las testimoniales brindadas en autos, tengo por suficientemente acreditado que el Sr. Luna no pudo trabajar durante 6 meses a raíz del accidente padecido, y por tal período corresponde, en mi opinión, la indemnización por lucro cesante reclamada.

En ausencia de pruebas concretas que acrediten las ganancias dejadas de percibir por el demandante, luego de ponderar los dichos de los testigos a los que anteriormente hiciera referencia, tomaré en consideración, a efectos de fijar el “quantum debeatur”, el salario mínimo vital y móvil establecido por resolución Nro. 2/2009, del CONSEJO NACIONAL DEL EMPLEO, LA PRODUCTIVIDAD Y EL SALARIO MINIMO, VITAL Y MOVIL a partir del 1° de enero del año 2010, el que fuera fijado en PESOS MIL QUINIENTOS (\$ 1.500) para los trabajadores mensualizados que cumplen la jornada legal completa, conforme al artículo 116 del Régimen de Contrato de Trabajo aprobado por la Ley N° 20.744. Dicho importe, multiplicado por la cantidad de meses que el damnificado estuvo sin trabajar (seis meses), arroja un total de nueve mil pesos (\$9.000).

B. 4. En lo que hace al reclamo indemnizatorio por la incapacidad sobreviviente, en la pericia médica practicada en autos -que no fuera impugnada oportunamente por las co demandadas- el profesional interviniente verificó que Sr. Luna presentaba, al momento de practicarse dicho informe, dolores en las cicatrices, principalmente en las quirúrgicas de abdomen y tórax, como así también en la región costal izquierda a nivel de las costillas fracturadas.

También, informó el perito médico que las cicatrices faciales, si bien son notorias, no determinan desfiguración del rostro. Señaló el experto que a raíz de la cirugía abdominal, el actor padece de cólicos intestinales, probablemente determinados por la formación de adherencias intra-abdominales (bridas), que según lo expuso el médico actuante, son frecuentes en este tipo de intervención. Señala el galeno que Luna suele presentar contracturas musculares cervicales y lumbares como secuela del traumatismo sufrido y que a raíz de la esplenectomía y el deterioro que ésta determina en el sistema inmunitario, debe realizar controles médicos periódicos y mantener el calendario de inmunizaciones preventivas determinadas por el infectólogo tratante. A modo de conclusión, el perito expresa que Alberto Javier Omar Luna presenta secuelas del accidente de tránsito sufrido el 16 de abril de 2010 que producen alteraciones de leve a moderada significación en el desarrollo de la vida cotidiana, pero de significación importante en su capacidad laborativa, determinando una merma de la misma en un porcentaje del veinticinco por ciento (25%). Encuentro acreditado, entonces, con la prueba pericial médica, que reitero, no fue cuestionada oportunamente, ni por la accionada ni por la compañía de seguros citada, la incapacidad sobreviviente del actor en el porcentaje indicado por el perito médico.

En el caso que nos ocupa, he determinado, ante la ausencia de prueba concreta aportada por quien reclama, que el ingreso del accionante, se correspondía con el salario mínimo vital y móvil vigente a la fecha del siniestro.

Considerando que el daño reclamado versa sobre las implicancias económicas de la incapacidad comprobada, debe contarse en principio, con alguna guía objetiva que sirva como pauta orientativa para determinar el monto de la reparación derivada del lucro cesante producido por la mencionada incapacidad.

Sabido es que existen varios sistemas que persiguen ese propósito, tales como el de cuantificar las necesidades de la víctima, la renta o pensión, las ganancias frustradas, etc.

En el caso aplicaré como parámetro de cálculo, el utilizado en el fallo “Méndez” dictado por la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, 28/04/2008.

Sobre la base de tales lineamientos, advierto que al momento del siniestro el actor contaba con 37 años de edad, que el fin de la vida productiva de los trabajadores fue estimado, en dicho pronunciamiento, en la edad de 75 años, que conforme a las constancias del dictamen pericial, el accionante padece de un 25% de incapacidad y que la tasa de interés pasiva utilizada en la fórmula aplicada en el precedente “Méndez”, es la del 4% anual.

Pero, como lo sostuve anteriormente, el monto al que he arribado es solo un parámetro a tomar en consideración. Ya me he pronunciado en precedentes anteriores afirmando que en mi opinión, para establecer este género de indemnizaciones no cabe aplicar indefectiblemente pautas matemáticas, sino que es preciso valorar las circunstancias



de la causa, entre las cuales, si bien asume relevancia lo que la incapacidad impide presumiblemente percibir durante el lapso de vida útil, también es preciso meritar la disminución de las posibilidades concretas en el ámbito del desarrollo vital, social y familiar; es decir que el aspecto laboral es sólo un ingrediente a computar, pues el daño también se trasunta en la totalidad de la vida de relación de aquélla. La Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial que integró se ha pronunciado sobre el tema en Acuerdo Nro. 41/2010 en autos "Herzig Silvia Stella Maris c/ Nieves del Chapelco s/ Daños y Perjuicios" y Acuerdo Nro. 176/2012, en autos "Savluk, Erika Evelina C/ Cerro Bayo S.A. S/ D. Y P. Responsabilidad Contractual Particulares", y más recientemente, en Acuerdo Nro. 43/2014 en autos "ELIZALDE MARIA JULIA C/ ZEPELLI IGNACIO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)", siguiendo el criterio del más Alto Tribunal de la Nación y de otros organismos judiciales, en los que se sostuvo que: "no se trata de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres..." (CSJN, 08/04/2009, "Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y PamentalPeluso y Compañía S.R.L.", cit. asimismo, en autos "Montecinos", CSM, Ac. N° 13/09, 13/10/2009).

Finalmente, los cálculos porcentuales de incapacidad a los que refiere el perito interviniente (para el caso, el 25%), constituyen una referencia a considerar, debiendo tomarse en cuenta, además, la incidencia en la vida de relación de la víctima y, a partir de esta comprobación, fijar la cuantía resarcitoria por el rubro atinente a la incapacidad sobreviniente.

En función de lo expuesto y ante la escasa actividad probatoria del reclamante, propongo al Acuerdo la procedencia de la indemnización por incapacidad sobreviviente reclamada en autos, fijando su cuantía en la suma de ciento veinticinco mil pesos (\$125.000).

C. Daño moral y psicológico:

C. 1. El accionante reclama por este rubro la suma de cincuenta mil pesos (\$ 50.000), argumentando que la importancia y gravedad de las lesiones que sufrió, su incapacidad sobreviviente y el riesgo cierto que corrió su vida en la emergencia, lo hacen acreedor de la correspondiente compensación indemnizatoria por daño moral.

Luego alude a la procedencia de la reparación por el daño psicológico padecido, aduciendo que el riesgo al que estuvo injustamente sometido, le ha dejado secuelas técnicamente calificadas como "traumas", que afectan el normal desarrollo y desenvolvimiento de su personalidad en los órdenes social, laboral y de relación, por lo que requiere un resarcimiento independiente que cuantifica en la suma de quince mil pesos (\$ 15.000).

C.2. La demandada y la citada en garantía se oponen a la procedencia del reclamo indemnizatorio descrito, argumentando que la accionante no tiene derecho a formularlo y que la cuantificación económica efectuada es arbitraria, citando jurisprudencia que entienden aplicable al caso.

En lo que hace al daño psicológico, las contendientes se oponen al requerimiento actoral, expresando que desconocen las secuelas psicológicas o psiquiátricas que el Sr. Luna dice padecer y que dicha especie de daño no posee autonomía respecto del daño patrimonial y/o el moral.

C.3. Comienzo el abordaje de este reclamo indemnizatorio recordando que sobre tal aspecto, desde hace largo tiempo, la jurisprudencia nacional tiene dicho que: "Cuando se habla de daño moral, evidentemente el vocablo "moral" no se refiere a un aspecto ético o deontológico, sino a un daño que se opone al material o patrimonial"... y que dicha alusión "es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual que la ley presume y tutela -y atañe a una persona-" (cfr. CNEspecial Civil y Com., sala I, abril 30 de 1986.- Álvarez de Rodríguez, María EE. C. Durán, Antonio y otros, La Ley, 1986-C, 300, entre tantos otros).

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del Cód. Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. La dificultad de calcular los dolores no impide apreciarlos en su



intensidad y grado, por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, dolor físico, padecimientos propios de las curaciones y actuales malestares subsistentes. Para establecer su monto no se deben correlacionar los daños materiales y morales puesto que se trata de lesiones de diferente índole y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral" (Del fallo de primera instancia, publicado en LA LEY, 1985-B, 150; CNEspecial Civil y Com., sala V, diciembre 30 de 1983, "Bettini, Alfonso c. Sindicato de Obreros y Empleados de la Madera").

En un reciente pronunciamiento, la Sala I de esta Cámara ha recordado que: "mucho se ha dicho tanto en doctrina como jurisprudencialmente, fundamentalmente en la búsqueda de pautas razonables que permitan una mayor previsión y justeza en el resultado, ya que este tipo de perjuicio, transita por el camino de lo presuncional, que por referirse a la lesión de las afecciones espirituales del sujeto, no exige de prueba directa, sino que habrá de inferirse de acuerdo a las reglas de la experiencia y sobre la base de las características de esa situación objetiva que hace presumir la lesión espiritual".

"Está comprometida la existencia e integridad psicofísica espiritual y social, ...así como el daño patrimonial constituye una modificación disvaliosa del patrimonio que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de éste; del mismo modo "el daño moral es una modificación disvaliosa, anímicamente perjudicial del espíritu, que se traduce en un modo de estar de la persona diferente de aquél en que se encontraba antes del hecho y como consecuencia de éste" (Zavala de González Matilde, "El concepto de daño moral" en JA 1985-I-729).

Se agregó en el pronunciamiento que vengo parafraseando que: "El daño moral es la lesión de razonable envergadura producida al equilibrio espiritual cuya existencia la ley presume –y tutela- y que atañe a una persona. Es una noxa a la normalidad. Si ese equilibrio presumido por la ley estuviera ya alterado antes del hecho considerado como generador del daño moral, puede consistir en una agravación, en una situación intensificadora. El daño moral es un acontecer conmovedor. Hasta podría conllevar también una perturbación para el normal proceso del pensamiento, siempre que ello fuere razonable y no encuadrarse en un caso de incapacidad psíquica" (Cipriano Néstor Amilca, Daño moral; concepto interdependencias jurídicas y psicológicas, LL 1982-D-843)". (cfr. esta Cámara, Sala I en Ac. 03/2014, voto de la Dra. Calaccio en autos "DANDLIKER VANESA CRISTINA C/ BAHIA MANZANO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO").

Entonces, sobre la base de los lineamientos expuestos, atento a la gravedad del siniestro y las secuelas espiritualmente dolorosas que indudablemente el mismo debió dejar en el accionante, a los efectos de determinar la cuantía de la indemnización del daño moral, tomaré en cuenta las consecuencias del accidente, su intensidad y perduración, procurando que el monto a establecer cumpla la función de neutralizar en la víctima el sufrimiento experimentado. En virtud de las atribuciones emergentes del art. 165 C.P.C.y C., considero que el monto reparatorio por daño moral deberá fijarse la suma de pesos veinte mil (\$20.000).

C. 4. En cuanto al daño psicológico cuyo resarcimiento fuera reclamado en el mismo acápite que el correspondiente al daño moral, si bien es criterio de la suscripta que éste no constituye un daño específico distinto del daño moral o del daño físico -según las características que presente y la esfera afectada- en casos como el que se analiza, se concreta un efecto reparatorio que permite su consideración por separado, cual es el valor de una de terapia psicológica; por tal razón me inclino por su admisión.

Teniendo en cuenta que el experto aconseja a fs. 127 que es necesario, como adecuado intento de restitución de la plena salud psíquica del actor, a efectos de superar el stress postraumático generado por el accidente, una terapia psicológica de cierta extensión, aparece prudente su recepción. Por tanto, y teniendo en cuenta un valor promedio de la sesión psicológica, estimo que la totalidad de la terapia demandaría un monto de pesos cinco mil (\$5.000) a la época del siniestro.

Aclaro que si bien la pericia psicológica ha sido objeto de impugnación por parte de la accionada (cfr. fs. 133), y los jueces poseemos amplia libertad para ponderar el dictamen pericial, ello no implica que podamos apartarnos arbitrariamente de la opinión fundada del perito idóneo. Para hacerlo, los magistrados debemos basarnos 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, lo que no encuentro verificado en autos.

Así pues, cuando el peritaje aparece fundado suficientemente y sin que se le opongan argumentaciones de mayor peso, cabe estar a sus conclusiones (cfr. al respecto, voto de la suscripta en Acuerdo "SANCHEZ ERNESTO C/ FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL c/ ART" y jurisprudencia allí citada).

D. En conclusión, mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el accionante y en consecuencia revocar la sentencia de grado y acoger favorablemente la demanda entablada por Alberto Javier Omar Luna contra Valentín González Heinrich, condenando al mencionado y a la citada en garantía a abonar al actor en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de Ciento Setenta y Un Mil Pesos (\$ 171.000).

E. Intereses y costas: Respecto de los intereses que devengarán la referidas sumas, los mismos se calcularán desde la fecha del accidente de tránsito (16/04/2010) y hasta su efectivo pago, a la tasa activa que publica mensualmente el Banco de la Provincia del Neuquén.

Las costas de las dos instancias serán a cargo del demandado perdidoso y de la citada en garantía (arts. 68 y 279 del C.P.C. y C.).

F. Honorarios: En virtud de lo resuelto, propongo, asimismo, al Acuerdo, se deje sin efecto la regulación de honorarios de la instancia de grado (art. 279 del CPCyC), debiendo regularse los mismos una vez practicada y firme la correspondiente liquidación de la anterior instancia, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2933. A tales efectos, se impone la remisión de los presentes al origen para que, previa liquidación se fije la base regulatoria y se adecuen los emolumentos profesionales. Finalmente, propongo al Acuerdo, diferir la regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia hasta que se cuente con pautas para ello. Mi Voto.

A su turno, el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Por compartir los argumentos y solución propiciada por la Dra. María Julia Barrese en el voto que antecede, adhiero al mismo. 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.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el accionante y en consecuencia revocar la sentencia de grado y acoger favorablemente la demanda entablada por Alberto Javier Omar Luna contra Valentín González Heinrich, condenando al mencionado y a la citada en garantía a abonar al actor en concepto de indemnización de daños y perjuicios la suma de Ciento Setenta y Un Mil Pesos (\$ 171.000), con más los intereses que se calcularán desde la fecha del accidente de tránsito (16/04/2010) y hasta su efectivo pago, a la tasa activa que publica mensualmente el Banco de la Provincia del Neuquén.

II.- Costas de ambas instancias a cargo del demandado perdidoso y de la citada en garantía (arts. 68 y 279 del C.P.C. y C.).

III.-Dejar sin efecto la regulación de honorarios de la instancia de grado (art. 279 del CPCyC), debiendo regularse los mismos una vez practicada y firme la correspondiente liquidación de la anterior instancia, en virtud de lo dispuesto por el art. 2 de la ley 2933.

IV.- Diferir la regulación de los honorarios correspondientes a esta instancia hasta que se cuente con pautas para ello.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 23/2015

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)



[-Por Carátula](#)

"RIPALTA CELIA ALICIA C/ MARTIN SILVANA ALEJANDRA S/ COBRO SUMARIO DE PESOS" - 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.: 26183/2010) – Acuerdo: 24/15 – Fecha: 08/05/2015

DERECHO CIVIL: Contratos.

CONTRATO DE ALQUILER. ENTREGA DEL INMUEBLE. ESTADO DE ABANDONO Y DESTRUCCION. DAÑOS Y PERJUICIOS. FIADOR. RESPONSABILIDAD DEL FIADOR. ALCANCE.

1.- Si bien se desprende que la incoada habría desocupado el inmueble alquilado en la fecha indicada en el escrito de responde, cierto es que la mera desocupación no importa el deber de restituir el bien que pesa sobre el inquilino, obligación ésta que para su extinción requiere del concurso de la voluntad del solvens que entrega la cosa y del accipiens que la recibe, salvo que se efectúe la correspondiente consignación judicial.

Tampoco se me escapa que la accionada al contestar la demanda sostiene haber entregado las llaves a las empleadas de la inmobiliaria propiedad de la reclamante, pero cierto es que dicha circunstancia fáctica no ha sido acreditada en autos - extremo que pudo haberse probado con la testimonial de dichas personas, elemento de convicción que no fue ofrecido en la oportunidad procesal pertinente-, motivo por el cual resulta insuficiente para tener por cumplida la obligación que pesaba sobre la inquilina.

2.- De la prueba rendida en autos, en especial del acta de la constatación formulada por el Escribano y de las fotografías que forman parte del acta notarial, prueba esta expresamente reconocida por la incoada, se desprende el estado de abandono y destrucción en el cual se encontraba el bien oportunamente locado al momento de su recuperación por parte de la accionante. En virtud de lo expuesto, el análisis de la prueba mencionadas, la sana crítica y la falta de prueba por parte de la accionada de que los daños mencionados se produjeron sin culpa de su parte (cfr. art. 377 del Código Procesal), llevan al convencimiento de que existe un crédito a favor de la actora en concepto de los daños y perjuicios sufridos en el inmueble oportunamente alquilado.

3.- La responsabilidad del fiador por las deudas derivadas de la locación, conforme lo prevé el art. 1582 bis, no puede extenderse a las obligaciones devengadas una vez concluido el plazo contractual convenido, salvo consentimiento expreso del fiador,



cuestión esta que no se verifica en la presente causa toda vez que la prórroga contractual no se encuentra suscripta por persona alguna y llegó firme a esta instancia que la misma se realizó tácitamente.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral Có, Provincia del Neuquén, a los ocho (8) días del mes de Mayo del año 2015, se reúne en Acuerdo 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 Secretariade Cámara, Dra. Victoria P. Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "RIPALTA CELIA ALICIA C/ MARTIN SILVANA ALEJANDRA S/ COBRO SUMARIO DE PESOS", (Expte. Nro.: 26183, Año: 2010), 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.- Contra la sentencia definitiva dictada a fs. 258/262 que rechaza la demanda por cobro sumario de pesos derivada de la finalización del contrato de locación comercial iniciada por la Sra. Celia Alicia Ripalta contra Silvana Alejandra Martín y el Sr. Carlos Alberto Martín, este último en carácter de responsable solidario, interpone recurso de apelación la parte actora (fs. 263).

II.- Recibidos los autos en esta Alzada y puestos los mismos a disposición por el término de ley, a fs. 272/288 la accionante apelante expresa agravios.

En primer término se queja por el hecho que si bien el señor Juez A quo tuvo por probada la existencia del contrato de locación y su extensión, no ha considerado el resto de las cuestiones derivadas de dicho contrato.

Indica que en autos está reconocido que el contrato se prorrogó del año 2008 al 2009, más la demandada dejó de pagar los cánones locativos en octubre de 2008 y no ha presentado ningún recibo de pago de alquileres por el período reclamado –octubre de 2008 a septiembre de 2009-.

Expresa que la incoada ha reconocido haber ocupado el local hasta enero del 2009, pero nunca entregó las llaves del mismo, habiendo la actora recuperado la propiedad el día 9 de octubre de 2009 con intervención de escribano público.

Por ello le agravia el absoluto rechazo infundado del reclamo de pago de alquileres pendientes cuando la demandada no probó haberlos pagado, como así tampoco acreditó la fecha en que dice haber entregado el local comercial.

El segundo agravio se vincula con los daños a la propiedad y al estado del inmueble al momento de su recupero.

Manifiesta que el sentenciante rechazó el reclamo deducido sin siquiera haber considerado toda la prueba documental aportada, en especial las fotos que forman parte del acta notarial de constatación del estado del local comercial.

También le agravia que el señor Juez A quo haya dejado de lado la responsabilidad solidaria del garante de la inquilina, a cuyo fin sostiene que aún después de vencido el contrato y hasta la entrega en debida forma del inmueble, el garante se mantenía en su posición, por lo que la demanda debe prosperar también contra aquel.

En cuarto término la recurrente se queja por la valoración de la prueba que realiza el señor Juez de grado, pues entiende que el judicante se ha apartado de las probanzas documentales aportadas por la actora –en especial contrato, facturas, comprobantes de pago, acta notarial-, ha invertido la carga de la prueba y ha tomado de modo parcial y arbitrario los dichos del único testigo que declaró en autos.

El último agravio se refiere al depósito de garantía. En tal sentido expresa que su devolución no se encontraba en discusión, pero sí condicionada a la cancelación de todos los pagos pendientes a cargo de la demandada.

Indica que el Magistrado se equivoca al sostener que se podría haber aplicado dicha suma al pago de los alquileres adeudados al momento de finalización del contrato.



Manifiesta que retuvo dicho depósito para afrontar todas las demás deudas pendientes como lo determina la cláusula décimo primera del contrato.

III.- Corrido que fuera el pertinente traslado de ley, los accionados guardan silencio.

IV.- A) En uso de las 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.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado el recurrente mínimamente la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón de 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 recurso en análisis debe ser examinado.

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. Aragonese 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.

B) 1.- Liminarmente cabe poner de resalto que llega firme a esta Alzada: 1) La existencia del contrato suscripto entre las Sra. Celia Alicia Ripalta y Silvana Alejandra Martín, mediante el cual la primera de las nombradas daba en locación a la mencionada en segundo término el inmueble sito en Rudecindo Roca esquina Elordi Nro. 468, Local 4, de la ciudad de San Martín de los Andes, a partir del día 9 de enero de 2005, con opción de prórroga (la cual fue utilizada) hasta el día 8 de enero de 2008; 2) La intervención del Sr. Carlos Alberto Martín en carácter de garante solidario de la contratación aludida; y 3) La prórroga tácita de la locación desde el 9 de enero de 2008 hasta el 8 de enero de 2009.

2.- Ingresando al análisis del primer agravio, cabe analizar si en autos se encuentra acreditado que la locataria –Sra. Martín- restituyó el inmueble locado al finalizar al plazo de la prórroga tácita oportunamente convenida, es decir en el mes de enero de 2009, conforme lo sostiene el judicante en la decisión que se revisa o si el inmueble alquilado fue recuperado por la accionante en el mes de octubre de 2009 tal cual se desprende del libelo inicial y del escrito recursivo.

El locatario al momento de finalización del contrato de alquiler tiene a su cargo la obligación de restituir o entregar la cosa locada al locador o a quien perteneciere el bien arrendado –cfr. art. 1556 in fine del Código Civil que textualmente prevé "El locatario esta obligado [...] a restituir la misma cosa al locador o a quien perteneciese acabada la locación" (sic.)-, obligación esta que no cabe tener por cumplida con la mera desocupación del inmueble y/o simple puesta a disposiciones del bien por parte del inquilino.

En tal sentido se ha expresado "La obligación del inquilino prevista en el art. 1556 in fine del Código Civil no se cumple con la mera desocupación del bien, sino con su restitución al locador" (CNCiv., Sala B, 3-10-1995, LL, 1998-D, 872 -40.634



S-). "La entrega de las llaves constituye el acto que exterioriza de manera concreta la voluntad de restituir el bien al reclamante (art. 913, Código Civil) de manera que la sola desocupación sin aquel acto o la recepción material por el actor de la cosa, resulta insuficiente" (CACiv. y Com., Sala 2, Resistencia – Chaco, 3-07-2006, -Austral Líneas Aéreas Cielos del Sur S.A. c/ López González, Julián I. s/ consignación de llaves-, Rubinzal Online, RC J 1304/07).

En este orden de ideas y luego de una pormenorizada lectura de las constancias de autos considero, a diferencia de lo sostenido por el Sr. Juez A quo, que en la presente causa no se encuentra acreditado fehacientemente que la Sra. Martín hubiese entregado las llaves del inmueble locado, tal cual lo alega la incoada en oportunidad de contestar la acción, toda vez que en el legajo no obra instrumento alguno que acredite la finalización del contrato de locación, como así tampoco la existencia de un recibo por el cual la locadora acepta la llaves del inmueble, elementos estos útiles para demostrar el cumplimiento de la obligación que emana del art. 1556 in fine del Código Civil, y/o declaración testimonial de la cual se desprenda la efectiva devolución del inmueble por parte de la inquilina y recepción del mismo por quien alquila.

Sobre el punto jurisprudencialmente se ha expresado "La instrumentación de la finalización del negocio y con mayor razón la existencia de un recibo por el cual los propietarios aceptaran la entrega de las llaves del local, eran los elementos de prueba apropiados para demostrar los extremos en que los emplazados sustentaron sus defensa y su omisión les imponía la alternativa de remontar la refutación de la presunción "hominis" que le es adversa, porque como de ordinario los pagos –como es el relativo a la entrega de la cosa locada- se comprueban con el recibo pertinente y las cosas se aprecian por lo que es verosímil y de ocurrencia corriente, la ausencia de tal elemento documental inclina a pensar que la alegada entrega no se operó (cfr. LLambías, J.J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones". T. II-B, 326, Nro. 1615 y nota 536)" (CNCiv. Sala A, mayo 6-5-1996, -Urrutia, Alberto c/ Castillo Jorge A.-, DJ 1996-1, 1253).

No paso por alto que de los elementos de convicción ponderados por el sentenciante –testimonial del Sr. Héctor Fabián Rodríguez (fs. 166), recibos de haberes obrantes a fs. 117/134, acta de fiscalización de fs. 219 y Disposición de la Secretaría de Hacienda Municipal de fs. 221- si bien se desprende que la incoada Martín habría desocupado el inmueble alquilado en la fecha indicada en el escrito de responde, cierto es que la mera desocupación no importa el deber de restituir el bien que pesa sobre el inquilino, obligación ésta que para su extinción requiere del concurso de la voluntad del solvens que entrega la cosa y del accipiens que la recibe, salvo que se efectúe la correspondiente consignación judicial.

Jurisprudencialmente se ha expresado "Corresponde hacer lugar a la demanda de desalojo ya que no puede considerarse que se ha producido la restitución del inmueble locado toda vez que si bien es cierto que existen elementos de prueba suficientes para tener por cierta la voluntad del locatario de restituirlo –en el caso, desocupó el bien y dio de baja a los servicios públicos que estaban a su nombre-, para que se produzca la extinción de la obligación, se requiere del concurso de la voluntad del solvens que entrega la cosa y el accipiens que la recibe, salvo que se efectúe por vía de consignación" (C3ra Apel. Civ. y Com. Córdoba, 27-09-2005, LLC 2006, 55).

Tampoco se me escapa que la accionada al contestar la demanda sostiene haber entregado las llaves a las empleadas de la inmobiliaria propiedad de la reclamante, pero cierto es que dicha circunstancia fáctica no ha sido acreditada en autos -extremo que pudo haberse probado con la testimonial de dichas personas, elemento de convicción que no fue ofrecido en la oportunidad procesal pertinente-, motivo por el cual resulta insuficiente para tener por cumplida la obligación que pesaba sobre la inquilina conforme la prevé la normativa del Código Civil citada precedentemente.

3.- En virtud a los argumentos expuestos y toda vez que en autos –reitero- la accionada, Sra. Martín, no ha acreditado en debida forma haber restituido en el mes de enero de 2009 el local comercial oportunamente alquilado a la Sra.

Ripalta, corresponde tener por cierto los dichos de la accionante y, consecuentemente, establecer que la actora recuperó la tenencia del bien aludido en el mes de Octubre de dicho año.

4.- Por todo lo dicho propicio hacer lugar al presente agravio, en consecuencia, revocar la decisión que se revisa en lo que al punto se refiere.

C) Atento la forma en la que propongo sea resuelta la queja que antecede, cabe ingresar al estudio de la segunda,



tercer y quinta crítica a los fines de establecer si resultan procedentes los diversos rubros que integran la pretensión.

1.- Las partes, conforme se desprende de la copia del contrato locación de fs. 97/102 -reconocido por la incoadapactaron el precio de locación correspondiente al primer, segundo y tercer año de locación, como así también el lugar de pago de los arriendos. Asimismo no se encuentra cuestionado que el alquiler mensual del periodo de prórroga tacita (Enero/2008 – Enero/2009) se pacto en la suma de \$ 900.

En autos no obra prueba alguna –recibos cancelatorios- que acredite que la inquilina, Sra. Martín, hubiese abonado el alquiler de los meses de Diciembre/2008 – Octubre/09 (fecha en la que la actora recuperó el inmueble locado), motivo por el cual entiendo que existe un crédito a favor de la demandante por el concepto bajo estudio conforme liquidación que a continuación se detalla, * Alquileres impagos: Diciembre/08: \$ 900,00, Enero/09: \$ 900,00, Febrero/09: \$ 900,00, Marzo/09: \$ 900,00, Abril/09: \$ 900,00, Mayo/09: \$ 900,00, Junio/09: \$ 900,00, Julio/09: \$ 900,00, Agosto/09: \$ 900,00, Septiembre/09: \$ 900,00 y Octubre/09: \$ 900,00, lo que totaliza la suma de \$9.900,00.

Cabe agregar que la pretensión en examen resulta procedente en atención a que el locatario tiene a su cargo la obligación de pagar los alquileres hasta la fecha en que el locador recobra la efectiva tenencia del bien locado (cfr. (Cám.Civ.2ª, Sala 1, La Plata, 7/5/98, "Ortiz, Roberto c/ Pezuchi Stella Maris s/ Cobro Ejecutivo; 27/10/99 "Luján Daniel Alfredo y otros c/ Amado Miguel Angel y otros s/ Cobro Ejecutivo de Alquileres" Juba B253039; 5-2-2004 Cám. Apel Civ. y Com. Azul, Sala II, causa 46343, "González, Ricardo Federico c/ Municipalidad de Tandil s/ Cobro de Alquileres"; ídem causa N° 46291, 23/12/2003 "LacollaNunzio c/ Masotti Mónica s/ Cobro de Alquileres", voto Dr. Peralta Reyes).

2.- La accionante en su demanda reclama la repetición de la suma abonada en concepto de deuda por servicio eléctrico periodo 20/7/2008 al 29/9/2009; gas natural periodo Diciembre/2008-Septiembre/2009, expensas comunes Octubre/2008-Septiembre/2009 y tasas y servicios retributivos municipales Enero/2008-Septiembre/2009, fundando su pretensión en el hecho que el pago de los ítems aludidos estaban a cargo de la inquilina; deuda esta que es expresamente negada por la Sra. Martín.

Las partes en las cláusulas quinta y sexta de la copia del contrato de locación obrante a fs. 97/102, prorrogado tácitamente, convinieron que la locataria tenía a su cargo el pago de los servicio de energía eléctrica, gas natural, expensas comunes, tasas y servicios retributivos municipales.

La actora en el escrito de demanda si bien adjunta las facturas emitidas en concepto de los ítems sub examen y comprobantes de pago de las mismas, cierto es que dicha prueba se encuentra expresamente negada y desconocida por la incoada en el escrito de contestación de demanda, sin que en autos la Sra. Ripalta hubiese ofrecido y producido prueba tiende a acreditar la autenticidad y veracidad de dicha documental, motivo por el cual considero que los elementos aludidos resultan insuficientes por si solos para acreditar la efectiva cancelación por parte de la demandante de la deuda pretendida.

La falta de acreditación por parte de la Sra. Ripalta de haber efectivamente abonado la suma cuya repetición pretende en concepto de servicios, expensas y tasas municipales, me lleva a concluir que el reclamo bajo análisis en los términos intentados debe ser desestimado.

Jurisprudencialmente se ha dicho: "Si bien es cierto que nada impide que en el contrato de locación se pacte que las expensas y pagos de servicios e impuestos estarán a cargo del locatario (cfr. Salgado Alí Joaquín "Locación, Comodato y Desalojo", pág. 58, Ed. La Rocca), no lo es menos que el locador podrá reclamar dichas sumas al inquilino por vía de repetición, pues sólo en la medida que abone tales montos tendrá legitimación para petitionar su reembolso (cfr. esta sala, 26-3-96, "Forte Yolanda E. c/ Terra Marcela s/ ejecución de alquileres" R.184.657). Ello es así, por cuanto el locador no es el titular de esos créditos" (CNCiv., sala D, septiembre 30-996, "Rinaldi de Ciurana, Elsa T. c/ Ortega Ramos, Ángel", DJ 1997-2-241). "Los impuestos, el suministro de luz eléctrica y servicio telefónico que se encontraban a cargo del locatario y han sido pagados por el locador, son rubros comprendidos en la ejecución de alquileres, sin embargo a los efectos de la procedencia de la acción de repetición incumbe al ejecutante acreditar que ha pagado dichas erogaciones, pues no puede repetirse lo que no se pagó" (CNCiv., Sala E, -Li Marzi de Zangaro, Rosa c/ XianWei y otro- 24-2-2003, LL 2003-E, 186).

3.- La obligación primordial, entre otras, que asume todo inquilino es la de conservar el inmueble en buen estado y de



restituir la misma cosa al locador, respondiendo de todo daño o deterioro que se causara (arts. 1556 y 1561 Cód. Civ.), al punto de presumirse que aquellos que existan al tiempo de la restitución se originan en la culpa del locatario, siendo a su cargo la prueba de que se deben al vicio o defecto de la cosa, al caso fortuito o fuerza mayor, o que no son aquellos que se derivan del uso correcto de la cosa.

Dicha obligación encuentra su correlato en las que a su vez se imponen al locador en las normas de los arts. 1515 y 1516 del Cód. Civil que precisando sus alcances, consagran su responsabilidad para abarcar aquellos deterioros provenientes de caso fortuito o fuerza mayor, de la calidad propia de la cosa, de sus vicios o defectos y del efecto natural del uso y goce estipulado.

Ahora bien, en la especie cabe destacar que en la cláusula novena del contrato de fs. 97/102 –reconocido por la parte demandada-, prorrogado tácitamente, se estipuló que el locatario recibió el inmueble en perfectas condiciones de uso y conservación, estando a su cargo las obligaciones de mantenimiento del mismo, como así también de devolver el bien en idénticas condiciones que las recibidas al momento de la finalización del contrato. Asimismo de la cláusula décima de la contratación aludida se desprende que la accionada Martín tenía a su cargo los gastos de conservación, pintura, arreglos o reconstrucción de lo dañado y en general de todos los desperfectos, roturas o daños que sufra el inmueble.

En diversos fallos se ha expresado: "Si la cosa locada fue entregada en buen estado debía así reintegrarse, debiendo de lo contrario la locataria probar que los desperfectos se produjeron sin culpa de su parte" (CNEspecial Civil y Comercial, Sala IV, noviembre 11-980, "Bottini c/ Marangoni de Belloni y otros" Rep. La Ley XLI J-Z, 1945 sum. 34). "La obligación del locatario de devolver el inmueble en las mismas condiciones que lo recibió, significa que el estado de la cosa debe ser "bueno", debiendo entenderse por buen estado el que permite que el inmueble sea apto para el uso que conforme a su naturaleza está destinado a prestar (arts. 1504, 1514 y 1561 Cód. Civ.), siendo a cargo de éste las reparaciones de aquellos deterioros menores que regularmente son causados por las personas que habitan el edificio (art. 1573 Cód. Civil)..." (CNEspecial Civil y Comercial, Sala VI, junio 9-978 "Obarrio de Señoras Ercilia c/ Fontana Alberto E." Rep. LL XXXIX, J-Z 1343 sum. 47).

De la prueba rendida en autos, en especial del acta de la constatación formulada por el Escribano Julio Alberto Celave, mediante escritura que luce agregada a fs. 8/9 y de las fotografías que forman parte de dicha acta notarial que obran a fs. 10/18, prueba esta expresamente reconocida por la incoada, se desprende el estado de abandono y destrucción en el cual se encontraba el bien oportunamente locado al momento de su recuperación por parte de la accionante.

En virtud de lo expuesto, el análisis de la prueba mencionadas, la sana crítica y la falta de prueba por parte de la accionada de que los daños mencionados se produjeron sin culpa de su parte (cfr. art. 377 del Código Procesal), llevan al suscripto al convencimiento de que existe un crédito a favor de la actora en concepto de los daños y perjuicios sufridos en el inmueble oportunamente alquilado.

A los fines de establecer el monto de los mismos cabe tener presente que la prueba documental obrante a fs. 54/87 fue expresamente negada y desconocida por la incoada en el escrito de contestación de demanda, sin que en autos la Sra. Ripalta hubiese ofrecido y producido prueba tendiente a acreditar la autenticidad y veracidad de dicha documental, motivo por el cual considero que los elementos aludidos resultan insuficientes por sí solos para acreditar la suma de los perjuicios sufridos por la accionante.

Por lo hasta aquí expuesto, teniendo presente lo que se desprende del acta de constatación y las fotografías mencionados precedentemente, como así también las claras disposiciones del art. 165 del C.P.C. y C., considero justo, equitativo y prudente fijar en la suma de \$4.500,00 la indemnización en concepto de daños y perjuicios sufridos en el inmueble locado, monto éste que abarca gastos de materiales, mano de obra y gasto de escribanía (cfr. factura fs. 21 reconocida por la demandada).

Al monto antes dicho corresponde deducir la suma de \$ 2.565,00 abonada por la inquilina a lo largo del vínculo contractual en concepto de fondo de garantía (cfr. facturas acompañadas por la accionada cuyo originales obran en sobre adjunto al presente y que en este acto tengo a la vista, las que concuerdan con las copias de fs. 113/116),



circunstancia esta reconocida por la demandante.

En tales términos es dable concluir que la accionante tiene un crédito a su favor en concepto de daños y perjuicios sufridos en el inmueble locado –materiales, mano de obra y gasto de escribanía- que asciende a la suma de \$ 1.935,00.

4.- Por los fundamentos esgrimidos entiendo que cabe hacer lugar parcialmente a las quejas bajo análisis.-

D) Por los argumentos expuestos considero que cabe hacer lugar parcialmente a la acción intentada por la Sra. Celia Alicia Ripalta la cual prospera por la suma total de pesos once mil ochocientos treinta y cinco (\$ 11.835,00) en concepto de los rubros mencionados en el inciso C) puntos 1 y 3 del presente apartado.

A las sumas mencionadas en el inciso C) puntos 1 y 3 del presente apartado deberá adicionársele en concepto de interés compensatorio, desde que cada una de ellas es debida (los alquileres al vencimiento y los daños y perjuicios desde la fecha de recuperación del bien) y hasta su efectivo pago un interés equivalente a la tasa activa promedio que dispone el Banco de la Provincia del Neuquén para sus operaciones de descuento (cfr. lo sostenido por el suscripto en el precedente "Villa" de la ex Cámara en Todos los Fueros de la ciudad de Cutral Có y lo expresado por el TSJ en los autos "Alocilla Luisa del Carmen y otros c/ Municipalidad de Neuquén s/ Acción Procesal Administrativa", (Ac. 1590/09 RDO) y "Muñoz Vda. de Burgos María Mercedes y otros c/ Estado Provincial del Neuquén s/ Daños y perjuicios" (Ac 23/2010).

V.- Establecido lo anterior y en atención a lo expresado por la recurrente en el tercer agravio, cabe analizar si la acción interpuesta contra el Sr. Carlos Alberto Martín, quien fuera demandado por revestir el carácter de garante y/o fiador conforme se desprende de la cláusula segunda del contrato de locación obrante a fs. 97/102, resulta procedente.

En el supuesto bajo estudio resulta aplicable lo dispuesto por el art. 1582 bis del Código Civil (vigente a la fecha de firma del presente) que prescribe "La obligación del fiador cesa automáticamente por el vencimiento del término de la locación salvo la que derive de la no restitución a su debido tiempo del inmueble locado. Se exige el consentimiento expreso del fiador para obligarse en la renovación o prórroga expresa o tácita del contrato de locación, una vez concluido este. Será nula toda disposición anticipada que extienda la fianza, sea simple, solidaria como codeudor o principal pagador, del contrato de locación original" (tex.)

En virtud a lo expresado, la garantía otorgada por el Sr. Carlos Alberto Martín en el contrato de locación celebrado con fecha 11 de enero de 2005 comprende las obligaciones derivadas del tal contrato hasta la fecha de su vencimiento (9 de enero de 2008, cfr. art. 2 ley 23091). Es decir que la responsabilidad del fiador por las deudas derivadas de la locación, conforme lo prevé el art. 1582 bis, no puede extenderse a las obligaciones devengadas una vez concluido el plazo contractual convenido, salvo consentimiento expreso del fiador, cuestión esta que no se verifica en la presente causa toda vez que la prórroga contractual que obra a fs. 3/6 no se encuentra suscripta por persona alguna y llegó firme a esta instancia que la misma se realizó tácitamente.

En el sentido expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido "Debe admitirse la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta en una ejecución de alquileres por el fiador, si el inquilino permaneció en el inmueble locado más allá del término pactado, pues la obligación del fiador comprende solamente el pago de los alquileres, intereses y demás accesorios estipulados en el contrato originario hasta la fecha de su vencimiento, no pudiendo extenderse la garantía otorgada por aquél ante la prórroga tácita convenida entre el locador y el locatario [...] de la cual no participó" (CSJN, in re: "González Arístides c/ Tello, Rodolfo C y otros", 23-3-2004).

Por los argumentos brindados entiendo que no cabe hacer lugar a la acción intentada contra el Sr. Carlos Alberto Martín, motivo por el cual corresponde no hacer lugar a la queja bajo análisis y, consecuentemente, rechazar la demanda incoada en su contra por la Sra. Celia Alicia Ripalta.

VI.- En atención a lo expresado en los apartados que anteceden, doctrina y jurisprudencia citada corresponde, lo que así propicio al Acuerdo, 1) Hacer lugar parcialmente a la apelación intentada por la actora recurrente en lo que ha sido materia de agravio y, consecuentemente, cabe revocar la sentencia de primera instancia condenando a la Sra. Silvana Alejandra Martín a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone a la actora, Sra. Cecilia Alicia Ripalta la suma total de pesos once mil ochocientos treinta y cinco (\$ 11.835,00) en concepto de los rubros mencionados en el inciso C) puntos 1 y 3 del apartado IV, con más los intereses que deberán calcularse en la forma



dispuesta en el inciso D) del apartado aludido. 2) Rechazar la acción intentada por la Sra. Celia Alicia Ripalta contra el Sr. Carlos Alberto Martín, en su carácter de responsable solidario, por los argumentos vertidos en el apartado V de la presente.

VII.- Atento a lo propiciado y de conformidad con lo previsto en el art. 279 del Código Procesal cabe modificar el punto II del Fallo de la decisión que se revisa e imponer las costas de primera instancia a la co-accionada Silvana Alejandra Martín (cfr. art. 68 del C.P.C. y C) respecto a la acción intentada contra ella por la Sra. Celia Alicia Ripalta.

Respecto al reclamo intentado por la Sra. Celia Alicia Ripalta en contra del Sr. Carlos Alberto Martín, entiendo que las costas deben ser impuestas a la parte actora en su carácter de vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C).

En tal sentido la doctrina ha indicado "...no sería posible la aplicación de la norma [en referencia al art. 75 del C.P.C. y C.] en aquellos casos en que deba responsabilizarse por las costas a un litisconsorte y no al otro; ello puede tener lugar, por ejemplo, cuando en un litisconsorcio voluntario [como lo es el supuesto de autos] un litisconsorte resulta vencedor y otro vencido;..." (cfr. LoutayRaena, Roberto G., "Condena en costas en el proceso civil", pág. 198, Ed. Astrea, Buenos Aires 1998; el encorchetado me pertenece).

Sobre el punto jurisprudencialmente se expresó "En los casos de litisconsorcio, cuando la sentencia rechaza la demanda respecto de algunos litisconsortes y la estima respecto de otros, cada pronunciamiento debe llevar anexa la decisión sobre costas, cuyo curso debe resolverse en función de lo que dispone el art. 68 del Código Procesal (Podetti, "Tratado de la Tercera", núm. 153, p. 317; ídem 2da ed. Actualizada por Guerrero Leconte, núm. 68, p. 377)" (CNCiv., Sala B, junio 30-975, -Garabato de Feler, Luisa c/ Consorcio de propietarios Santa Fe 3934-, ED 65-183).

VIII.- En relación a las costas de segunda instancia estimo que deben ser impuestas a la co-accionada Silvana Alejandra Martín en su carácter de vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

IX.- Atento la forma en la se resuelve y teniendo presente que en autos resulta de aplicación lo normado por la ley de honorarios profesionales 1.594 modificada por ley 2933, corresponde dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que previa liquidación se fije la base regulatoria y se establezcan los emolumentos profesionales.

Respecto a los honorarios de segunda instancia cabe diferir su regulación hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen.

En definitiva, de compartirse mi voto, correspondería: a) Hacer lugar parcialmente al recurso intentado en aquello que ha sido materia de agravio para la parte actora y consecuentemente, revocar la sentencia de primera instancia condenando a la Sra. Silvana Alejandra Martín a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone a la actora, Sra. Celia Alicia Ripalta, la suma total de pesos once mil ochocientos treinta y cinco (\$ 11.835,00) en concepto de los rubros mencionados en el inciso C) puntos 1 y 3 del apartado IV, con más los intereses que deberán calcularse en la forma dispuesta en el inciso D) del apartado aludido. b) Rechazar la acción intentada por la Sra. Celia Alicia Ripalta contra el Sr. Carlos Alberto Martín, en su carácter de responsable solidario, por los argumentos vertidos en el apartado V de la presente. c) Imponer la costas de primera instancia a la Sra. Silvana Alejandra Martín (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.) respecto a la acción intentada en su contra por la Sra. Celia Alicia Ripalta. d) Imponer la costa de primera instancia a la Sra. Celia Alicia Ripalta por la acción intentada en contra del Sr. Carlos Alberto Martín. e) Fijar las costas de Alzada a cargo de la Sra. Silvana Alejandra Martín en su carácter de vencida. f) Dejar sin efecto los estipendios fijados en la decisión que se revisa y remitir los actuados al origen a fin de que previa liquidación se fije la base regulatoria y se establezcan los emolumentos profesionales (art. 279 del C.P.C. y C., ley 1594 modificada por ley 2933); g) Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen.

A su turno, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

Por compartir los fundamentos y solución propiciada por el vocal preopinante, 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 actora y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia, condenando a la Sra. Silvana Alejandra Martín a que dentro del plazo de diez (10) días de quedar firme la presente abone a la actora, Sra. Celia Alicia Ripalta, la suma total de pesos once mil ochocientos treinta y cinco (\$ 11.835,00) en concepto de los rubros mencionados en el inciso C) puntos 1 y 3 del apartado IV, con más los intereses que deberán calcularse en la forma dispuesta en el inciso D) del apartado aludido;

II.- En virtud de lo dispuesto en el punto anterior, y lo considerado en el Considerando V, rechazar la demanda entablada por la Sra. Celia Alicia Ripalta contra el Sr. Carlos Alberto Martín, en su carácter de responsable solidario, por los argumentos allí vertidos;

III.- Readequar las costas de primera instancia, imponiendo a la co-demandada Silvana Alejandra Martín las generadas por la acción entablada en su contra; mientras que las generadas por la acción iniciada contra el Sr. Carlos Alberto Martín corren a cargo de la accionante perdidosa (arts. 68 y 279 del C.P.C. y C.).

IV.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la Sra. Silvana Alejandra Martín, en su carácter de vencida (art. 68, del C.P.C. y C.);

V.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de primera instancia, debiendo en origen procederse a una nueva regulación, de conformidad a las pautas reseñadas en el Considerando IX de la presente resolución (Cfr. art. 279 del C.P.C. y C., y lo dispuesto por la Ley 1594 modificada por Ley 2933);

VI.- Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen;

VII.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Definitivas N°: 24/2015

Dra. Victoria Paula Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

“TAIBI JUAN MANUEL C/ MONTES HUGO ALBERTO Y OTRO S/ DESPIDO” - 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.: 2397/2010) – Acuerdo: 34/15 – Fecha: 30/06/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. DESPIDO VERBAL. TRABAJO DE TEMPORADA. GUARDAVIDAS. INDEMNIZACION POR DESPIDO. LEY APLICABLE. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO. FALTA DE REGISTRACION LABORAL. CERTIFICADO DE SERVICIOS. RELACION ENTRE EL MUNICIPIO Y EL DEMANDADO. CONTRATO DE CONCESION DE SERVICIO PÚBLICO. RESPONSABILIDAD SOLIDARIA. IMPROCEDENCIA. DISIDENCIA PARCIAL. DESPIDO INDIRECTO.

1.- El propio actor reconoce que le fue comunicado un despido verbal el día 2 de marzo de 2009, y por lo tanto, siendo el despido un acto jurídico de carácter recepticio que surte efectos a partir de la recepción de la comunicación por la otra parte (en el caso verbalmente), este se produjo conforme lo reconocido por el propio



demandante, en forma directa y verbal el día 2 de marzo de 2009. (del voto de la Dra. Barroso, en mayoría parcial).

2.- Siendo la relación jurídica que vinculara a la Municipalidad de Villa La Angostura con el demandado, un típico contrato administrativo, cuyas relaciones se rigen por el Derecho Administrativo, no resultan aplicables las normas del derecho laboral, salvo en lo referente a la relación del concesionario y su personal. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

3.- El sistema legal en que pretende fundar la responsabilidad solidaria de la comuna no satisface la condición de que su aplicación resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad objeto del contrato de concesión de servicio público y con el específico régimen a que ésta se halla sujeta; por el contrario, corresponde su regulación a un sistema jurídico diferente que se sustenta en principios propios, no compatibles con los aplicables en materia de derecho común. [...] Más aún entiendo y conforme se ha dicho que cuando el Estado es quien adjudica la concesión del servicio público a una empresa o particular, no hay transmitente ni cedente, puesto que la adquisición por la adjudicataria, tiene como causa jurídica un acto de autoridad administrativa y no un contrato privado de transferencia. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

4.- Dada la actividad de la co demandada, Municipalidad de Villa La Angostura que es la administración y gobierno de la ciudad, que supone legitimidad de sus actos, no cabe presumir que incurre en el fraude que supone el art. 30 de la LCT (cfr. fallo citado en párrafo anterior). ..."La presunción de legitimidad de los actos administrativos aparece en pugna con lo dispuesto por el art. 30 de la LCT, puesto que su aplicación presupone la realización de una actividad en fraude a la ley respecto de los trabajadores, lo que impide extender dicha norma a la Administración Pública cuando se haya vinculado con un contrato de carácter administrativo con un empresario privado. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

5.- La accionada al momento de contestar demanda no negó la prestación de servicios sino que alegó la vinculación a través de contratos de naturaleza civil, que fueran desconocidos por la actora, temperamento distinto al expresar agravios. Esta circunstancia torna aplicable la presunción del art. 23 de la LCT, conforme sostiene la quejosa, estando a cargo de la demandada probar que tales servicios no tipificaban una relación laboral dependiente. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

6.- Si la respuesta del empleador a la intimación cursada por el trabajador sobrepasó holgadamente el plazo de dos días hábiles previstos en el dispositivo legal, se tornan aplicables las disposiciones del art. 57, LCT. La falta de contestación en forma temporal al telegrama remitido por el trabajador implica una negligencia atribuible a la



destinataria, debiéndosela tener por notificada, por cuanto el deber de diligencia y buena fe imponía que extremara los recaudos a fin de recepcionar las notificaciones que le fueran remitidas en el marco de las relaciones laborales vigentes a la fecha de los hechos que se ventilan. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

7.- A través de tal contratación-concesión de servicio público -el demandado-concesionario-, contrajo una serie de obligaciones entre ellas la de contratar guardavidas para desempeñarse en el camping, objeto de la concesión en determinadas épocas del año, coincidiendo con la temporada de verano. En tal sentido la actividad del actor era necesaria para la prestación de servicios a los usuarios del camping, durante la temporada de verano, lo que constituye una necesidad permanente de la empresa y con ello se perfeccionan los recaudos del art. 96 de la LCT, detentado, los rasgos típicos y definitorios de estacionalidad, es decir estaba llamada a cumplirse en una época preestablecida y determinada del año, requiriendo justamente el tipo legal para su configuración que dichas necesidades sean cíclicas, es decir que estén sujetas a repetirse como parte de las necesidades inherentes al giro normal de la empresa ..." la modalidad bajo análisis pertenece al género de contratos por tiempo indeterminado, en su especie de prestaciones discontinuas regulares que se verifican con arreglo a ciclos anuales..." (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

8. En tanto entre las partes existió un contrato laboral, cobra operatividad según se dijo, la presunción del art. 57 de la LCT, siendo suficiente tal circunstancia para considerar resuelta la relación laboral por culpa del demandado, mediando una injuria de tal naturaleza que impide la continuidad del vínculo y en consecuencia hace procedente las indemnizaciones previstas en la LCT para el caso de despido incausado, destacándose a mayor abundamiento, que la negativa de la relación laboral, aún en forma extemporánea refuerza la postura. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

9.- En orden a las indemnizaciones de la ley 24013, teniendo en cuenta las intimaciones cursadas por el trabajador al empleador, lo dispuestos por los arts. 55 de la LCT y 38 de la ley 921, mediando un contrato de trabajo, no estando registrada la relación laboral, considero pertinente su procedencia. Igual suerte ha de correr la indemnización del art. 80 de la LCT. (del voto de la Dra. Calaccio, en minoría parcial).

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a los treinta -30- días del mes de junio del año 2015, se reúne en Acuerdo la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, Sala I, integrada con las señoras Vocales doctoras Gabriela Belma Calaccio y Alejandra Barroso, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "TAIBI JUAN MANUEL C/ MONTES



HUGO ALBERTO Y OTRO S/ DESPIDO", (EXP. N. 2397 Año 2010), del Registro del Juzgado de Primera Instancia en todos los fueros de Villa La Angostura.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Gabriela Calaccio, dijo:

Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la actora contra la sentencia dictada en fecha 16 de septiembre del 2014, obrante a fs. 500/515 y vta., en tanto por ésta se desestima la demanda laboral impetrada considerándose que la relación que unió al actor y el demandado Montes fue extra laboral, perfeccionada a través de sendos contratos de locación, adjuntados por la accionada. Asimismo admite la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Villa La Angostura, co demandada, con fundamento en los alcances art. 30 de la LCT y jurisprudencia que cita. Impone costas a la actora y regula honorarios.

Contra tal decisión se alza la actora expresando agravios a fs. 520/558 y vta. En dicha presentación -excesiva e inútilmente extensa y sumamente tediosa en su lectura-, amén de reiterativa, engloba su crítica en cinco puntos.

Así en primer lugar cuestiona la decisión en torno a la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva. En el primer agravio, considera que el juez parte de una premisa falsa e interpretación errónea de las constancias de la causa, en tanto su parte no sostuvo que la co-demandada fuera empleadora, sino que fundó su responsabilidad solidaria en el art. 30, 2do párrafo de la LCT, impuesta ministerio legis.

En el segundo agravio, punto 2.1, considera que la acción no se rige por el derecho administrativo sino por las normas de la LCT, conforme las constancias de la causa, y lo decidido por el Excmo. Tribunal Superior de Justicia en oportunidad de conocer en torno a la cuestión de competencia. En este aspecto sostiene que es errónea la decisión del juez, al sostener que el proceso se rige por las normas de derecho administrativo, basado en el contrato de concesión, que le es inoponible al actor, confundiendo el sistema de contratación de la concesión con la naturaleza jurídica de la explotación que es comercial, subordinando la relación laboral del actor a las normas de derecho público, impidiendo la aplicación de los principios del primero, y además porque deja de lado el objeto o materia del proceso, dando primacía a los sujetos, transcribiendo numerosas citas del dictamen del Fiscal Balderrama y Dr. Cancela en oportunidad de expedirse en torno a la competencia, como párrafos de la interlocutoria dictada por los vocales del Excmo. TSJN en oportunidad de resolver sobre tal planteo. Considera que estas piezas procesales demuestran claramente que la cuestión ha de resolverse por las normas del derecho del trabajo.

En el mismo agravio, punto 2.2., considera que el "aquo" ha omitido arbitrariamente el tratamiento de lo dispuesto por el art. 2 de la LCT, defensa esgrimida por la co-demandada, y la existencia, a su criterio, del acto expreso establecido en la norma, que es la ordenanza 1997/07 (art. 13) y modificatoria 207/08, que transcribe. Considera que la misma determina el poder de policía de la municipalidad a través del departamento ejecutivo en relación a la seguridad de las actividades acuáticas y al personal empleado en los distintos espejos de agua, constituyéndose en autoridad de aplicación. Entiende que el art. 13 de la ordenanza referenciada, zanja la cuestión, al establecer que la relación laboral de los guardavidas dependientes de la Municipalidad se rigen por la legislación laboral común, entendiendo que ésta, con mayor razón, se aplica si el vínculo lo es con una persona del ámbito privado.

En mismo agravio punto 2.3, considera que el magistrado se ha apartado arbitrariamente de las constancias de la causa y derecho aplicable, ya que tanto la existencia de las ordenanzas citadas en agravio anterior, como su aplicación concreta al caso ha quedado acreditado con la prueba producida.

Señala que el silencio de la codemandada con referencia a los despachos telegráficos que le remitiera el actor, hace procedente el art. 57 de la LCT, en relación al contenido de los mismos. Refiere también la testimonial de Tressens Ripoll en apoyo de su postura, transcribiendo párrafos de la misma y el reconocimiento del demandado al momento de contestar la demanda. Entiende que se aplica por ello el art. 2 de la LCT y con ello toda la normativa laboral, en particular el art.30 de la LCT.

En el tercer agravio cuestiona la jurisprudencia citada por el magistrado en apoyo de su decisión, entendiendo que no resulta aplicable al caso, porque en tales precedentes no existió el acto expreso, conforme el art. 2 de la LCT, y transcribe la que a su criterio resulta correcta, a las cuales me remito en honor a la brevedad.

En el cuarto agravio, reitera que el juez ha interpretado erróneamente, apartándose arbitrariamente del esquema de



argumentación de las partes, de las constancias de autos y del derecho aplicable.

Seguidamente expresa los agravios que causa la decisión sobre el fondo de la acción. En el primer agravio, punto 1.1., considera que el análisis del juez es infundado y contrario a las constancias de la causa, ya que, a su criterio, se ha probado la existencia de la relación laboral, efectuando algunas disquisiciones en torno al requisito de la subordinación.

En el punto 1.2., considera que la afirmación del sentenciante en torno a la existencia de una relación extra laboral formalizada mediante contratos de locación de servicios, implica una interpretación forzada y errónea de la realidad, dejando de lado el principio de la primacía de la realidad, reiterando el argumento del demandado Montes, que al reconocer la existencia de los mismos, genera la presunción de un contrato de trabajo, atacando, además, normas constitucionales (art. 14 bis CN) y validando un acto en fraude a la ley laboral, soslayando el orden público laboral. Cita doctrina y jurisprudencia a la cual me remito y doy por reproducida en honor a la brevedad.

Punto 1.3. y punto 3.3, controvierte la sentencia en cuanto el "aquo" en relación al vínculo que unió a las partes, sostiene la imposibilidad de permanencia o perdurabilidad en el tiempo dado que ambas sabían sobre el plazo de finalización de la concesión, sosteniendo que la regla general es la indeterminación del plazo, y la excepción los realizados por tiempo determinado, -caso contrato de trabajo a plazo fijo-, que no se da en el proceso, tratándose de un contrato de temporada, siendo a su criterio, irrazonable e ilegal este argumento, porque agrega un requisito a tal figura contractual, por fuera de lo dispuesto por el art. 96 de la LCT y además lo sujeta a una condición resolutoria. Considera que tal figura contractual es un contrato permanente de prestación discontinua, con cita jurisprudencia y que las tareas de guardavidas constituyen un caso típico de éstos.

En el segundo agravio relacionado con la decisión de fondo, de desestimar la demanda, luego de transcribir párrafos de la sentencia, reitera lo dicho en relación a la validez de los contratos de locación de servicios y los requisitos para la configuración del contrato de trabajo.

En el tercer agravio, punto 3.1, y punto 3.2, con transcripción de un párrafo de la sentencia, la cuestiona por considerar infundado el razonamiento por entender que se encuentran probados todos los recaudos del art. 96 de la LCT, señalando que el actor trabajaba como guardavidas en forma permanente, no durante el año, sino que prestaba servicios discontinuamente, en épocas de verano, con tareas que se repetían hasta la finalización del vínculo y en relación a una actividad desarrollada por la empleadora en actividades propias del giro normal de la explotación.

En el punto 3.4 entiende que la remisión del juez a la omisión del procedimiento del art. 98 de la LCT, es infundada, porque trae a debate una cuestión referida a un hecho no controvertido, resolviendo extra petita, violando el principio de congruencia y además, con cita doctrinal, considera que en este caso las partes resolvieron por sí, cómo y cuándo comunicar el inicio de la temporada.

En el cuarto agravio, relativo a la aplicabilidad del CC de trabajo citado por la quejosa, entiende que resulta infundado y arbitrario, violando el principio de la norma más favorable al trabajador.

En el quinto agravio, puntos 5.1 y 5.2, relacionado con la inaplicabilidad en el caso del art. 23 de la LCT, por la existencia de prueba en contrario en relación a la calificación del vínculo del actor y el demandado, considera que conlleva una interpretación errónea del artículo en cuestión y en contradicción con la doctrina legal, en este aspecto cita un fallo del Excmo. TSJN, porque no es necesario probar la calidad laboral del vínculo, para tener por acreditada su existencia, bastando simplemente acreditar que prestó servicios conforme lo ha hecho el actor.

En el punto 5.3 entiende que el juez errónea y parcialmente ha valorado la prueba, e invertido la carga en orden a la presunción del art. 23 de la LCT, porque en este aspecto coloca en cabeza del actor la prueba del carácter laboral de la vinculación, que considera que no se ha acreditado en autos que hubiere obedecido a otra causa, independientemente del nombre puesto al contrato de locación de servicios, por tratarse de un fraude a la ley laboral. El reconocimiento de su suscripción implicó el de la prestación de servicios del actor en las condiciones allí establecidas, y con la prueba testimonial las características de la relación, que describe y a la cual me remito. Cita jurisprudencia que doy por reproducida en honor a la brevedad.

A renglón seguido expresa los agravios que causa a su parte la valoración de la prueba, que considera errónea,



parcial, fragmentaria, habiendo omitido valorar o pronunciarse sobre otras, extendiéndose sobre estas cuestiones a lo largo de siete tediosos agravios. En relación al intercambio epistolar, cuestiona al juez en cuanto éste considera llamativa la distancia temporal entre las comunicaciones, considerando que ésta no fue introducida por las partes, violando el principio de la duda a favor del operario sin analizar la validez de dichos despachos telegráficos. Considera que en relación al intercambio epistolar entre el actor y la Municipalidad co demandada, oculta la circunstancia que la última no contestara los mismos. Tampoco valora y omite expedirse sobre la validez probatoria de la causa penal, y, la que emerge de la existencia de la libreta de guardavidas, que acredita la condición del actor y lo habilita para realizar tal actividad. En este aspecto considera contradictorio el razonamiento por cuanto, reconoce que el actor trabajó para Montes en las temporadas correspondientes a los años 2007/2008 y por otro afirma que se trató de un vínculo extra laboral. Aunado a la circunstancia que a su criterio, y no valorado adecuadamente la documental acompañada por Montes, los contratos de locación de servicios prueban la prestación de servicios a favor de éste por Taibi.

Entiende que la consideración en relación a la omisión de la exhibición de libros (art. 55 LCT) resulta un absurdo de proporciones, pues invierte la carga de la prueba, desplazando la presunción dispuesta a favor del trabajador, al empleador (art. 38 y 55 LCT).

Con respecto a la informativa a la AFIP, que entiende no fue valorada, considera que la misma ratifica que el demandado estuvo a cargo del lugar donde prestó servicios el actor.

En relación a las testimoniales, en torno a la prestada por Tressens Ripoll, entiende que la valoración ha sido parcial y fragmentaria, que además se corroboran con los dichos de la demandada (Montes) al momento de contestar demanda, que esta última pagaba el salario del actor, que la supervisión, organización y coordinación de los guardavidas del ejido municipal estaba a cargo de la Municipalidad co demandada, que la actividad estaba regida por la ordenanza, que tenían un régimen especial, entre otros aspectos.

En relación a las testimoniales de Mellado y Garrido, transcribiendo parte de sus declaraciones, insiste sobre la ausencia de su valoración, mediando arbitrariedad manifiesta por no transcribir, ni valorar todo el testimonio, cercenando la posibilidad de contar con todos los elementos disponibles para resolver. No obstante ello considera que con éstos se ha acreditado la relación laboral de las partes y características de ésta (lugar, horario, categoría, sueldo, ausencia de francos compensatorios, motivo del despido, negativa de tareas).

Considera en párrafo aparte que se han violado los principios tuitivos del derecho laboral y las presunciones legales establecidas a favor del trabajador, con citas doctrinales las cuales doy por reproducidas en honor a la brevedad, señalando el principio protector del art. 14 bis de la CN, in dubio pro operario -art. 9 LCT-, norma más favorable al trabajador, principio de la regla o condición más beneficiosa; de la primacía de la realidad, de la continuidad de los contratos. La presunción del art. 23 de la LCT; art. 55 y 38 de la LCT.

Finalmente se agravia en relación a las costas, solicitando se apliquen en su totalidad a la demandada, y los honorarios regulados a los abogados de la demandada Montes y co demandada Municipalidad de Villa La Angostura por considerarlos elevados.

Hace reserva del caso federal.

Bilateralizado el presente, es respondido por la demandada Montes a fs. 561 y vta. y la co demandada Municipalidad de Villa La Angostura a fs. 566 y vta., en los términos que surgen de tales piezas procesales.

Que corresponde ingresar en el análisis de los agravios vertidos por la actora, a fin de evaluar si los mismos transitan el test de admisibilidad prescripto por el art. 265 del CPCC de aplicación supletoria en orden al 54 de la ley 921. En ese sentido y ponderado que fuera con criterio amplio, y favorable a la apertura del recurso, conforme precedentes de esta Sala, a fin de armonizar adecuadamente las exigencias legales y la garantía de la defensa en juicio entiendo que la queja traída contiene los recaudos exigidos por la norma indicada, no obstante la dificultad que presenta su lectura, conforme se dijo en párrafos anteriores.

Que conforme 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 aquellas que sean conducentes y tengan relevancia para decidir la cuestión sometida a juzgamiento, en este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio" (cfr. "Dos Arroyos SCA vs Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09). "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 /// Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, General San Martín, Buenos Aires; 18-oct-2011; Rubinzal Online; RC J 13128/11).

A fin de tratar adecuadamente los numerosos agravios vertidos, los agruparé en tres cuestiones.-A saber: 1.- la admisión de la excepción vertida por la Municipalidad co demandada; 2.-el rechazo de la acción y 3.-cuestión relativa a costas y honorarios, de corresponder.

Dicho lo anterior, cuadra considerar si el agravio de la quejosa en el primer aspecto, es decir si medió en la emergencia la solidaridad prevista por el art. 30 de la LCT en relación a la co demandada Municipalidad de Villa La Angostura en su carácter de tercero en la relación laboral invocada, puede tener favorable acogida, siendo la respuesta negativa, dando los fundamentos.

En el caso de autos, la actora promueve demanda laboral contra el señor Montes y la Municipalidad de Villa La Angostura, quienes suscribieron un contrato de concesión que obra agregado a fs. 230/231. En virtud del mismo, el demandado Montes contrató los servicios del señor Taibi, para desempeñarse como guardavidas, vínculo contractual que será analizado más adelante.

En tal inteligencia la demandante sostiene en la demanda, que en función de esa negociación la Municipalidad concedente debe responder por la obligaciones laborales del concesionario, invocando el art. 30 de la LCT y ante la excepción de falta de legitimación propuesta por esta última, introduce el análisis del art. 2 de la LCT, considerando que a través del dictado de la ordenanza 1997/07 y modificatoria, se sometió expresamente a la legislación laboral.

Sentado lo anterior, no puedo menos que analizar la naturaleza jurídica del contrato de concesión, ya que además de ser invocado por la actora, resulta el instrumento que vincula a la demandada Montes y codemandada Municipalidad de villa La Angostura, y en virtud del cual viene a este proceso, en su carácter de tercero ajeno a la relación trabada entre Taibi y Montes.

En este derrotero la doctrina enseña que en el contrato de concesión de servicio público .."es un contrato administrativo "homogéneo y único", propiamente dicho, que entra en la tipología de los contratos de transformación, en los que el contratista particular sustituye al Estado en la gestión..".."Es el contrato por el cual el Estado encomienda a una persona física o jurídica, privada o pública no estatal, la prestación de un servicio público bajo determinadas condiciones objetivas, subjetivas y temporales. Esta persona "concesionario" actúa por su propia cuenta y riesgo ..." "La concesión implica a favor del concesionario una delegación de las respectivas facultades por parte de la Administración Pública, a la que sustituye o reemplaza en la prestación, pero que conserva las facultades de regulación y control ..." (Roberto Dormí Derecho Administrativo, pág. 631).

La jurisprudencia también ha dicho en este aspecto.."La explotación del servicio público la hace el concesionario a su propia costa y riesgo. La responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión, corresponde al concesionario" (autor y obra citada).

Dicho lo anterior, no puedo participar del criterio que sostiene la quejosa, puesto que siendo la relación jurídica que vinculara a la Municipalidad de Villa La Angostura con Montes, un típico contrato administrativo, cuyas relaciones se rigen por el Derecho Administrativo, no resultan aplicables las normas del derecho laboral, salvo en lo referente a la relación del concesionario y su personal. En este sentido se ha dicho ..."que la índole administrativa del contrato de



concesión de servicio público gravita, de tal manera, que excluye absolutamente y sin excepción la aplicación de la solidaridad entre la administración pública concedente y particular concesionario, que prevén los artículos 29 y 30 de la LCT. Ello así por cuanto, en primer lugar, siendo la Municipalidad una persona de derecho público que, en su acción de contratar una concesión ...lo hace en ejercicio de competencia propia y privativa de la Administración Pública, esto es, como persona integrante del Estado *latu sensu*, tal acción no está sometida expresamente a la regulación laboral común. De otra parte, el referido sistema legal en que pretende fundar la responsabilidad solidaria de la comuna no satisface la condición de que su aplicación resulte compatible con la naturaleza y modalidades de la actividad objeto del contrato de concesión de servicio público y con el específico régimen a que ésta se halla sujeta; por el contrario, corresponde su regulación a un sistema jurídico diferente que se sustenta en principios propios, no compatibles con los aplicables en materia de derecho común." (CSJN in re: Recurso de hecho deducido por la Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires en la causa Cometta, Alberto Fernando y otros vs. Cañogal SRL y otros "sentencia del 2/9/86 fallos: 3081591).

Más aún entiendo y conforme se ha dicho que cuando el Estado es quien adjudica la concesión del servicio público a una empresa o particular, no hay transmitente ni cedente, puesto que la adquisición por la adjudicataria, tiene como causa jurídica un acto de autoridad administrativa y no un contrato privado de transferencia.

A tono con lo expresado en párrafo anterior se ha dicho ..."No procede la extensión solidaria de la responsabilidad del demandado principal, en autos a la Municipalidad de Neuquén, sobre la base de la norma del art. 30 de la LCT. Ello porque esta norma no contempla el caso de las personas de derecho público como lo es la Municipalidad demandada (art. 33 inc 1° CC) sino que, de conformidad con las disposiciones de los arts. 5, 29 y 31 de ese mismo ordenamiento, ella se refiere al ámbito de las empresas privadas. Así lo ha definido la Jurisprudencia de la CSN (véase Fernández Madrid, Práctica Laboral, pág. 64 pto. 2.8.3 quien también da cuenta que a esa misma conclusión arriban las salas V y I de la CNTr" (Maclin Arturo y otros c/ elite SRL s/ despido directo por otras causales "fallo 204/14 de la CAP de la I circunscripción judicial, Sala II).

A mayor abundamiento se destaca que dada la actividad de la co demandada, Municipalidad de Villa La Angostura que es la administración y gobierno de la ciudad, que supone legitimidad de sus actos, no cabe presumir que incurre en el fraude que supone el art. 30 de la LCT (cfr. fallo citado en párrafo anterior). ..."La presunción de legitimidad de los actos administrativos aparece en pugna con lo dispuesto por el art. 30 de la LCT, puesto que su aplicación presupone la realización de una actividad en fraude a la ley respecto de los trabajadores, lo que impide extender dicha norma a la Administración Pública cuando se haya vinculado con un contrato de carácter administrativo con un empresario privado" (CSJN 2-9-86 "Mónaco Nicolás y otro c/ Cañogal SRL y otro ", TSS 1992-842; CNTrab ,Sala III, "Blanco Gabriel c/ Fundación Hogar, Madre e hijo Homahi y otro s/ despido").

La crítica de la apelante en orden a que la fiscalización y poder de policía ejercido por la demandada Municipalidad, se engloban dentro del concepto de solidaridad, debo adelantar que yerra en su razonamiento, puesto que .."el contrato de concesión de servicios públicos se celebra teniendo en miras la satisfacción de "interés público" y la actividad prestacional que asume el contratista privado que sucede a la administración en la gestión mantiene su naturaleza de servicio público. Por esta causa el Estado, que es el principal gestor del bien común, debe asegurar mediante la regulación -ordenación y organización, fiscalización y régimen sancionatorio- que la necesidad pública que se satisface a través de sujetos privados a quienes otorgó una concesión de servicio público, garantice el mantenimiento de las prestaciones y promueva la expansión del servicio. Con la regulación se otorga certeza a las privatizaciones, seguridad a los usuarios y confianza a los inversores" (autor y obra citada-Dromi-pág 636).

Sentado lo anterior, no se escapa que la quejosa, al momento de contestar la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada, introduce un nuevo argumento que sostiene en la Alzada, referido al art. 2 de la LCT y la existencia del acto expreso previsto por la norma, que funda en la ordenanza 1997/07 y modificatoria, concretamente, a su criterio el art. 13 de la mencionada.

Asiste razón a la quejosa en este tópico, en relación que la ordenanza referenciada y su modificatoria, no obstante la imprecisión y defectuosa redacción, somete algunos aspectos de la actividad que regula (art. 1°) en el art. 13, a la



legislación laboral, prueba de ello es el contrato a plazo fijo suscripto con el actor y que obra agregado a fs. 389 de autos. Pero discurro en relación al ámbito de aplicación, pues de una detenida lectura de aquella, surge indudable que el mismo se centra cuando se demanda directamente al organismo administrativo por parte de su personal, como demandado principal, y no, cuando se lo considera responsable solidario por actos de otros. Es decir esa sujeción a las normas de derecho privado lo es cuando la relación laboral se establece directamente con aquél, estado empleador, situación que no se perfecciona en autos, ya que tal como lo he sostenido, en este caso particular la codemandada, Municipalidad de Villa La Angostura resulta un tercero extraño ajeno a la relación laboral invocada por el actor. "La Administración Pública Nacional no es empleadora según el régimen de contrato de trabajo, salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito, por lo que mal puede ser alcanzada, entonces, por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente a esta clase de sujetos del contrato de trabajo (art. 2 inc. a)" (CSJN 9/2/89; Valdez Luis c/ Andes Investigaciones SRL y otro"; fallos 312:146). "La Municipalidad no es empresa, establecimiento o empleador, en este último caso, salvo que por acto expreso se incluya a sus dependientes dentro de su ámbito en los términos de los arts. 5, 6, 26 y 2 inc a de la LCT y por tanto no puede ser alcanzada por una responsabilidad solidaria que sólo puede ser inherente a estos sujetos del contrato de trabajo" (CSJN Godoy Epifanía y otro c/ Breke Argentina SRL y otro" Fallos 314:1679).

En consecuencia corresponde desestimar estos agravios referidos a la inadmisibilidad de la excepción de falta de legitimación pasiva.

Que corresponde ingresar seguidamente al estudio de los agravios vertidos en relación a la caracterización del vínculo que medió entre el actor y el demandado Montes, evaluando en primer lugar si el mismo puede ser incluido dentro de la categoría de relación laboral encuadrable en las normas del derecho de trabajo.

En tal sentido y siguiendo con la línea argumentativa, remontándonos al objeto del proceso, surge que Taibi demanda a Montes, afirmando sobre la existencia de un verdadero vínculo laboral atrapado por la Ley de Contrato de Trabajo relatando las condiciones bajo las cuales se desarrolló la misma, hasta su finalización –despido indirecto–, adjuntando en calidad de prueba documental los despachos telegráficos habidos entre las partes.

A su turno el demandado al momento de contestar la demanda, en postura encontrada niega que hubiera prestado servicios en forma subordinada, reconociendo que éstos se efectuaron en virtud de sendos contratos de locación de servicios suscriptos por aquél, que adjunta como prueba documental.

Sentadas ambas posturas corresponde evaluar si en la especie, medió relación laboral encuadrable en la Ley de Contrato de Trabajo y a este respecto debo adelantar opinión positiva, conforme los argumentos que más abajo expresaré y la prueba aportada al proceso.

En efecto la accionada al momento de contestar demanda no negó la prestación de servicios sino que alegó la vinculación a través de contratos de naturaleza civil, que fueran desconocidos por la actora a fs. 261, temperamento distinto al expresar agravios. Esta circunstancia torna aplicable la presunción del art. 23 de la LCT, conforme sostiene la quejosa, estando a cargo de la demandada probar que tales servicios no tipificaban una relación laboral dependiente ..."como lo tiene dicho el Címero Tribunal Provincial en pacífica doctrina, si la demandada admitió el hecho de la prestación de servicios, pero negó la existencia de una relación laboral argumentando una de distinta naturaleza -en el caso, locación de servicios-, a ella incumbía la prueba de la alegada vinculación en virtud de lo dispuesto por el art. 375 del CPCC y no habiéndolo hecho, rige la presunción que los trabajos se efectuaron en relación de dependencia (art. 23 LCT)"(- SCBA, L 50658 S 10/12/92 "Swida Wojciech c/ Expreso del Sud S.A. de Transporte s/ Despido" AyS 1992 IV, 499 y L 75821 S 18/12/02 "Benedetti Carlos M c/ Petroquímica General Mosconi SAIC y otros s/ Indemnización por despido, diferencias salariales" Juba7.0a sum. B42365).

A mayor abundamiento se destaca que la suscripta ha adherido al voto de la Dra. Alejandra Barroso en autos "CONTI PATRICIA C/ GRAND CRU S.A. S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. Nro.: 3176, Año: 2011), que sostuvo: "Un sector de la jurisprudencia y la doctrina considera que la mencionada norma sólo manda presumir la existencia de un contrato y que debe acreditarse la dependencia (Justo López y Vázquez Vialard, conf. Fernández Madrid, Juan Carlos; Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Tomo I, pág. 695), sin embargo, comparto la interpretación que sostiene que



sólo debe probarse la prestación de servicios, ya que en lo que atañe a la subordinación el propio 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). En el mismo sentido en autos "MANCHINI SERGIO ENRIQUE C/ COOPERATIVA DE ENERGIA ELECTRICA DE ZAPALA S/ COBRO DE HABERES", RSD N. 35 año 2014.

Analizando entonces la prueba producida, en atención a lo sostenido más arriba, observo que como bien lo dice la agraviada, el magistrado ha omitido analizar adecuadamente el tenor de los despachos telegráficos habidos entre las partes y particularmente la respuesta tardía del demandado a tales reclamos, tornando procedente la presunción contenida en el art. 57 de la LCT.

La excusa ensayada en la demanda relacionada con tal tardanza no puede considerarse, pues no acreditó tales dichos, guardando silencio ante la decisión el juez, a fs 357 y vta., en relación a tal prueba.

En este aspecto, la norma en cuestión, que se relaciona estrechamente con el art. 63 y el principio de buena fe, establece para el empleador, una carga de contestar o explicarse en relación a la intimación del trabajador. Su omisión genera una consecuencia desfavorable para éste. "Si la respuesta del empleador a la intimación cursada por el trabajador sobrepasó holgadamente el plazo de dos días hábiles previstos en el dispositivo legal, se tornan aplicables las disposiciones del art. 57, LCT. La falta de contestación en forma temporal al telegrama remitido por el trabajador implica una negligencia atribuible a la destinataria, debiéndosela tener por notificada, por cuanto el deber de diligencia y buena fe imponía que extremara los recaudos a fin de recepcionar las notificaciones que le fueran remitidas en el marco de las relaciones laborales vigentes a la fecha de los hechos que se ventilan". (Dellisanti Edgardo Néstor vs. Transportes Aéreos Portugueses SA. sucursal Argentina s/ Despido///Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo Sala VIII, 28 /5/2012, Boletín de jurisprudencia de la CNTrab RCJ 7188/12).

Además de lo considerado en párrafo anterior, las declaraciones testimoniales, prestadas por Argentina Mellado a fs. 460 /461; a fs. 479 y vta., Carla Belén Garrido contribuyen a reforzar la presunción del art. 57 de la LCT, pues éstas afirman en forma expresa haber visto trabajando a Taibi para Montes, desarrollando la actividad para la cual fue contratado, el horario, con algunas imprecisiones que se evaluarán al momento de establecer la liquidación y lugar de trabajo, como así la fecha estimativa de ingreso. Entiendo que éstas adquieren valor convictivo y fuerza probatoria, tanto por versar sobre aspectos expuestos en la demanda, como reflejar sobre sucesos que conocen por las razones allí expuestas.

Más aún se ha afirmado y comparto, que en casos dudosos, en cuanto al perfeccionamiento de la relación laboral, resulta necesario hacer gravitar algunas cuestiones por sobre otras, en particular entiendo que uno de los elementos que definen la cuestión versa sobre la circunstancia de la asunción de riesgos. En este caso, el demandado no ha podido probar adecuadamente que el actor haya tomado a su cargo un riesgo económico, o cualquier otro, habiendo aportado sólo su trabajo. Ello, a pesar de los seudos contratos de locación de servicios acompañados, que no nos permite colegir que el accionante se tratara de un empresario. En tal sentido ..."La dependencia jurídico personal del trabajador implica estar sometido o subordinado a la dirección u órdenes del empleador; y ésta es la nota diferenciadora con la locación de servicios, en la cual el acuerdo de las partes se refiere a la ejecución del servicio en su conjunto, quedando librado al criterio del locador el modo de cumplir el cometido o servicio. No obstante lo conceptual de ambos institutos contractuales hay unanimidad en la doctrina civil que cuando los servicios son prestados por una persona física, la locación de servicios configura un contrato de trabajo, pues el "servicio" a que se refiere el art. 1623, Código Civil, también es subordinado" (Miranday, María del Valle y otro vs. Asociación de Trabajadores Provinciales (ATP) s. Haberes adeudados "(Juzgado de Trabajo y Conciliación N° 3, La Rioja -24 de abril-2006; Rubinzal Online; RCJ 118/08).



Ante la duda los jueces tenemos el deber de inclinarnos ante la solución que más se aproxime a la realidad histórica ya que ante varias relaciones posibles, seleccionar la menos probable implica apartarse de la regla de la motivación razonable y suficiente.

Establecido entonces que el vínculo que unió a las partes tiene naturaleza laboral, en los términos de los arts. 21 y 22 de la LCT, corresponde encuadrar el contrato de trabajo, dado el agravio concreto de la requirente.

El actor al interponer la demanda y previamente, al remitir los despachos telegráficos acompañados con ésta, no desconocidos, encuadra el contrato de trabajo que vinculó a las partes, dentro de los llamados "de temporada". El Juez de la instancia anterior entiende errónea tal calificación, por considerar ausente alguno de los elementos típicos de estos contratos, tales, en particular, como la perdurabilidad en el tiempo. Asimismo considera llamativo que las partes no hayan recurrido al procedimiento que establece el art. 98 de la LCT.

Ahora bien, las partes, conforme se dijo más arriba, se vincularon laboralmente a partir de la firma del contrato de concesión, por parte de la demandada, circunstancia no desconocida por el actor.

A través de tal contratación-concesión de servicio público -el demandado-concesionario-, contrajo una serie de obligaciones entre ellas la de contratar guardavidas para desempeñarse en el camping, objeto de la concesión en determinadas épocas del año, coincidiendo con la temporada de verano.

Precisamente dada esa obligación, Montes contrata a Taibi, para que cumpliera las funciones de guardavidas, encontrándose calificado para tal tarea, conforme surge de la libreta, no desconocida y agregada en fotocopia simple a fs. 22/24. Tal vinculación, sin dudas se originó en actividades propias del empleador, y, se constituyó en dos períodos de tiempo, circunstancia reconocida por el demandado. En este aspecto aparece la discontinuidad en las prestaciones, a que hace referencia la doctrina.

En tal sentido la actividad del actor era necesaria para la prestación de servicios a los usuarios del camping, durante la temporada de verano, lo que constituye una necesidad permanente de la empresa y con ello se perfeccionan los recaudos del art. 96 de la LCT, detentado, los rasgos típicos y definitorios de estacionalidad, es decir estaba llamada a cumplirse en una época preestablecida y determinada del año, requiriendo justamente el tipo legal para su configuración que dichas necesidades sean cíclicas, es decir que estén sujetas a repetirse como parte de las necesidades inherentes al giro normal de la empresa ..." la modalidad bajo análisis pertenece al género de contratos por tiempo indeterminado, en su especie de prestaciones discontinuas regulares que se verifican con arreglo a ciclos anuales..." (cfr. Ley de contrato de trabajo-Antonio Vázquez Vialard- Raúl Horacio Ojeda, tomo II, pág. 28 y 31).

La jurisprudencia señala que la normativa del art. 96 de la LCT exige tres requisitos para la configuración de la modalidad de trabajo por temporada: a) necesidad permanente de la empresa o explotación; b) que la tarea se cumpla en determinadas épocas del año, y c) que la tarea esté sujeta a repetirse por un lapso dado en cada ciclo, en razón de la naturaleza de la actividad, (Cfr. CNAT, sala IV, 16-10-85, T. y S. S. 1986-653; sala VIII, 8-8-96, "Kaplan, Marcelo c/ Bolos, Alberto", D. T. 1996-B-2273), éstos de adecuan exactamente a la realidad contractual de las partes, por lo cual, disiento con el Juez de la instancia anterior, en relación a esta cuestión.

En cuanto a la omisión del procedimiento establecido por el art. 98 de la LCT, no resulta determinante, si consideramos que el actor se encontró laborando para el empleador por dos períodos consecutivos, mediando en el caso una expresión de voluntad concurrente en favor de la continuidad.

Establecido lo anterior cabe considerar el marco normativo aplicable a la actividad y en su caso si el actor tuvo razones para demandar.

En el primer aspecto considero que se enmarca en el CCT 179/91 y sus respectivas actualizaciones, en cuanto a las escalas salariales aplicables, por resultar extraño el invocado por la actora.

En el segundo aspecto, establecida la existencia de la relación laboral invocada por el actor, con respecto a la fecha de inicio del vínculo, ésta se encuentra expresamente reconocida por la demandada al momento de contestar demanda, con lo cual corresponde tener por probado que el vínculo se inició en la fecha indicada por el actor, esto es el 17 de diciembre del 2007, desempeñándose en la categoría de guardavidas, aspecto sobre el cual concuerdan ambas partes.



Establecido lo anterior y teniendo en cuenta que la extinción del vínculo que unió a las partes se produjo por decisión del actor, que se considera en situación de despido indirecto por la conducta asumida por la patronal, conforme surge de los despachos telegráficos obrantes a fs. 5/7 y 9, corresponde analizar si el distracto resultó justificado.

En tal inteligencia habiendo concluido, según lo dicho en párrafos que anteceden, que entre las partes existió un contrato laboral, cobra operatividad según se dijo, la presunción del art. 57 de la LCT, siendo suficiente tal circunstancia para considerar resuelta la relación laboral por culpa del demandado, mediando una injuria de tal naturaleza que impide la continuidad del vínculo y en consecuencia hace procedente las indemnizaciones previstas en la LCT para el caso de despido incausado, destacándose a mayor abundamiento, que la negativa de la relación laboral, aún en forma extemporánea refuerza la postura. En este sentido comparto que ... "la falta de respuesta, el silencio del demandado constituye injuria y agravio suficiente para darse por despedido con justa causa y culpa de su empleador, puesto que coloca al trabajador en situación tal de incógnita e inseguridad personal y jurídica, en grado que no le deja más alternativas que darse por despedido, sumado a que el empleador incumple las intimaciones, formuladas dentro del marco legal. Las previsiones del art. 63 de la LCT son para ambas partes, es decir que las conductas de uno y otro deben ser tales que impliquen a simple observación que son propios de un buen trabajador y de un buen empleador. Tal requisito no se cumple por parte del empleador que ante la requisitoria de su trabajador hace silencio y no se manifiesta a fin de que el mismo pueda comprender la situación prevista por el art. 242 LCT, quedando el trabajador habilitado razonablemente y justificado a darse por despedido ante el silencio de su empleador" (CTrab Córdoba sala 10 01/12/04 "Fernández Sebastián c/ Gonzalo Arrieta").

Dicho lo anterior corresponde considerar la procedencia de los demás rubros reclamados. En este sentido, y siendo los recibos firmados y reconocidos por el trabajador, conforme el art. 138 de la LCT, el único medio idóneo para instrumentar los pagos y que de conformidad con el art. 38 de la ley 921, la ausencia de prueba del empleador en este aspecto hace procedente las reclamaciones del trabajador, y dado el reconocimiento de accionante y accionado, en relación a la percepción por el primero de la suma de \$1.600, teniendo en cuenta el salario establecido por el CCT citado por los períodos reclamados, de conformidad con el art. 56 de la LCT, corresponde hacer lugar al reclamo de diferencias de haberes, vacaciones y SAC proporcional, de acuerdo a la liquidación que más abajo se practica.

Reclama igualmente el accionante el pago de horas extras. En este sentido considero su improcedencia a tenor de la prueba rendida en autos y el criterio que he sostenido en precedente "AGUILERA C GIUSSIANI" la prueba de la prestación de servicios en horas extraordinarias está a cargo del trabajador, debiendo demostrar fehacientemente su número, modalidades, frecuencia y lapso de las mismas. Esa probanza debe ser categórica, relacionada con el quantum de las tareas extraordinarias cumplimentadas, así como respecto de la fecha y duración de su realización y, sin que pueda basarse en meras presunciones". En general la Jurisprudencia analiza con estrictez los reclamos por horas suplementarias y exige que se acredite en forma terminante y asertiva la realización de las mismas; en modo efectivo, categórico y convincente; sin que pueda presumirse su cantidad o el monto de la deuda de ese origen. Se considera que tal probanza, sobre todo después de extinguida la relación dependiente, debe requerirse con criterio estricto y precisión –tanto en cuanto a su verificación como al número de ellas-, por tratarse de prestaciones excepcionales y totalmente ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo" (Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada y concordada, Jorge Rodríguez Mancini tomo III, pág 805).

En este sentido, la testigo Mellado a fs. 460/461, quien trabajó en la misma época del actor y para el mismo empleador, dice en relación a este tema ...hacían seis horas, trabajaba seis horas, del medio día a las cinco, cinco y media..." Agrega con respecto a la circunstancia afirmada en la demanda, en relación al trabajo en soledad en la primera temporada..." Taibi no se si estuvo solo creo que no estuvo solo, siempre con Laura pero no estoy cien por ciento segura, cuando uno estaba de Franco iba Marcos..... A su turno Garrido a fs. 478 y vta. ...la primera temporada de doce a ocho y la segunda de una a siete... se que trabajaban todos los días, de lunes a lunes, sin francos.... Sin embargo a mi criterio, este testimonio no alcanza a conmovier lo dicho más arriba, en tanto la misma testigo reconoce que ...yo solía ir al camping seguido..., es decir en forma alternada, de tal manera mal puede afirmar sobre el trabajo diario del actor, por no constarle.



Finalmente y en orden a las indemnizaciones de la ley 24013, teniendo en cuenta las intimaciones cursadas por Taibi a Montes, lo dispuestos por los arts. 55 de la LCT y 38 de la ley 921, mediando un contrato de trabajo, no estando registrada la relación laboral, considero pertinente su procedencia. Igual suerte ha de correr la indemnización del art. 80 de la LCT.

Que corresponde hacer lugar a la entrega del certificado de trabajo en orden al art. 80 de la LCT.

Que de acuerdo a lo expuesto se practica la siguiente liquidación:

1.- Diferencias salariales 2007/2008.....	\$ 2.565,75.-
2.- Diferencias salariales 2008/2009.....	\$ 4.245,55.-
1.- Indemnización Antigüedad (1 períodos).	\$ 3.015,00.-
2.- Preaviso.	\$ 3.015,00.
3.- Vacaciones art. 21 CCT 179/91.	\$ 964,80.-
4.- Sueldos enero y febrero 2009.....	\$ 6.030,00.-
5.- Proporc. Marzo 2009.....	\$ 1.206,00.-
6.- S.A.C. 2 períodos.	\$ 1.507,50.-
7.- S.A.C s/ Preaviso.....	\$ 251,25.-
8.- Multa art. 80 (art. 45 Ley 25.345).. .	\$ 9.045,00.-
9.- Art. 8 Ley 24.013.	\$ 4.522,00.-
10.-Art. 15 Ley 24.013.	\$ 12.060,00.-
11.-Art. 2 Ley 25.323.	\$ 6.030,00.-
TOTAL.	\$ 54.437,00.-

En relación al agravio referido a la condena en costas, dado el presente pronunciamiento habré de revocarlas, imponiendo las mismas a la demandada Montes en ambas instancias, de acuerdo al principio objetivo de la derrota, arts. 68 y 279 del CPCC de aplicación supletoria.

Con relación a la co demandada Municipalidad de Villa La Angostura, teniendo en cuenta la decisión adoptada más arriba, tratándose de una cuestión discutida, no mediando uniformidad de criterios, considero adecuado imponerlas en el orden causado, art. 68 2do párrafo del CPCC.

En torno a la regulación de honorarios, entiendo que deviene abstracto el tratamiento del recurso de honorarios interpuesto por la actora, atento el resultado del pronunciamiento, y teniendo en cuenta la modificación introducida al art. 20 de la ley 1594, por ley 2933, corresponde readecuar oportunamente la regulación de estipendios practicada en primera instancia (art. 279 del CPCyC), debiendo procederse conforme las pautas sentadas en tal normativa. En consecuencia corresponde diferir la regulación de esta instancia hasta la oportunidad procesal correspondiente, art. 15 ley 1594.

En consecuencia propongo al acuerdo:

- 1.- Confirmar la sentencia atacada en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Villa La Angostura. Costas en el orden causado.
- 2.- Revocar la sentencia en crisis, en referencia al demandado Montes y en consecuencia admitir la demanda laboral entablada por Juan Manuel Taibi contra Hugo Alberto Montes, condenando a este último a pagar al primero la suma de pesos cincuenta y cuatro mil cuatrocientos treinta y siete, (\$54.437,00), conforme la liquidación practicada más arriba, que deberá hacerse efectiva en el plazo de diez días, con más los intereses que correspondan a la tasa activa establecida por el Banco Provincia de Neuquén que se computarán a partir del momento en que fuera notificado, con costas al demandado vencido.
- 3.- Readecuar oportunamente la regulación de honorarios dispuesta en la instancia de origen, debiendo procederse de conformidad a la ley 2933 y diferir la regulación de alzada a la oportunidad pertinente, art. 15 ley 1594.

Mi voto.

A su turno la Dra. Alejandra Barroso dijo:

1. Voy a adherir parcialmente a los fundamentos y solución propiciada por la vocal que me precede, tal como



seguidamente pongo de manifiesto, dando mis razones.

2. Procederé a analizar en forma previa, los agravios traídos por la actora en relación a la cuestión de fondo, para seguidamente, continuar con la queja en orden a la procedencia de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la codemandada Municipalidad de Villa La Angostura, de corresponder.

3. En primer lugar, con respecto a la aplicación al caso del art. 23 de la LCT, considero, al igual que la vocal preopinante, que el a quo ha realizado una interpretación errónea de la citada normativa atendiendo a las circunstancias de la causa, remitiéndome a los argumentos transcriptos en el voto que me precede al referir a la interpretación del art. 23 de la LCT (CONTI c/ GRAND CRU S.A.).

No está de más destacar que esta es también la postura asumida por el TSJ local: "La actora reclamó indemnización por despido alegando la existencia de relación laboral, negada por el demandado, que invocara la existencia de una locación de servicios con sustento en los contratos suscriptos entre las partes. La Cámara de Apelaciones rechazó la demanda, revocando la sentencia de grado. Deducido Recurso de Inaplicabilidad de Ley, el TSJ casó la sentencia por contradicción con la doctrina sentada en orden a la interpretación y aplicación del art. 23 de la LCT, teniendo por configurado absurdo en la valoración de la prueba producida por el accionado, insuficiente para desvirtuar la presunción legal en favor del trabajador que acreditó la prestación de servicios. En torno al precepto contenido en el art. 23 de la L.C.T., ya este Cuerpo se ha pronunciado en anteriores oportunidades en el sentido que para que juegue la presunción de existencia del contrato de trabajo que consagra dicha norma, es suficiente que el trabajador acredite la prestación de servicios, sin necesidad de probar que los mismos fueron realizados en relación de dependencia (Ac. nros. 129/95, 27/99, 15/02, entre otros). La sola demostración por parte del trabajador de la prestación de servicios para el empleador es suficiente para que opere la presunción. Sin embargo, tal consecuencia no es absoluta, ya que el destinatario de esos servicios puede demostrar que la índole del vínculo era ajena al régimen laboral. Entonces, corresponderá al empleador destruir esta presunción, que admite prueba en contrario, demostrando que la prestación de servicios obedece a otras circunstancias que no tienen vinculación con un contrato de trabajo..." (TSJ, Vera, Felisa c/ Banco de la Provincia de Neuquén s/ cobro de haberes, Exp. 265/04, sentencia de fecha 22/8/05, sumario, entre otros).

Tengo en cuenta que la codemandada en su responde, admitió la prestación de servicios del actor, con lo cual resultaba aplicable la presunción de la existencia de un contrato de trabajo.

A su vez, esta presunción, que es iuris tantum, no fue debidamente desvirtuada por el demandado, dado que se limitó a invocar figuras no laborales para excluir la aplicación de la legislación laboral (contratos de locación de servicios), lo cual es claramente insuficiente conforme la propia norma lo establece expresamente.

En este aspecto, el art. 23 de la LCT dispone: "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 aún cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto no sea dado calificar de empresario a quien presta el servicio."

Por otro lado, de las circunstancias de la causa resulta que las tareas eran prestadas en forma personal por el actor, que éste cumplía un horario de trabajo y que se le abonaba un monto fijo como retribución mensual, todo lo cual no hace más que corroborar esa presunción.

En estos términos, considero que en el presente caso no puede existir duda alguna en cuanto a que la vinculación que unió a las partes ha sido de carácter laboral en el marco de un contrato de trabajo.

4. Establecida la existencia de un contrato de trabajo, corresponde revocar la sentencia apelada y, de conformidad con lo dispuesto por el art. 46 de la ley 921, proceder a recomponer el litigio dictando la decisión pertinente.

Destaco que comparto el análisis efectuado en el voto precedente en orden al contrato de temporada (art. 96 de la LCT), caracterizado como permanente discontinuo, y tengo que las tareas realizadas por el actor, esto es guardavidas, resultan, en este caso, tareas permanentes de la empresa con prestación discontinua destinadas a repetirse en cada ciclo por la naturaleza de la actividad.

El contrato de temporada es un contrato por tiempo indeterminado y se configura de esta manera desde la primera



contratación en el primer ciclo (art. 97 segundo párrafo de la LCT).

Es decir que, el contrato no se extingue con la finalización del ciclo, sino que se suspenden las prestaciones recíprocas mientras que el vínculo continúa subsistente, siendo de su naturaleza la obligación de reanudar las prestaciones al comenzar el nuevo ciclo, salvo que medie despido, en cuyo caso se deben las indemnizaciones pertinentes.

Por otro lado, conforme surge de las circunstancias fácticas alegadas por las partes, la actividad del actor respondía a necesidades permanentes de la empresa o explotación que llevaba a cabo el demandado, quien tampoco ha afirmado lo contrario.

Asimismo, resulta irrelevante, en este caso, la forma en que las partes procedieron a comunicarse su continuidad, considerando que consintieron la reiteración de la relación en el segundo ciclo, reanudando las prestaciones esenciales, esto es salario y trabajo.

En este sentido se ha expresado que: "...el contrato de trabajo de temporada se caracteriza como un contrato por tiempo indeterminado, aún cuando la prestación del servicio sea discontinua, en tanto el trabajador constituye un elemento normal de la empresa. Dicho de otro modo: cuando las tareas se coordinan con una necesidad normal de la empresa, que ocurre en determinados periodos del año, previsto con cierta fijeza, la persona que las cumple es un trabajador de temporada.... El trabajo, lo reitero, se cumple sólo en determinada época del año, pero tal exigencia debe venir impuesta por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes (causa objetiva) ya que la naturaleza del trabajo y no lo que las partes decidan debe conferir esta especial modalidad a la relación..." (Fernández Madrid, Juan Carlos; "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Tomo I, págs. 895/896).

A su vez, el hecho de que el contrato de concesión entre el demandado y la municipalidad tuviera un plazo y que éste fuera conocido por el trabajador resulta irrelevante, teniendo en cuenta el carácter irrenunciable de los derechos laborales, el orden público laboral y ser el trabajador ajeno al contrato de concesión.

Por lo expuesto, como dije, coincido con la vocal preopinante en cuanto a que, el vínculo laboral que unió a las partes fue un contrato de trabajo de temporada en los términos del art. 96 y sig. de la LCT.

5. Sentado lo anterior, procederé seguidamente a analizar las circunstancias de la relación laboral, el despido alegado por la actora, así como la procedencia de los rubros reclamados.

a) Con relación a la fecha de ingreso, tareas, jornada y remuneración, voy a coincidir con la vocal preopinante en tanto establece la fecha de ingreso del actor, no controvertida, el día 17 de diciembre de 2007, que laboró en tareas de guardavida, categoría conforme art. 15 inc. b. 2) del CCT 179/91 aplicable a la actividad, en el balneario del camping de playa Correntoso propiedad de la Municipalidad de Villa La Angostura, y que la relación laboral no se encontraba registrada.

Asimismo, he de agregar que el mismo se desempeñó durante dos ciclos de tres meses cada uno cuya duración estaba prevista del 17 de diciembre al 17 de marzo años 2007/2008 y 2008/2009, circunstancias que resultan de autos y que tampoco fueran controvertidas.

Con respecto a la remuneración percibida, ambas partes son contestes en que se le abonaba un salario mensual de \$ 1.600,00 y que la relación no se encontraba registrada.

En orden a la jornada laboral, he de referirme a la misma al ingresar al análisis de los rubros reclamados, puntualmente horas extras al 50% en días comunes y al 100% por los días Sábados y Domingos, y reclamo por un Domingo por mes y Feriados, por francos no gozados, conforme fueran reclamados en la demanda.

b) El despido: En relación a la extinción del vínculo entre las partes, voy a disentir con los fundamentos expuestos y con la solución propiciada por mi colega de Sala.

El despido, como es sabido, es un acto jurídico unilateral y recepticio que produce plenos efectos extintivos de la relación de trabajo, ya sea por voluntad del empleador o por voluntad del trabajador. Se perfecciona o cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera de conocimiento del otro, del destinatario, y puede ser inmotivado. En este sentido se ha expresado que "la declaración de voluntad reviste carácter recepticio porque ella se perfecciona e integra y adquiere relevancia y sentido jurídico pleno, cuando en cumplimiento de su función comunicativa llega a la esfera jurídica del destinatario" (conf. Ackerman, Mario E. y otro; Extinción de la relación



laboral, Extinción por iniciativa del empleador, por Silvia E. Pinto Varela, pág. 271 vta. y 325 y sig., con cita de Monzón). Al ser recepticia, la declaración de voluntad se emite para llegar al destinatario, pero para que sea eficaz, no basta con que se emita, sino que debe llegar a su conocimiento, por ello cobra virtualidad la que llegue en primer término. Por otro lado, el despido puede manifestarse verbalmente, cuando emana de la voluntad de quien lo emite, exigiéndose la forma escrita en ciertas circunstancias (arts. 235, 243 de la LCT). Sigue siendo un acto de declaración de voluntad recepticia, aunque, siendo verbal, surte plenos efectos en la misma fecha en que se efectúa la comunicación (conf. Cerrutti, Gabriela; Forma y comunicación del despido; en Ackerman, Mario E.; Extinción de la Relación laboral, págs. 315 y sig.).

Considero que, conforme resulta del intercambio telegráfico entre las partes (fs. 5/19), y lo afirmado en la demanda por la propia actora (fs. 28 segundo párrafo y 35 vta., párrafo 8, fs. 36 primer párrafo) y en su alegato (fs. 491 vta.), el distracto se produjo por despido directo comunicado en forma verbal por la empleadora con fecha 2 de marzo de 2009.

En su demanda el actor expresa que: "En esa fecha (2/3/09), en oportunidad de presentarse a trabajar en el lugar y horario habitual, mi mandante es despedido en forma verbal" (fs. 28).

Esta afirmación se reitera en el telegrama obrante a fs. 7, remitido con fecha 2 de marzo de 2009, donde expresa "ante despido verbal y expresa negativa de tareas en el día de la fecha en oportunidad de presentarme a trabajar en el horario habitual". Asimismo, en el telegrama de fs. 9 manifiesta, ante el silencio de la demandada que: "queda ratificado su despido verbal".

A mayor abundamiento, en el Capítulo VIII de la demanda que titula: "EL DESPIDO", reconoce también expresamente que el despido se produjo en forma verbal (fs. 36 primer párrafo).

El propio actor en su demanda expresa también que el silencio guardado por el demandado, bastante más allá del plazo establecido por el art. 57 de la LCT, implica "el reconocimiento por parte del mismo de los siguientes hechos, entre otros: ... el despido verbal..." (fs. 35 vta., cuarto párrafo).

Destaco que en todo el desarrollo de este capítulo de su demanda el actor insiste y reitera el hecho de la existencia de un despido verbal, agregando que ese despido verbal fue el castigo al trabajador por haberle reclamado la registración laboral, lo cual será motivo de análisis más adelante al indagar sobre la procedencia de las indemnizaciones reclamadas con fundamento en los arts. 8 y 15 de la ley 24.013.

Consecuentemente, el propio actor reconoce que le fue comunicado un despido verbal el día 2 de marzo de 2009, y por lo tanto, siendo el despido un acto jurídico de carácter recepticio que surte efectos a partir de la recepción de la comunicación por la otra parte (en el caso verbalmente), este se produjo conforme lo reconocido por el propio demandante, en forma directa y verbal el día 2 de marzo de 2009.

Además, advierto que el despido verbal resulta demostrado con la declaración testimonial de Garrido a fs. 478 vta. La testigo expresó textualmente: "...y mandaron un telegrama en marzo de 2009 y me acuerdo que los acompañé a la tarde porque era de carácter fuerte Montes, los acompañé y ese mismo día no los dejó entrar a trabajar, los echó, los insultó y los echó...".

Tengo en cuenta que, si bien el actor había intimado mediante telegrama despachado el mismo día 2 de marzo, la registración de la relación laboral bajo apercibimiento de considerarse despedido (fs. 5), sin embargo el despido directo sobrevino con anterioridad a hacer efectivo dicho apercibimiento (fs. 10).

Del telegrama obrante a fs. 9 resulta que el trabajador, con fecha 12 de marzo de 2009, procede a hacer efectivo dicho apercibimiento y se considera despedido por exclusiva culpa de su empleador, lo cual resulta extemporáneo, al menos en este caso concreto, dado que no podía considerarse en situación de despido cuando ya estaba despedido, conforme sus propios dichos.

En este aspecto, cabe observar que, en el mismo telegrama en que considera "ratificado su despido verbal", a su vez "se considera despedido" (conf. fs. 9).

La jurisprudencia ha expresado en orden a este tema: "La ratificación del despido verbal efectuada por el empleador, justifica la procedencia de la indemnización por despido toda vez que la exigencia de comunicación escrita del



distracto es operativa para la extinción del contrato de trabajo por justa causa, más no cuando se produce un despido sin expresión de causa, situación en la cual la comunicación verbal tiene plenos efectos extintivos." (Tribunal del Trabajo de Jujuy, Sala II, "Argañaraz, Héctor Oscar y Pereira Víctor Luis c/ Caratotoni, Gustavo a. (sucesión) y otros s/ indemnizaciones por despido y otros rubros", 8/10/2014, LLNOA 2015 (abril), 337, la ley online).

"Cuando el empleador procede a despedir en forma verbal al trabajador, y éste reconoce la fecha en que tomó conocimiento de la novedad, dicha circunstancia permite determinar la fecha de la extinción a todos sus efectos." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de General Pico, "Fuentes, Nélide Beatriz c/ Gutiérrez, Raquel y otro s/ laboral", 21/8/2014, IMP 2015, 1, 208, la ley on line).

"Es improcedente tomar como fecha de finalización de la relación laboral aquella en que el trabajador accionante se colocó en situación de despido, toda vez que, del propio escrito introductorio surge que fue el empleador quien puso fin a la relación mediante un despido verbal, lo cual convierte en inexistente el autodespido en que se colocó posteriormente siendo que el distracto ya se había producido y el actor ya no prestaba servicios para la patronal." (Cámara de Apelaciones del Trabajo y Minas de 4ª Nominación de Santiago del Estero, 27/12/10, "Luna, Ubaldo Horacio c/ Avila, Margarita y otros, la ley online).

Destaco que en algunos supuestos, invocar este tipo de ruptura impide los reclamos que reconozcan como condición la vigencia de la relación de trabajo, cuestión que analizaré más adelante.

Tampoco desconozco que la duda en la decisión rupturista permite una interpretación en beneficio del trabajador, máxime cuando el despido verbal es invocado por la parte empleadora para exonerarse del pago de ciertos resarcimientos, pero entiendo que no es el caso de autos, ya que el despido verbal fue alegado por el propio actor, fue tenido expresamente por ratificado ante el silencio (art. 57 de la LCT y 919 del C.C.) y da cuenta del mismo el testimonio rendido como prueba. El trabajador no relativizó los alcances de esta manifestación de su empleador, ni éste último negó el despido verbal, por el contrario, el actor tuvo por ratificado dicho acto ante el silencio guardado a la intimación (art. 57 de la LCT, fs. 9), es decir que tuvo certeza de la voluntad patronal.

Si bien podría ser procedente ante una negativa de tareas que puede implicar un despido verbal, la intimación a aclarar situación laboral bajo apercibimiento de considerarse despedido a fin de evitar la incertidumbre del trabajador sobre las circunstancias de la relación laboral, en el presente caso existe un reconocimiento expreso del trabajador de la existencia del despido directo, en el intercambio telegráfico, en su demanda y la prueba testimonial lo corrobora.

En este sentido: "Siendo la comunicación del despido un acto receptivo que se perfecciona con el conocimiento del mismo por parte de aquel a quien va dirigido, resulta lógico que ocurrido ello se pone término inexorablemente a la relación contractual a partir del momento en que aquél entra a la esfera de conocimiento del destinatario (en el caso, despido verbal reconocido por la actora). Una vez perfeccionado e instrumentado así el distracto, resulta totalmente inoficioso, ineficaz y jurídicamente irrelevante entre las mismas partes cualquier otro despido dispuesto con posterioridad al primero." (Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, del Trabajo y de Familia de Villa Dolores, "Murúa, Mirta I. c/ Restaurante Las Brasas", 26/6/95, LLC 1996, 391, la ley online).

Tampoco se ha invocado por el empleador ese despido verbal para frustrar derechos del trabajador que me permita restarle eficacia extintiva.

En estos términos, he de fijar que el despido del actor se produjo en fecha 2 de marzo de 2009 mediante despido directo verbal, y, como tal, incausado, resultando procedentes las indemnizaciones correspondientes.

6. Sentado lo anterior, ingresaré al análisis de los rubros reclamados en la demanda y su procedencia.

En esta cuestión, destaco que, habiendo determinado que la vinculación entre las partes resulta ser un contrato de trabajo, circunstancia fáctica negada por la demandada, corresponde la aplicación las presunciones que establece la LCT en sus arts. 52, 55 y 57 de dicha normativa, así como el art. 38 de la ley 921, habiendo sido el demandado debidamente requerido a los fines de la presentación de los libros respectivos.

Con relación a la duración del vínculo, tengo acreditado que los ciclos se extendían por tres meses cada uno, en dos ciclos 2007/2008 y 2008/2009 (conf. documentación acompañada por la demandada fs. 197).

En cuanto a la jornada el actor denuncia una jornada de lunes a lunes de 13.00 a 19.00 hs., reclamando horas extras



conforme detallaré seguidamente (telegrama de fs. 5).

Montos reclamados y su procedencia:

a) Diferencias salariales: comparto las consideraciones efectuadas en el voto precedente con respecto a la aplicación al caso de la presunción establecida en el art. 38 de la ley 921 y agrego art. 52 de la LCT, ante la ausencia de registración laboral y por ende de recibos de ley que acrediten el pago de la remuneración, sin perjuicio de lo cual, se encuentra reconocido por ambas partes que el actor percibía la suma de \$ 1.600,00 mensuales.

Corresponde consecuentemente hacer lugar al rubro diferencias salariales, considerando la categoría del actor: guardavidas conforme art. 15 inc. b.2) del CCT 179/91 aplicable, escalas salariales vigentes a partir del 1 de julio de 2008 conforme Resolución 1215/08 y cálculos efectuados por la suscripta.

Siendo que conforme escala salarial debía abonarse al trabajador la suma de \$ 3.015,00 en el primer ciclo y \$ 3.105,00 en el segundo ciclo (arts. 45, 48 y 49 del CCT 179/91) y se le abonó la suma de \$ 1.600,00, las diferencias salariales han de prosperar por la suma de \$ 8.760,00 correspondientes a los ciclos 2007/2008 y 2008/2009 conforme lo considerado en cuanto a su extensión temporal.

b) Horas extras: Con respecto a esta cuestión, en orden a los parámetros para efectuar la valoración, adhiero expresamente a la postura amplia y no restrictiva en este aspecto conforme ya lo he expresado en mi voto in re "AGUILERA C/ GIUSSANI".

Brevemente he de consignar los argumentos expresados por Fernández Madrid (entre otros): "...En principio la prueba del trabajo extraordinario está sujeto a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de las horas extraordinarias acreditar los hechos que las justifican... no existe norma jurídica que imponga que las horas extras deben acreditarse con otros medios que no sean los previstos por la legislación para el resto de los hechos litigiosos...".

Con cita de Oscar Ermida Uriarte, el citado autor expresa: "...esa posición restrictiva no tiene justificación teórica ni práctica. Más aún, en la actualidad, en que es un "hecho notorio" que la mayor parte de los trabajadores trabajan horas extras más allá del límite legalmente autorizado, el examen restrictivo de la prueba de estas horas adolece, además, de desconocimiento de la realidad..."(conf. Fernandez Madrid, Juan Carlos; "Tratado práctico de derecho del trabajo"; Tomo II, Ed. La Ley, págs. 1615/1617).

Sin perjuicio de ello "...el hecho de que el empleador no lleve registros horarios no prueba que el dependiente hubiese trabajado las horas suplementarias que reclama ya que la carga del empleador es anotar las horas suplementarias que se trabajen, no las que el trabajador pretenda haber trabajado (CNT, Sala VI, marzo 20-996, "Rojas, Juan I. c/ Seguridad Argentina S.A.", DT, 1996-B, 2096)" (Fernández Madrid, Juan Carlos; "Tratado práctico de derecho del trabajo"; Tomo II, Ed. La Ley, pág. 1589).

1. En primer lugar el actor afirmó que en el periodo comprendido entre el 17/2/08 y el 17/3/08 realizó una jornada de 12.00 a 20.00 hs. de Lunes a Lunes, expresando que superó en dos horas diarias la jornada legal de 44 horas semanales (en realidad 36 horas semanales conforme art. 41 del CCT 179/91), reclamando el pago de horas extraordinarias durante este periodo a razón de 2 horas extras por día con recargo del 50%.

El CCT 179/91 en su art. 41 establece una jornada mínima de 6 horas diarias corridas o treinta y seis horas semanales, y establece que, de extenderse la jornada laboral en más horas, las mismas serán consideradas como horas extraordinarias, las que se abonarán de acuerdo con las leyes laborales vigentes.

Conforme el testimonio de Mellado (fs. 460 vta.) el actor cumplía una jornada de seis horas, del medio día hasta las cinco o cinco y media y tenían franco semanal un día a la semana, el que era cubierto por Marcos Arretche.

Al dar razón de sus dichos expresa que lo sabe porque trabajaba en el lugar con el actor y también vivía allí en el verano. Asimismo agrega la testigo que nunca estuvo el actor solo, es decir sin otro guardavida como compañero de trabajo.

Por su parte, la testigo Garrido (fs. 478), expresó que la jornada del actor era de 12.00 hs. a 20.00 hs. en la primera temporada y de 13.00 hs. a 19.00 hs. en la segunda temporada. Recuerda que tuvo una compañera de trabajo en la segunda temporada y que trabajaban todos los días sin francos.

Al dar razón de sus dichos expresó que lo sabe porque solía ir al camping seguido.



En estos términos, considero que la prueba rendida desvirtúa lo afirmado en la demanda, en tanto ambas testigos resultan contestes al afirmar que, en la segunda temporada, trabajó seis horas por día.

Asimismo, ambas testigos expresan que el actor nunca estuvo solo, sino que tenía un compañero de trabajo, contrariamente a lo afirmado por el actor en su demanda.

En estos términos y por los fundamentos dados, aún considerando la postura más favorable al trabajador con relación a la valoración de la prueba de las horas extras, en el presente caso no se encuentra demostrada la extensión de la jornada y, por el contrario, existe prueba que la controvierte.

Por ello, considero, al igual que mi colega, que el presente rubro en concepto de horas extras los días comunes al 50%, debe ser rechazado.

2. Reclama el actor también el pago de horas suplementarias por los días sábados después de las 13.00 hs., los domingos y feriados. Reclama por este rubro el pago de 6 horas extras todos los días sábados, domingos y feriados durante toda la relación laboral con recargo del 100%, argumentando que no se le otorgaban los francos compensatorios.

En este punto, la testigo Garrido expresó que el actor trabajaba de Lunes a Lunes sin francos (fs. 478), mientras que la testigo Mellado afirmó que tenía un franco semanal el que era cubierto por Marcos Arretche.

Si bien existen contradicciones entre ambas testigos, sin embargo, he de otorgarle al testimonio de Mellado mayor fuerza de convicción atendiendo a la circunstancia de que, al dar razón de sus dichos, afirmó que trabajaba con el actor, y también vivía allí, mientras que Garrido sostuvo que "solía ir al camping seguido".

Por estas razones, cabe concluir que se le otorgaron al actor los francos compensatorios correspondientes.

Por otro lado, he de tener por demostrado que el mismo trabajaba en el horario de tarde, realizando la jornada convencional, 6x36, y por ende, laboraba los sábados o los domingos después de las 13.00 hs.

Sin perjuicio de ello, atento a que he dado por probado que al actor se le otorgaban los francos compensatorios y que la jornada cumplida no excedía de la jornada normal (art. 41 del CCT 179/91), corresponde el rechazo del presente rubro.

En este sentido: "...El recargo para el pago de las horas trabajadas los días sábado después de las 13 hs. corresponde si se trata de horas complementarias que el trabajador debe excepcionalmente cumplir, pero no si se trata del cumplimiento de la jornada normal en día inhábil (CNAT, Sala I, 15/9/66, J.A., VI-308...) (Fernández Madrid, Juan Carlos; "Tratado práctico de derecho del trabajo"; Tomo II, Ed. La Ley, pág. 1676).

3. Reclama asimismo el actor se abonen los domingos de descanso obligatorio trabajados de acuerdo al art. 9 del CCT 462/09, por ser francos no gozados.

Teniendo en cuenta lo decidido en orden al CCT aplicable y con respecto al goce de los francos por el actor, habré de rechazar este rubro.

4. Finalmente reclama el trabajo prestado en días feriados nacionales al 100% de recargo, expresando que trabajó dos días feriados nacionales.

No habiendo precisado puntualmente a cuáles feriados nacionales se refiere y no existiendo prueba alguna al respecto, igualmente ha de rechazarse el presente rubro.

Por las razones expuestas, corresponde el rechazo de los reclamos planteados en orden a horas suplementarias al 100% de recargo.

d) Restantes rubros reclamados conforme cálculos efectuados por la suscripta:

1. Indemnización por antigüedad (1 periodo) (art. 245 LCT): corresponde hacer lugar por la suma de \$ 3.105,00.-
2. SAC s/ indemnización \$ 262,50.-
3. Preaviso (art. 232 LCT): habiendo incumplido el demandado con la carga de preavisar, corresponde admitir este rubro por la suma de \$ 3.105,00.-
4. SAC s/ preaviso: \$ 262,50.-
5. Días trabajados Marzo/2009 (2 días): \$ 248,50.-
6. Integración mes de despido (art. 233 LCT): \$ 2.856,50.-



7. Remuneraciones adeudadas: meses de Enero y Febrero de 2009: \$ 6.210,00.-
8. Vacaciones no gozadas (art. 21 CCT 179/91: 7 días corridos): \$ 869,40.-
9. SAC s/ vacaciones: \$ 72,45.-
10. SAC proporcional: \$ 1.552,50.-

e) Multa del art. 80 de la LCT: En las presentes el actor intimó al demandado transcurridos más de 30 días de dispuesto el despido por el empleador (conf. fs. 12, telegrama de fecha 22/8/09), y por el plazo 48 hs. para que haga entrega del certificado de servicios y remuneraciones, sin obtener respuesta a su reclamo.

Si bien la norma requiere para la procedencia de esta indemnización la falta de entrega dentro de los dos días hábiles posteriores al requerimiento, y no 48 hs. como fuera intimado, sin embargo, en el presente caso, habiéndose negado la relación laboral, considero que la multa ha de prosperar, siendo que, otro criterio, implicaría incurrir en un excesivo rigor formal ante la negativa de la relación laboral.

En este sentido: "Deviene inadmisibles el agravio de la empleadora referente a que la notificación que requiere la multa del art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo fue realizada ante tempus, toda vez que la negativa de la relación laboral con el trabajador y la finalidad del dispositivo (sancionar la renuencia), hacen perder relevancia a los plazos otorgados por el decreto 146/01 para que se cumplimente con la entrega de la documentación que, evidentemente, la patronal no proporcionará." (Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, sala laboral, 28/02/2013, "Cortez, Juan Claudio c/ Marcos Gonella Producciones y otros s/ ordinario – despido – rehace - recurso de casación", LA LEY 24/04/2013, 24/04/2013, 11 - LLC2013 (mayo), 390, la ley on line).

Consecuentemente, corresponde por este rubro la suma de \$ 9.315,00.-

f) Indemnización art. 8 de la ley 24.013: Con respecto a este rubro considero que el mismo no puede prosperar.

La norma citada requiere para su aplicación una intimación previa, consignando ciertos datos y la comunicación a la AFIP (art. 11 LNE). En relación a esta normativa, la regularización debe pedirse antes de la extinción del contrato de trabajo, es decir vigente la relación laboral.

A su vez, la comunicación, para adquirir eficacia perfeccionándose, debe haber llegado a conocimiento del destinatario. Ello en tanto el intercambio telegráfico resulta una herramienta que procura el conocimiento del destinatario de esa manifestación de la voluntad como finalidad específica y para satisfacer adecuadamente el derecho de defensa.

Las comunicaciones telegráficas tienen el carácter de recepticias en este sentido, y por tanto, carece de efectos jurídicos hasta tanto sea recepcionado por el destinatario o entre a la esfera de su conocimiento (conf. Vázquez Vialard, Ojeda Raúl Horacio; "Ley de Contrato de Trabajo...", Tomo III, pág. 242vta. y 243).

En el presente caso, si bien el trabajador remitió intimación al empleador mediante telegrama a fin de que procediera en el plazo de 30 días a la correcta registración laboral, consignó también los datos exigidos y comunicó al AFIP, conforme surge de las piezas obrantes a fs. 5 y 15, sin embargo, el requerimiento fue remitido el mismo día del despido (2/3/09), y no se ha demostrado, por no obrar informe del correo, la fecha de recepción, es decir, que la misma haya llegado a conocimiento del empleador con anterioridad a la extinción del vínculo.

En estos términos, aun presumiendo que la intimación se realizó vigente la relación laboral, no se acreditó que el demandado haya tenido cabal conocimiento de la misma con anterioridad a su decisión rupturista, y por lo tanto no se ha probado que se haya perfeccionado la intimación para adquirir eficacia como tal.

En autos sólo consta que el empleador tomó conocimiento de la misma en fecha 10 de marzo de 2009, conforme CD remitida con esa fecha (fs. 13), cuando ya estaba extinguido el vínculo.

Por estas razones, como adelanté, el rubro no ha de prosperar.

g) Indemnización art. 15 de la ley 24.013: por las mismas razones explicadas precedentemente habré de propiciar igualmente el rechazo del presente rubro.

h) Indemnización del art. 2 ley 25.323: considerando que el actor intimó el pago de las indemnizaciones correspondientes con anterioridad al inicio de estas actuaciones, conforme resulta del telegrama obrante a fs. 12, sin que el empleador hubiera cumplido obligándolo así a iniciar la presente acción, dicho rubro ha de prosperar por la



suma de \$ 9.591,50, no encontrando mérito para apartarme de lo dispuesto en dicha normativa.

Por todo lo expuesto, considero que la presente demanda debe prosperar por la suma total de \$ 46.210,85, monto que deberá ser abonado dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente, con más los intereses que correspondan a la tasa activa establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén, conforme criterio de esta Sala I, ya establecido en anteriores precedentes, desde que cada suma es debida y hasta su total y efectivo pago.

7. Entrega del certificado de servicios y remuneraciones:

Finalmente, no habiendo el demandado entregado al actor el certificado de servicios y remuneraciones, corresponde condenarlo a hacer entrega del mismo en el plazo de 30 días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento conforme lo peticionado (art. 80 de la LCT y 666bis del C.C.).

8. Establecido que procede la condena al empleador principal, ingresaré a analizar si dicha condena puede serle extendida en forma solidaria con fundamento en el art. 30 de la LCT a la Municipalidad de Villa La Angostura codemandada.

Debo destacar que no comparto la postura que enarbola el sentenciante de grado y mi compañera de Sala, sino que por el contrario, entiendo que una recta interpretación de la normativa impondría la aplicación del art. 30 de la LCT aunque el obligado pasivo sea el Estado, siempre que se reúnan los demás requisitos para su procedencia (actividad normal y específica propia del establecimiento, etc.), conforme fundamentos que he vertido en el precedente "MARIN VANINA SOLEDAD C/ PERALTA, LUIS MARIA Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nro. 596, Folio: 95, Año 2011), del registro de la Secretaría Civil de la CTF de Cutral Có, sentencia del 2 de julio de 2011, a los que me remito en honor a la brevedad. Considero que no existen razones para declarar al Estado exento de la garantía legal que el art. 30 de la LCT establece en casos de subcontratación de obras o servicios que correspondan a la actividad normal y específica propia del principal.

Sin perjuicio de ello, y teniendo en cuenta la doctrina sentada por el TSJ en resolución de fecha 23/12/14, Ac. 24/14, en autos "MORALES JULIO CÉSAR Y OTRO C/ VULCANO CECILIA Y OTROS S/ COBRO DE HABERES", y lo resuelto en el precedente citado "MARIN VANINA SOLEDAD C/ PERALTA, LUIS MARIA Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nro. 596, Folio: 95, Año 2011), en los cuales reproduce la doctrina que sostuviera en los precedentes de la misma Sala, Ac. N° 4/14 in re "SOLORZA" y Ac. N° 8/14 in re "JARA", voy a votar conforme a la misma por razones de seguridad jurídica, celeridad y economía procesal.

En los precedentes citados, se establece una excepción a la exclusión del Estado de la aplicación del art. 30 de la LCT, y es cuando "por acto expreso se la incluya en la misma".

En este sentido el TSJ local expresó: "[...] atendiendo a los motivos que fundan la apertura de la etapa casatoria, esto es, la necesidad de uniformar jurisprudencia ante las diferentes posturas existentes en la materia -Salas I y III de la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial-, corresponde dirimir la cuestión suscitada fijando la siguiente doctrina: una persona jurídica de Derecho Público, no puede ser alcanzada por una responsabilidad solidaria que sólo es inherente al ámbito privado, salvo que exista un acto expreso por el que se someta a la regulación de la L.C.T. (Arts. 2 y 30 de la L.C.T., 2 y 32 de la Ley 22.250 – Régimen laboral de obreros de la construcción-) (Antecedentes: Ac. N° 4/14 in re "SOLORZA" y Ac. N° 8/14 in re "JARA")..."

Al igual que la vocal que me precede, considero que no se configura, en el presente caso, la excepción señalada.

En este aspecto, puede apreciarse que la Ord. 1999/07 en realidad regula todo lo referente al servicio de seguridad de las actividades acuáticas dentro del ejido de la Municipalidad de Villa La Angostura, fundamentalmente en zonas habilitadas como balnearios, natatorios, etc. (conf. art. 1), determinando asimismo aspectos relativos a los guardavidas en general.

Dentro de esta regulación genérica, el art. 13 establece la jornada correspondiente al personal de guardavidas del ámbito público o privado, la que establece que se regirá por los convenios laborales vigentes, estableciendo expresamente que el vínculo con el Municipio tendrá carácter de empleo público temporario.

Es decir que no surge que el Municipio, por acto expreso, se haya sometido a la regulación de la LCT para esta actividad, por el contrario, establece el carácter de la vinculación como empleo público temporario, con respecto al



personal contratado directamente, se entiende.

Por estas razones, como dije, voy a adherir a la solución propiciada por la vocal preopinante, correspondiendo de confirme la decisión en lo que ha sido motivo de este agravio.

8. Atento cómo se propone se resuelva, he de tratar seguidamente y en forma previa a decidir sobre la imposición en costas, la pluspetitio peticionada por el demandado (fs. 255) con fundamento en lo dispuesto por el art. 20 de la LCT y art. 72 del C.P.C.C., adelantando que lo pedido ha de ser rechazado.

En primer lugar, con respecto a la aplicación del art. 72 del C.P.C.C. se puede apreciar que en el presente caso, no se configura el supuesto previsto en dicha norma para su procedencia, considerando que el demandado no ha admitido el monto hasta el límite establecido en esta decisión.

En orden a lo dispuesto en el art. 20 de la LCT, cabe destacar que la norma contempla una medida en beneficio del trabajador, al cargar las costas en forma solidaria con su letrado, en tanto resultara imputable a éste conforme la distribución de las mismas en un caso concreto.

Además, la pluspetición consiste en reclamar en juicio un derecho sin fundamento en norma alguna, o invocando hechos o situaciones inexistentes con clara conciencia de su falsedad, situación que tampoco encuadra en la presente litis, más allá de la diferencia que pueda existir entre el monto reclamado y el de condena en función de lo probado (conf. Vázquez Vialard, Ojeda Raúl Horacio; "Ley de Contrato de Trabajo...", Tomo I, págs. 275/277).

Por estas razones, como dije, considero que debe rechazarse lo peticionado.

9. Sentado lo anterior, en orden a la condena en costas y diferimiento de la regulación de honorarios, voy a adherir a los fundamentos y solución propiciada en el voto precedente, por compartílos (arts. 68 y 279 del C.P.C.C.).

Mi voto.

El Dr. Troncoso dijo:

Sabido es que las bases de la confrontación laboral se erigen sobre la plataforma fáctica que los protagonistas forjan en el intercambio postal previo.

El cruce epistolar entre el dependiente y el patrón excede y supera a una mera circunstancia fáctica narrada en el "relato de los hechos" de la demanda (o contestación), y que quien la invoque oportunamente tenga la carga de acreditar. Sus secuelas son mucho más significativas, pues poseen un efecto "cerrojo" sobre la discusión, anticipan la forma en que debe quedar trabada la litis y, por ende, fijan el marco dentro del cual podrán maniobrar las partes.

Tal es así que, inclusive, doctrinariamente se ha llegado a afirmar que "el litigio empieza antes del sorteo de la causa; es decir, con el primer texto que se redacta en el primer telegrama que se envía". [Véase Mansilla, Alberto: "El juicio laboral comienza con el intercambio telegráfico"; Artículo publicado en: LLBA2009 (diciembre), 1176; Cita Online: AR/DOC/3772/2009].

He principiado mi voto con esta referencia doctrinaria, por cuanto entiendo que el núcleo de la disidencia entre mis distinguidas colegas guarda estrecha relación con la cuestión del cruce epistolar entre las partes, lo que a su vez conduce a la determinación de la índole y forma en que se produjo la ruptura de la relación laboral.

En este sentido, tal como lo sostiene Gabriela Cerruti, ("Forma y comunicación del Despido" en "Extinción de la Relación Laboral", dirigido por Mario Ackerman, Ed. Rubinzal Culzoni páginas 334 y siguientes) el despido puede manifestarse de modo verbal cuando emana de la voluntad de quien lo emite, no se requiere forma escrita cuando el empleador no pretende hacer valer una causal motivada, sea un incumplimiento contractual o un hecho ajeno al contrato de trabajo, y por lo tanto, puesto que el despido verbal es una denuncia inmotivada, tampoco se exigen fórmulas determinadas para tener operado este tipo de distracto y a diferencia de lo que sucede con el despido comunicado por escrito que se perfecciona con la recepción, el despido verbal surte plenos efectos en la misma fecha en que se efectúa la comunicación (CNAT Sala VIII 22.11.91 "Ortiz Alcibiades c/ Librería Hachette S.A").

Por otra parte, quien invoque que ha existido un despido verbal deberá acreditar el hecho (artículo 377 del Código Procesal civil aplicable supletoriamente al proceso laboral art. 54 Ley 921), teniéndose en cuenta que la mera circunstancia de invocar haber sido objeto de este tipo de ruptura, cierra toda posibilidad de reclamo que reconozca como condición la vigencia de la relación de trabajo, tal el caso de los derechos de la denominada Ley Nacional de



Empleo (art. 11 ley 24013 y dec. Reglamentario 2725/91).

En este sentido, mas allá de que el actor ha invocado a partir del cruce epistolar previo y luego a lo largo de todo el pleito haber sido despedido verbalmente entiendo que además tal circunstancia ha quedado probada también con la declaración testimonial de Carla Garrido a fojas 479 vta., que también fuera valorada por la Vocal que me precede en el voto.

Concluyo entonces que al momento en que el actor remitió el telegrama obrante a fojas 9, la relación laboral ya se había roto en virtud del despido verbal dispuesto por el empleador, el que además debe considerarse ratificado ante el silencio observado frente a las intimaciones de fojas 7 y 8, habiéndose dispuesto jurisprudencialmente en este sentido que "La ratificación del despido verbal efectuada por el empleador, justifica la procedencia de la indemnización por despido toda vez que la exigencia de comunicación escrita del distracto es operativa para la extinción del contrato de trabajo por justa causa, más no cuando se produce un despido sin expresión de causa, situación en la cual la comunicación verbal tiene plenos efectos extintivos" (Argañaraz, Héctor Oscar y Pereira, Víctor Luis c. Caratotoni, Gustavo A. (sucesión) y otros s/ indemnizaciones por despido y otros rubros. • 08/10/2014 Publicado en: LLNOA 2015 (abril), 337 • LLNOA 2015 (mayo), 388 con nota de Omar Farah) Cita online: AR/JUR/73976/2014.

En mérito a las consideraciones expuestas, es que votaré adhiriendo al sentido con el que la Dra. Barroso propone se resuelva el recurso que se atiende.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la jurisprudencia citada, 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 Circunscripciones Judiciales, por mayoría

RESUELVE:

I.- Revocar la sentencia dictada obrante a fs. 500/509 vta. de autos, y en consecuencia hacer lugar a la demanda entablada por Juan Manuel Taibi contra Hugo Alberto Montes, condenando a este último a pagar al actor la suma de pesos cuarenta y seis mil doscientos diez con ochenta y cinco centavos (\$46.210,85), monto que deberá ser abonado dentro del plazo de diez días de quedar firme la presente, con más los intereses que correspondan a la tasa activa establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago.

II.- Confirmar la sentencia de grado en relación a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Municipalidad de Villa La Angostura, con costas en el orden causado, conforme a lo considerado.

III.- Condenar al demandado a hacer entrega del certificado de servicio y remuneraciones en el plazo de treinta días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicar astreintes en caso de incumplimiento (art. 80 LCT y 666 bis del C.C.).

IV.- Rechazar la pluspetitio peticionada por el demandado, conforme a lo considerado.

V.- Imponer las costas de ambas instancias al demandado vencido (art. 68 CPCyC) de acuerdo a lo expresado.

VI.- Readecuar oportunamente la regulación de honorarios dispuesta en la instancia de origen (art. 279 CPCyC), debiendo procederse de conformidad a la ley 2933 y diferir la regulación de alzada a la oportunidad pertinente, art. 15 ley 1594.

VII.- Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dra. Gabriela Calaccio - Dr. Dardo Troncoso

REGISTRO N. 34, AÑO 2015.

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"PARRA MIGUEL ANGEL C/ BERGUES MIGUEL ROBERTO Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD DE PARTICULARES" - 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.: 0645/2012) – Acuerdo: 72/15 – Fecha: 13/11/2015

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL EN SEDE CIVIL. RIÑA. VIA PÚBLICA. CONCURRENCIA DE CULPA.

1.- Cuando el vicio es reparable por la vía de la apelación también interpuesta, toda vez que, en ejercicio de la competencia que la concesión de esta última le ha asignado, el tribunal "ad quem" podrá revisar tanto los tópicos que hacen al fondo del litigio, cuanto los de índole formal conectados con aquéllos y, de asistirle razón al impugnante, bastará con rever el pronunciamiento atacado para restablecer el equilibrio entre el objeto procesal y la sentencia en que la congruencia consiste.

2.- No resultaba indispensable ni para dictar la sentencia de primera instancia, ni para revisar la misma en esta Alzada, la consideración de lo resuelto en la actuación penal anejada a los presentes, pues no se vislumbra un supuesto de prejudicialidad de orden público, en los términos del art. 1101, 1102 y concordantes del antiguo Código Civil. Por tal razón, es que corresponde hacer lugar a los agravios de ambos co demandados en cuanto plantean que el a quo ha efectuado una errónea interpretación del art. 1102 del Código Civil vigente a la fecha del dictado de la sentencia impugnada, al haber considerado que el pronunciamiento obrante en el expediente del registro de la Fiscalía de la IV Circunscripción Judicial, hace cosa juzgada en sede civil, resultando irreversible en la jurisdicción civil tanto la atribución de culpa del demandado en la producción del hecho ilícito, como la existencia del suceso y sus modalidades. Es que el a quo erróneamente, ha asimilado el sobreseimiento por inimputabilidad a la sentencia penal condenatoria al haber considerado textualmente que: "existiendo en el caso sentencia penal condenatoria no cabe discutir en sede civil la existencia del hecho principal ni la culpa del condenado, de conformidad con lo previsto en el art. 1102 del Código Civil", habiendo adunado en otro párrafo del decisorio que: "por aplicación del art. 1102 del Código Civil, la sentencia recaída en sede penal hace cosa juzgada respecto de la culpa del condenado que no puede discutirse en el juicio civil".

3.- Pese a que las partes se encuentran contestes en cuanto a la existencia del hecho, difieren respecto de las circunstancias de modo en que acaeciera el altercado suscitado en la vía pública, que los tuviera como protagonistas. Ante dicha discrepancia sustancial, se impone estar a las probanzas arrojadas a la causa, a efectos de ponderar si las versiones disímiles brindadas por las partes, han sido valoradas correctamente por el sentenciante a la luz de la sana crítica (art. 386 Cód. Procesal). Se encuentran probadas la existencia del hecho ilícito generador del daño



reclamado y la participación activa del demandado en la riña.

4.- El accionante concausó el hecho dañoso en el porcentaje del 50%, dado que su propio actuar provocó en el entonces menor demandado la reacción desmedida corroborada por el sentenciante. En efecto, la respuesta desmesurada del reconoció su origen concausal en los graves insultos discriminatorios que el actor le propinara a su madre y a él mismo. En consecuencia, las mencionadas circunstancias de hecho — debidamente comprobadas en autos, encadenan el nexo causal concurrente y califican y cualifican el obrar del accionante que, en definitiva, contribuyó en igual grado y entidad cualitativa y cuantitativa (en el 50 %) a la producción de su propio daño (cfr. arts. 901, 1066, 1067, 1109, 1111 y concs. Cód. Civil vigente a la época del dictado del pronunciamiento atacado). Lo expuesto hasta aquí conduce a acoger favorablemente los agravios de sendos co demandados en lo que hace a la existencia de culpa concurrente de la víctima y da respuesta a otros agravios como la objeción planteada por el co demandado atinente a la improcedencia de su obligación de responder por el hecho de su hijo menor, atento a su ausencia de culpa en el hecho que se ventila.

Texto completo:

ACUERDO: En la ciudad de Cutral Co, Provincia del Neuquén, a los trece (13) días del mes de noviembre del año dos mil quince, la Sala II de la Cámara Civil, Comercial, Laboral y de Minería con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, integrada con los señores Vocales, doctores María Julia Barrese y Pablo Gustavo Furlotti, con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Victoria L. Boglio, dicta sentencia en estos autos caratulados: "Parra Miguel Ángel C/ Bergues Miguel Roberto y otro S/ D. Y P. Derivados de la responsabilidad extracontractual de particulares" (Expte. N° 30645/ 2012), 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, en trámite ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. María Julia Barrese, dijo:

I.- A fojas 270/283 y vta. se dictó sentencia de primera instancia, por medio de la cual el Sr. Juez interviniente resolvió hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios entablada por MIGUEL ANGEL PARRA, condenando a los co accionados MIGUEL ROBERTO BERGUES y JUAN ROBERTO BERGUES a pagar al ACTOR la cantidad de PESOS CINCUENTA Y CUATRO MIL (\$ 54.000) con más los intereses reclamados desde el hecho dañoso y hasta el efectivo pago, a la tasa promedio que surja de la diferencia entre la activa y la pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén, dentro del plazo de diez días corridos, bajo apercibimiento de ejecución. El a quo impuso las costas a los co accionados vencidos.

II. Contra el pronunciamiento citado, interponen recurso de apelación el actor y los co demandados, fundando agravios a fs. 298/307 y 311/323 –sendos accionados-, en tanto que el demandante hace lo propio a fs. 308/309. Conferido el traslado de los respectivos agravios, únicamente ha contestado el accionante, en relación al memorial interpuesto por el co demandado Roberto Miguel Bergues a fs. 324/327, guardando silencio los restantes incoados.

III. Descripción de los Agravios del Co demandado Roberto Miguel Bergues: A) Se queja el co demandado, argumentando que el a quo dictó una sentencia que se contradice con las constancias probatorias rendidas en los presentes y con sus propias manifestaciones efectuadas en el devenir del pronunciamiento.

Afirma el recurrente que el juez de grado ha tenido por acreditado que ha sido el actor quien provocó a su hijo, quien a la sazón era menor de edad y que obró en defensa de su madre, impulsado por los insultos y agravios que le



propinara Parra, durante el altercado que los tuvo como protagonistas.

Luego de transcribir párrafos de la sentencia impugnada, en los que el judicante ha ponderado los dichos de quienes depusieron en las actuaciones como testigos, critica dicha valoración. En tal sentido, afirma que el sentenciante de la anterior instancia ha considerado desmesurada la reacción de su hijo menor ante las agresiones propinadas por el actor, quien por ser mayor de edad y por ser un funcionario público, debió haber dado el ejemplo, adoptando un comportamiento correcto.

Sostiene el recurrente que el sentenciante no ha resuelto conforme a las constancias emergentes de la prueba aportada en autos y que el decisorio es autocontradictorio. Se explaya argumentando que si bien el a quo ha reconocido que existió una provocación por parte del actor, quien dio inicio al conflicto suscitado con el entonces menor, no ha considerado la existencia de culpa concurrente en el evento, extremo que debió haber ponderado a efectos de disminuir el quantum indemnizatorio fijado a favor de la contraria. Alude al considerando doce del decisorio impugnado, refiriendo que el judicante ha expresado que ambos participantes han sido causantes del entuerto.

Luego, transcribe una cita de doctrina, de la que su parte deduce que no resulta razonable endosar al padre la responsabilidad por el daño causado por su hijo menor, dado que el progenitor solo debe responder cuando el perjuicio resulta injustificado. De seguido, afirma que el padre se encuentra habilitado para demostrar la interrupción del nexo causal y las circunstancias objetivas que justifican el daño, por verificarse una situación en la que el menor ha obrado en defensa propia, movido por un estado de necesidad.

Abunda en consideraciones acerca de la actitud del actor, quien, según lo sostiene, asumió un riesgo, al haber realizado un acto voluntario que interrumpe el nexo causal y excusa de responsabilidad al autor del hecho.

Asevera en cuanto a la prejudicialidad, que el a quo ha considerado respecto a lo resuelto en sede penal, que el art. 1102 del Código Civil solo veda la posibilidad de discutir la existencia del hecho principal y la culpa del condenado en dicha sede; mas, conforme lo entiende el apelante, ello no obsta a que el juez civil pueda examinar la existencia de culpa concurrente del damnificado, aún cuando tal circunstancia hubiese sido descartada por el juez penal al momento de calificar el hecho delictivo. Dice que el sentenciante con competencia en materia civil puede apreciar la medida en que la culpa de la víctima ha de influir, para disminuir la indemnización debida a su favor.

Bajo el acápite II b), la parte recurrente cita y analiza la jurisprudencia nacional elaborada en derredor del art. 1102 del Código de Vélez.

B) Posteriormente, mediante el punto II c) se agravia, cuestionando que el a quo haya tenido por acreditado que el actor presenta una secuela anatomofuncional de maxilar inferior y neurológica del 12%. A la vez, cuestiona el quantum indemnizatorio otorgado por tal concepto.

Impugna el razonamiento del a quo, aduciendo que la pericia médica se fundamenta en certificados expedidos luego de dos años computados desde el acaecimiento del hecho dañoso, con un certificado médico que si bien data del año 2010, no da cuenta efectiva de la ubicación del supuesto traumatismo padecido por el actor y con otra constancia médica de firma ilegible.

Cuestiona, también, el monto otorgado por el a quo a efectos de resarcir la incapacidad física sobreviviente, afirmando que el mismo es excesivo, dado que no se halla acreditada debidamente, la mecánica del hecho ni el resultado dañoso imputado.

IV.- Recurso del co demandado Juan Roberto Bergues:

El co demandado Juan Roberto Bergues ha expresado agravios mediante la gestión del defensor oficial, Dr. Roberto Pablo Fernández, acto que fue ratificado en tiempo y forma a fs. 328.

A.- En primer lugar, plantea la nulidad de la sentencia, argumentando que el juzgador de la anterior instancia ha concluido equivocadamente, en virtud de una errónea interpretación del art. 1102 del Código Civil vigente a la época del pronunciamiento, que existía condena penal en contra de su parte. Transcribe un párrafo del pronunciamiento en el que el a quo ha expuesto su decisión de resolver, de conformidad a lo fallado en sede penal, en virtud del principio de unicidad de jurisdicción. Sostiene que a partir de ese punto, la sentencia es nula, por cuanto Juan Roberto Bergues jamás ha sido condenado en sede penal, ya que la causa ni siquiera llegó a juicio, dado que fue sobreseído por



inimputabilidad. Ello por cuanto, al momento del hecho, Juan Roberto Bergues contaba con 17 años de edad.

Achaca al sentenciante haber incurrido en un error de derecho grave, dado que jamás pudo haberse verificado la culpabilidad en sede penal, porque uno de los presupuestos de la misma es la imputabilidad. Aduna que el juez penal, tampoco, se ha pronunciado sobre la tipicidad de la conducta de Juan Roberto Bergues, ni acerca de la existencia de alguna causa de justificación, como puede serlo la legítima defensa, extremo que no ocurrió atento a que su representado era menor de edad.

Seguidamente, dice que la única posibilidad de arribar a una sentencia penal condenatoria era a través de un juicio previo oral y público, con el debido respeto a las pertinentes garantías constitucionales pero, en el caso, la causa penal a la que se encontró sometido su representado nunca hubiese podido llegar a esa etapa.

Sobre la base expuesta, concluye que el juzgador civil poseía amplia libertad de acción, en cuanto a la valoración de los elementos probatorios existentes en autos; en virtud de ello, insiste en que el error de interpretación normativa que adjudica al judicante vicia todo el desarrollo del pronunciamiento atacado, al que tilda de incongruente.

Acto seguido, desbroza el análisis de las testimoniales realizado por el judicante, concluyendo que por haber estado equivocadamente a las resultas de lo resuelto en sede penal, respecto a la existencia del hecho y la autoría que le endilga a su representado, lo condenó en sede civil, pese a no encontrarse probado en autos los extremos que conducen a la procedencia de la responsabilidad civil.

B.- En el punto B de sus agravios tilda de contradictoria a la sentencia.

Argumenta que el a quo, luego de describir y evaluar las circunstancias fácticas que originan este proceso, a la luz de los testimonios rendidos en el mismo, se expide en abierta contradicción, apartándose de la prueba, al haber condenado a su parte, a pesar de no encontrarse acreditados los recaudos inherentes a la responsabilidad civil que le fuera endilgada por el actor.

C.- En el tercer agravio refiere que en autos no ha quedado acreditada la agresión que el actor le ha imputado y que, por el contrario, se ha probado el proceder agresor de su contendiente, quien insultara a su parte y a la madre durante el altercado que constituye la plataforma fáctica de los presentes.

Afirma que el magistrado de la anterior instancia, no obstante haber tenido por acreditada tal conducta indecorosa del actor, ha entendido erróneamente, que la eventual agresión que se le achaca a Bergues se halla probada.

D.- A continuación, impugna la ponderación de la prueba pericial que efectuara el judicante, refiriendo que éste ha omitido en la sentencia la consideración de las impugnaciones formuladas por su parte. Dice que el sentenciante ha tenido por acreditadas las secuelas incapacitantes del actor, sobre la base de una pericia médica fundada en certificados que fueron expedidos dos años después de acaecido el evento ventilado en autos y en otros certificados que no especifican concretamente, la ubicación de las lesiones padecidas por Parra o que contienen una firma ilegible.

Refiere que el mencionado informe pericial fue impugnado por su parte; no obstante lo cual, los argumentos impugnatorios no fueron analizados por el juzgador.

Reitera las objeciones efectuadas, concluyendo que la pericia médica no posee sustento científico válido. Dedicó diversas argumentaciones a criticar la contestación efectuada por el perito médico actuante a raíz de su pedido de explicaciones. Insiste que la pericial no acredita el eventual daño incapacitante alegado por el actor ni que dicho daño posea relación causal con el evento ventilado en autos.

E.- Como quinto agravio, expresa que el a quo ha omitido valorar la culpa de la accionante, conducta que a su entender, interrumpe el nexo causal y determina la concurrencia. Afirma que de las propias convicciones a las que arriba el sentenciante, en consonancia con la prueba producida en los presentes, se desprende que la parte actora ha actuado culposamente en la ocasión, habiéndose expuesto al peligro de sufrir un daño, al haber aceptado el riesgo. Manifiesta que tales circunstancias, agravadas por la condición de funcionario público del actor, constituyen un hecho ajeno que interrumpe el nexo causal y excusa la responsabilidad de su parte.

A continuación, transcribe un párrafo de la sentencia en el que el a quo ha sostenido que el daño no hubiera sobrevenido si la eventual víctima no se hubiera comportado como lo hizo, exponiéndose voluntariamente al daño



potencial, interrumpiendo con su accionar el nexo causal entre el hecho que se enrostra al demandado y el daño padecido. Dice que siguiendo tal razonamiento, hubiese correspondido que el a quo rechazara la demanda, en virtud de existir culpa del actor o como mínimo, el sentenciante debió haber resuelto, atendiendo a la concurrencia de culpas, proceder que considera viable jurídicamente, aún cuando hubiese existido una eventual sentencia condenatoria en sede penal.

F. Finalmente, tilda de infundados y arbitrarios los montos correspondientes a los rubros indemnizatorios acordados en autos, argumentando que el juzgador no ha aclarado como los ha calculado ni como se originan.

V.- El responde del actor al recurso de Roberto Miguel Bergues:

El accionante pide que se declare desierto el recurso articulado, por entender que no constituye una crítica razonada de la sentencia de autos.

Seguidamente, en forma subsidiaria responde los agravios, argumentando que en el caso no puede existir culpa concurrente, dado que las lesiones inferidas por el co demandado Juan Roberto Bergues a su parte han sido el resultado de una conducta dolosa.

Asevera que esta acción es consecuencia de la configuración de un hecho delictivo y que resulta irrisorio pretender la existencia de concurrencia de culpas, cuando el codemandado Bergues se calzó una manopla de hierro y le fracturó la carretilla de una trompada. Se explaya, argumentando que en el estado de derecho no existe la posibilidad de hacer justicia por mano propia y si el actor hubiese actuado incorrectamente en su calidad de funcionario público, el demandado debió haber formulado las pertinentes denuncias, en el ámbito administrativo y judicial.

En lo referente al daño padecido por su parte, asevera que no existen dudas sobre su extensión y que los co demandados contaron con la posibilidad de desvirtuar el dictamen pericial en la etapa procesal oportuna, proponiendo consultores técnicos a efectos de rebatir las conclusiones del experto interviniente, alternativa que no siguieron.

VI. Agravios del actor Miguel Ángel Parra:

Impugna la sentencia en tanto el a quo ha aplicado la tasa de interés promedio del BPN al capital de condena. Afirma que el sentenciante ha obrado en contradicción con los precedentes jurisprudenciales de aplicación en los últimos años, en el ámbito local.

Asevera que el criterio adoptado provoca una diezma en el capital de condena, dado que la cuantía indemnizatoria no fue actualizada al momento de ser cuantificado el daño en la sentencia. Añade que el a quo no ha brindado fundamento alguno que justifique el apartamiento de la tasa de interés que venía aplicando anteriormente, en supuestos análogos.

Luego de efectuar los cálculos pertinentes, cuantifica el agravio que le produce la sentencia de grado y cita jurisprudencia del mismo juzgado en la que el sentenciante aplicó la tasa activa al capital de condena.

VII. Tratamiento de los Agravios:

A.- Introducción.- Aclaraciones previas:

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O n° 33.034 del 19/12/2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 8/10/2014), ha entrado en vigencia el 1° de agosto pasado por lo que, antes de ingresar en la consideración de las cuestiones sujetas a recurso, y ante la vigencia de normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos supuestos estableciendo que: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo".

Conforme surge de esta norma, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al



consumidor en las relaciones de consumo, el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener un texto y sistema equivalentes al derogado art. 3º del Código Civil, según reforma de la ley 17.711.

De este modo, con las aclaraciones efectuadas en materia contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren -en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también, a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley.

Pues bien, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Cód. Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Cód. Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo. En consecuencia, dicha relación jurídica, al haberse consumado antes de la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada -en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas- de acuerdo al sistema del anterior Código Civil (ver en este sentido, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B "Espinosa, Alejandro Agustín c. Metrovias SA y ots. s/ ds. y ps" • 11/08/2015, Publicado en: RCyS 2015-X, 206 • ED 08/10/2015, 5 • RCCyC 2015 (octubre), 157 Cita online: AR/JUR/28741/2015).

B.- Formulada tal aclaración, debo señalar que no sólo por haberlo planteado la parte actora al contestar los agravios, sino en uso de la facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, que puede ser ejercida aún de oficio, corresponde examinar si los memoriales de agravios reúnen los requisitos formales de habilidad exigidos por el art. 265 del Código Procesal.

En ese cometido y atendiendo a la gravedad con que el art. 266 del ordenamiento de rito sanciona las falencias del escrito recursivo, considero que habiendo expresado los recurrentes mínimamente las razones de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón de que no deben desmerecerse los escritos recursivos, si llenan su finalidad, aunque lo hagan con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que los recursos en análisis deben ser examinados.

C.- 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 aquellas 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 a los recurrentes 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. Aragonese 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.

Formulada la pertinente aclaración, comenzaré por dar tratamiento a los agravios expuestos por Juan Roberto Begues, dado que el recurrente requiere que este Cuerpo decrete la nulidad del decisorio impugnado y, consecuentemente, de la suerte de tal agravio, dependerá el tratamiento de los restantes motivos de queja.

VIII. Recurso de nulidad planteado por Juan Roberto Bergues:

Como ya se dijo, el recurrente considera que la sentencia de grado es nula por cuanto el juzgador, habiendo realizado



una errónea interpretación del art. 1102 del Código Civil anterior, ha concluido que procedía en autos la condena civil atendiendo a los alcances asignados a la resolución que dispuso el sobreseimiento en sede penal. Refuta el razonamiento del juzgador argumentando que no existió sentencia condenatoria en sede penal dado que se ha resuelto sobre la base de la inimputabilidad de Juan Roberto Bergues, quien a la fecha de producirse el hecho por el que se reclama civilmente, era menor de edad.

Dice que el vicio denunciado condiciona todo eventual desarrollo del pronunciamiento, al que filda de incongruente. Adentrándome al tratamiento de este agravio he de señalar que a mi juicio, no se dan en autos los extremos que habiliten la procedencia del recurso de nulidad articulado por Juan Roberto Bergues. Me explicaré de seguido.

Si bien el quebranto del principio de congruencia constituye causal de nulidad (art. 34 inc. 4º C.P.C.C.), en esta materia igualmente inciden los postulados de trascendencia y conservación -generales para toda la materia de las nulidades procesales-, de acuerdo a los cuales para el acogimiento del planteo es menester que la subsanación del defecto no pueda lograrse sino con la declaración de nulidad.

De allí que la suscripta como integrante de la Cámara en todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, siguiendo unánime doctrina y jurisprudencia, haya desestimado recursos de esta índole, cuando el vicio es reparable por la vía de la apelación también interpuesta, toda vez que, en ejercicio de la competencia que la concesión de esta última le ha asignado, el tribunal "ad quem" podrá revisar tanto los tópicos que hacen al fondo del litigio, cuanto los de índole formal conectados con aquéllos y, de asistirle razón al impugnante, bastará con rever el pronunciamiento atacado para restablecer el equilibrio entre el objeto procesal y la sentencia en que la congruencia consiste (cfr. en este sentido, Colombo, "Código Procesal Anotado", 1975, tomo I, pág. 410; Fassi, "Código Procesal", 1997, I, pág. 652; Ibáñez Frocham, "Tratado de los Recursos", 1969, pág. 204, núm. 102; citados en RI Nro : 260/2011 de la Cámara en todos los fueros de la IV Circunscripción Judicial en autos "Barría Federico Ariel c/Adler, Marcelo s/Despido por otras causales").

IX. Errónea interpretación del art. 1102 del código Civil:

Formulada tal aclaración, he de adentrarme en la impugnación basada en la errónea interpretación del art. 1102 del Código Civil que sendos codemandados achacan al decisorio recurrido.

Cabe consignar que con motivo del evento que se ventila en autos, se instruyó en sede penal, la causa que en este acto tengo a la vista y que concluyó con el sobreseimiento del entonces menor Juan Roberto Bergues, por considerarlo inimputable (art. 1º de la ley 22278 y 301 inc. 5 del C.P.P.) (v. fº. 50 y vta. de la referida causa). Surge de dicha resolución que el juez interviniente declaró comprobada "prima facie" la autoría del menor, por haber hallado semiplena prueba de la misma y de la materialidad de los delitos normados en los arts. 89 y 149 bis del Código Penal.

Siendo entonces, el autor del hecho, una persona inimputable, no se excita la acción penal y la jurisdicción de menores sólo actúa para establecer medidas tutelares, si resultan necesarias, pero no para condenar ni absolver por la comisión de un delito.

Sobre el punto diré que el Código Civil de Vélez al regular los alcances de la incidencia de las sentencias penales con relación a la sentencia civil, no contemplaba el supuesto de "sobreseimiento" sino el de la "condena del acusado" (art. 1102) y el de la "absolución del acusado" (art. 1103). Desde luego, no pueden asimilarse "sobreseimiento" y "condena" ya que promedia una diferencia de entidad tanto ontológica como etimológica y, consecuentemente, también jurídica.

Como lo ha analizado destacada doctrina (Piedecasas, Miguel A. "INCIDENCIA DE LA SENTENCIA PENAL EN RELACIÓN CON LA SENTENCIA CIVIL, Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2002 - 3. Relaciones entre la responsabilidad civil y la penal" Cita: RC D 1068/2012): "...el caso de sobreseimiento no significa que no pueda tener efectos en sede civil sobre la sentencia, pero a diferencia de la absolución, donde los efectos respecto del hecho principal son impuestos por la ley al juez, aquí los mismos están sujetos a consideración del magistrado".... "el sobreseimiento procederá cuando: la acción penal se ha extinguido, lo que deja lugar a la acción civil (sin lugar a dudas); el hecho investigado no se cometió (lo que impedirá la condenación civil o responsabilidad subjetiva por el hecho propio); el hecho investigado no encuadre en una figura legal (lo que no limita de ninguna manera al juez civil para condenar al



imputado); el delito no fue cometido por el imputado (por lo cual el juez civil no podrá hacerlo responsable civilmente por las consecuencias de un delito que no cometió), o media una causa de justificación, de inimputabilidad, de inculpabilidad o excusa absolutoria (en cuyo caso, el juez civil deberá analizar si ello ha borrado la posibilidad de responsabilidad civil en el imputado que ha sido sobreseído)""El sobreseimiento penal, salvo que estuviere fundado en la no existencia del hecho y falta de autoría, implica un no juzgamiento, aunque la decisión que recayera tiene carácter definitivo, es por ello que no tiene efectos de cosa juzgada y nada se opone a que el juez civil considere y aprecie las circunstancias objetivas y enjuicie en su sede las conductas implicadas en un hecho ilícito".

De acuerdo a mi opinión, en los presentes no resultaba indispensable ni para dictar la sentencia de primera instancia, ni para revisar la misma en esta Alzada, la consideración de lo resuelto en la actuación penal anejada a los presentes, pues no se vislumbra un supuesto de prejudicialidad de orden público, en los términos del art. 1101, 1102 y concordantes del antiguo Código Civil.

Por tal razón, es que corresponde hacer lugar a los agravios de ambos co demandados en cuanto plantean que el a quo ha efectuado una errónea interpretación del art. 1102 del Código Civil vigente a la fecha del dictado de la sentencia impugnada, al haber considerado que el pronunciamiento obrante en el expediente FJU Nro. 1569/2010 del registro de la Fiscalía de la IV Circunscripción Judicial, hace cosa juzgada en sede civil, resultando irreversible en la jurisdicción civil tanto la atribución de culpa del demandado en la producción del hecho ilícito, como la existencia del suceso y sus modalidades. Es que el a quo, a mi juicio erróneamente, ha asimilado el sobreseimiento por inimputabilidad a la sentencia penal condenatoria al haber considerado textualmente que: "existiendo en el caso sentencia penal condenatoria no cabe discutir en sede civil la existencia del hecho principal ni la culpa del condenado, de conformidad con lo previsto en el art. 1102 del Código Civil" (text. Cons. 6 fs. 273 vta.), habiendo adunado en otro párrafo del decisorio que: "por aplicación del art. 1102 del Código Civil, la sentencia recaída en sede penal hace cosa juzgada respecto de la culpa del condenado que no puede discutirse en el juicio civil".

Según mi criterio, tal aspecto de la sentencia impugnada debe ser revocado por cuanto no deviene de aplicación al caso lo dispuesto por el art. 1102 del Código Civil vigente al momento del dictado de la sentencia, por las razones que ya desarrollé, dado que el sobreseimiento por inimputabilidad no es asimilable a la sentencia condenatoria, lo que a la vez descarta el argumento ensayado por el actor en su responde, acerca de la existencia de un obrar doloso del menor corroborado en sede penal.

X. Despejado el primer motivo de queja, abordaré, de seguido, al cuestionamiento acerca de la existencia y extensión de la responsabilidad civil del co demandado Juan Roberto Bergues, a los fines de dar respuesta a las quejas vertidas por sendos coaccionados.

Sabido es que el hecho de la víctima incide en los casos en que media responsabilidad civil, debiendo detraerse el porcentual de su participación causal (cfr. en este sentido, el ilustrativo voto del Dr. Galdós como integrante de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, P., C. y otros c. A., A. R. s/ daños y perjuicios • 13/03/2012, Publicado en: RCyS 2012-V, 181 con nota de Edgardo López Herrera • LLBA 2012 (mayo), 401 con nota de Marcos Ernesto Giles, Cita online: AR/JUR/4835/2012).

En el supuesto que nos ocupa, pese a que las partes se encuentran contestes en cuanto a la existencia del hecho, difieren respecto de las circunstancias de modo en que acaeciera el altercado suscitado en la vía pública, que los tuviera como protagonistas. Ante dicha discrepancia sustancial, se impone estar a las probanzas arrojadas a la causa, a efectos de ponderar si las versiones disímiles brindadas por las partes, han sido valoradas correctamente por el sentenciante a la luz de la sana crítica (art. 386 Cód. Procesal).

A mi juicio en autos se encuentran probadas la existencia del hecho ilícito generador del daño reclamado y la participación activa de Bergues (h) en la riña.

Entre otras constancias probatorias que resultan ilustrativas de lo expuesto, destaco la denuncia de una de las participantes en la reyerta, la Sra. Ana María Soledad Cárdenas Bruce –madre del co demandado Juan Roberto Bergues-. En efecto, según se desprende del acta obrante a fs. 28 y vta. el día del hecho, la denunciante ha comparecido ante los funcionarios de la Comisaría 23 de San Martín de los Andes, habiendo narrado la existencia de la



discusión mantenida entre ella y su hijo, por un lado con los Sres. Parra y Velásquez, por el otro.

La Sra Cárdenas Bruce ha denunciado que a raíz de los insultos proferidos por el actor hacia su persona, Juan Roberto Bergues – hijo de la denunciante- descendió del vehículo y comenzó a defenderla, frente a lo cual los ordenadores de tránsito respondieron con otros insultos discriminatorios por su condición de extranjera y se fueron contra su hijo amenazándolo y “pechándolo”, razón por la cual el entonces menor hijo de la denunciante se defendió golpeando a Parra, para poder sacárselo de encima.

Las declaraciones de Nelson Gustavo Morales (de fojas 106/107), Andrea De Las Nieves Silva (fojas 120), Lidia Gladis Reviriego -tanto en sede policial como en sede civil- Diego Velásquez (fojas 124), quien participara en el altercado, corroboran la existencia de la riña. Este último se explayó también sobre la autoría del menor en los siguientes términos: “En ese momento, cuando el actor está por sacar foto al vehículo para labrar el acta, el chico le dio unas patadas, cuando cruza un policía Vallejos que corre a Parra para atrás para que no le pegue más patadas, es cuando aprovecha el chico y le arroja un puño que le da en la cara a Parra”.

Más, no obstante encontrarse acreditada la existencia del hecho y la autoría del menor, extremos sobre los cuales coincido con el a quo, discrepo con sus conclusiones respecto a los efectos que corresponde atribuir a la incidencia concausal del hecho de la víctima en la producción del daño. Me explicaré.

Advierto que el magistrado de la anterior instancia, luego de efectuar una ponderación de los diversos testimonios aportados en la causa concluyó en el considerando once, que ambos participantes del hecho (Miguel A. Parra y Juan R. Bergues) han sido los causantes del accidente ocurrido el 15 de marzo de 2010.

Previo a arribar a dicha conclusión ha sostenido el sentenciante que: “el entuerto ha sido definido como una serie de causalidades enhebradas, aunque no caben dudas de que quien inicia el conflicto narrado por los testigos es el actor con su actitud provocativa, como alega la defensa efectuada por los accionados”.

Agregó que: “el actor además arremete verbalmente contra la progenitora del menor propinándole toda clase de insultos a los gritos, insultos de los cuales se evidencia una manifiesta discriminación y violencia de género como señalan los testigos, impropios de cualquier persona, pero en este caso agravados por ser el agresor un funcionario público en cumplimiento de sus funciones”.

Siguió razonando el judicante que: “Está acreditado que a partir de allí subió de tono la discusión, con increpaciones mutuas, hasta que en una nueva relación causal el actor amenaza al menor y pasan a las vías de hecho, que el por entonces menor Juan R. Bergues repele en una reacción excesiva no acorde al peligro que representaban esos empujones, produciendo los daños cuya indemnización se reclama”.

Luego, el sentenciante ponderó las características personales del actor y sus antecedentes, resaltando que: “no puede menos que destacarse dicha situación, ya que todo empezó y siguió por su conducta, gestos y groserías contra una mujer que -para todo esto- era la madre del victimario, con lo que eso genera en el ánimo de cualquier hijo, provocando esa desproporcionada respuesta del joven”.

En otro párrafo aludió el a quo que: “ambos han desplegado una conducta irresponsable e imprudente, al provocar, insultar y desafiar, recordando que Miguel Parra lo hace contra el menor y su madre, y que fue precisamente esa conducta la condición indispensable para que se produjera el enfrentamiento y con posterioridad el golpe de puño que ocasionara finalmente los daños. Ya que si Parra no hubiera perdido el dominio de su persona hubiera cumplido correctamente con su trabajo y no hubiera desafiado al menor, hubiera evitado la pelea y con esto el daño”. Concluyó el judicante que: “Si le exigimos control de su persona al menor de edad, con más razón debería exigirse lo mismo al mayor de edad. Por otra parte, si el menor hubiera mantenido el control, el accidente también se habría evitado”.

No obstante haber efectuado ese razonamiento que comparto, entendió el sentenciante que la reacción del demandado Juan R. Bergues frente a las agresiones del ordenador de tránsito Miguel A. Parra fue desmesurada, desproporcionada en cuanto al peligro a que se hallaba expuesto, concluyendo en que sendos co demandados – padre e hijo- debían afrontar la reparación integral del daño causado al actor, atento a la existencia de un obrar culposos del co demandado Juan Roberto Bergues.



En mi opinión, tomando en consideración idéntica base fáctica a la expuesta por el juzgador de la anterior instancia, juzgo que el accionante Parra concausó el hecho dañoso en el porcentaje del 50%, dado que su propio actuar provocó en el entonces menor Bergues la reacción desmedida corroborada por el sentenciante. En efecto, según mi criterio la respuesta desmesurada de Bergues (h) reconoció su origen concausal en los graves insultos discriminatorios que Parra propinara a su madre y a él mismo. En consecuencia, las mencionadas circunstancias de hecho — debidamente comprobadas en autos— a mi juicio, encadenan el nexo causal concurrente y califican y cualifican el obrar de Parra que, en definitiva, contribuyó en igual grado y entidad cualitativa y cuantitativa (en el 50 %) a la producción de su propio daño (cfr. arts. 901, 1066, 1067, 1109, 1111 y concs. Cód. Civil vigente a la época del dictado del pronunciamiento atacado).

Debo señalar a esta altura que conforme a lo que tiene resuelto la jurisprudencia nacional labrada en derredor de la normativa antes citada: "La adopción de la teoría de la influencia causal de cada culpa en la producción del evento dañoso no encuentra obstáculo en el sistema legal argentino, en tanto surge de la correlación de los arts. 1109 y 1111 del Código Civil" (cfr. CNCiv., sal A, 27/4/1998 "Casero, Daniel E v. Ferrocarriles Metropolitanos" DJ 1999-I-366, citado por Marcelo López Mesa en "Código Civil y Leyes Complementarias anotados con jurisprudencia", T. II, Ed. Lexis Nexis, año 2008 pág. 601). Por ello, "cuando en una relación adecuada de causalidad ambos partícipes fueron responsables en la producción del ilícito y, por ende, parcialmente responsables por los daños demandados, se encuentran obligados a repararlos en la medida que contribuyeron a causarlos, debiendo graduarse la culpa de la víctima en su justa incidencia" (cfr. CNCiiv. Sala K, 29/03/2004, "Enz, Stella Maris v. Lasportilla María Cristina, elDial clave AA2020, citado por López Mesa, en la misma obra y página).

Resta señalar que en esta misma línea se inscribe el precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, sala II, en autos "P., C. y otros c. A., A. R. s/ daños y perjuicios" ya citado, en el que se ha concluido que:

"Quien perdió la vida al recibir un disparo efectuado por el demandado durante una pelea en la vía pública, es responsable en forma conjunta con este último —en el caso, en un 70% y un 30% respectivamente— por el acaecimiento del hecho, pues, el occiso venía provocando y atemorizando al empleado en su vecindario provocándole un justificado miedo a ser agredido y el día del altercado posteriormente la víctima había embestido a propósito el automóvil del accionado y le había propinado un golpe en la cara lo cual provocó la reacción desmedida de este último, circunstancias todas que encadenan el nexo causal concurrente".

Lo expuesto hasta aquí me conduce a acoger favorablemente los agravios de sendos co demandados en lo que hace a la existencia de culpa concurrente de la víctima y considero que da respuesta a otros agravios como la objeción planteada por el co demandado Miguel R. Bergues atinente a la improcedencia de su obligación de responder por el hecho de su hijo menor, atento a su ausencia de culpa en el hecho que se ventila.

XI. En cuanto a los argumentos esgrimidos por sendos recurrentes que aluden a la ausencia de acreditación del daño cuya reparación reclama el actor, coincido con el sentenciante de la anterior instancia que en autos se halla probada su existencia y su extensión.

En primer lugar, encuentro que el perito médico interviniente no solo ha tenido en cuenta las constancias emergentes de certificados médicos efectuados después de dos años de acaecido en evento dañoso sino que ha tomado en consideración lo diagnosticado por el Dr. Pablo Santillán en fecha contemporánea al acaecimiento del evento dañoso, dado que el mencionado galeno suscribió un certificado el día 17-3-2010, mediante el cual documentó la existencia de un traumatismo craneofacial con fractura ascendente de maxilar inferior del lado izquierdo, daño que resulta compatible con el certificado médico labrado en el hospital Ramón Carrillo en donde el actor fue atendido inmediatamente después de ocurrido el episodio (cfr. pericia médica -fs. 168-, constancia de la guardia del Hospital obrante a fs. 132, anejada con respuesta la oficio Nro. 3556/2012, certificado médico obrante a fs. 11 de las actuaciones penales que también fue tenido en consideración por el médico forense Dr. Estorba a fs. 27 de dicha causa).

Comparto lo sostenido por el actor en su responde recursivo al haber argumentado que los co demandados contaron con la posibilidad de designar consultor técnico, a efectos de acreditar sus postulaciones referidas a la inexistencia de



daño en la persona del actor, alternativa a la que no han acudido. En este contexto, las impugnaciones formuladas a la prueba pericial médica se erigen en meras discrepancias efectuadas sin el auxilio de un profesional que avalara, en forma científica, el error imputado al experto emisor del dictamen.

En otras oportunidades he sostenido que "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 la Cámara en Todos los Fueros de la IV Circunscripción Judicial, 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, 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" con cita de lo resuelto por la CNCiv. Sala D, 20/12/05, "Artiñan, 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 los accionados no ha aportado pruebas de idéntico rigor científico, a efectos de desacreditar la experticia rendida en los presentes, siendo insuficientes sus objeciones para conmovir las conclusiones a las que arribara el experto médico interviniente y que fueran tomadas en consideración por el a quo al momento de sentenciar.

Por tal razón, mi propuesta al Acuerdo consiste en la desestimación del agravio sub análisis, conforme fuera propuesto por sendas partes demandadas.

Tampoco encuentro desmesurada la cuantificación del resarcimiento patrimonial dispuesto por el a quo, en virtud de las atribuciones conferidas por el art. 165 del Cód. Procesal. Dicho dispositivo legal establece que la sentencia fijará el importe del crédito y de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto y en el caso, considero que el sentenciante de la anterior instancia ha ejercido prudencialmente esa facultad.

XII. Recurso del Actor respecto a la tasa de interés dispuesta por el a quo:

Finalmente, en cuanto al recurso actoral considero que le asiste razón al impugnante, por cuanto conforme reiteradamente lo ha resuelto esta Sala, atento a la fecha de acaecimiento del evento dañoso -15-3-2010- corresponde que los intereses pertinentes sean liquidados a la tasa activa mensual del Banco de la Provincia del Neuquén, en seguimiento del criterio adoptado por el T.S.J. de la provincia de Neuquén en autos: "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", al que adhiriera esta sala en su actual integración.

En relación a los intereses devengados a partir del 1° de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago, considero que la tasa que resulte aplicable conforme las disposiciones del art. 768 del Código Civil y Comercial no podrá ser inferior a la activa antes mencionada, en atención a que iría en detrimento del principio previsto en el art. 1740 del ordenamiento jurídico aludido (cfr. voto de la suscripta en Acuerdo Nro. de 2015 en autos "IVANOFF SAMANTA Y OTROS C/ SILVA HEBERT DANIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 46.075 Año 2008), a los que se encuentra acumulada la causa caratulada "IRIZAR CARLOS ALBERTO C/ SILVA HEBERT DANIEL Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 47.607 Año 2009).

En tal orden de ideas, la Sala B de la Cámara Nacional Comercial, en posición que comparto, ha expresado:



"Finalmente debo aclarar 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, 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 ante mencionada 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 a la actora (ver art. 1740 del mismo Código)" (06/08/2015. - M., J. E. c. V., O. H. y otros s/ daños y perjuicios (acc. tráns. c/ les. o muerte)- pub. www.nuevocodigocivil.com).

XIII. Costas de la primera Instancia: Atento a la procedencia parcial de los recursos de apelación interpuestos por sendos codemandados y no obstante de lo dispuesto en el art. 279 del C.P.C. y C., en lo que hace a la imposición de costas correspondientes a la primera instancia, he de mantener el criterio seguido por el juez de grado en la sentencia impugnada.

Ello es así, toda vez que en materia de daños y perjuicios ocasionados por delitos y cuasidelitos, y como un derivado del principio de la reparación integral del daño causado, las costas forman parte integrante de la indemnización y deben ser impuestas al vencido, aun cuando la demanda prospere en proporción inferior al reclamo originario (cfr. CTFSM que integré, en R.I. 151/2010, autos "Rodríguez Serruys María Verónica y otros c/ Stubrín Darío Fabián s/ Daños y Perjuicios" con cita de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K • 11/10/1998 • Acosta, Jorge A. c. Warrimer, Ricardo F. • • AR/JUR/3941/1998, idem, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala K • 10/07/1996 • Martínez Villoque, Francisco y otros c. Sánchez, Oscar H. y otros. • LA LEY 1997-B, 777 - DJ 1997-1, 728 • AR/JUR/4124/1996).

En igual sentido, se ha pronunciado la mayoría de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en los autos "R., J. L. c. Colavitta, Jorge Adrián y otros" (AR/JUR/43294/2009, www.laleyonline.com). Se extrae del criterio mayoritario emitido en el mencionado fallo que: "el principio sentado en el art. 68 del Código Procesal que establece la imposición de costas al vencido tiende a lograr el resarcimiento de los gastos de justicia en que debió incurrir quien se vio forzado a acudir al órgano jurisdiccional en procura de la satisfacción de su derecho. De ahí que, en supuestos como el sub examine, la circunstancia de que la demanda no prospere en su totalidad en razón de la atribución de responsabilidad concurrente no quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas, pues la admisión parcial de la demanda no resta relevancia a la necesidad de litigar a la que se vio sometido el accionante" (conf. C.N.Civ., sala M, in re "Alvarez c/ Cordero", sent. de 3-II-1997, "La Ley", 1997-D, 872; id. in re "Rodríguez c/ Gómez", sent. de 21-XI-2006, "La Leyonline").

XIV. Conclusiones:

Mi propuesta al Acuerdo es la siguiente: 1) Hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación deducidos por los codemandados Miguel Roberto Bergues y Juan Roberto Bergues y en su consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de grado, condenando a sendos recurrentes a pagar al actor solidariamente el 50% del monto de condena dispuesto en la sentencia de primera instancia en virtud de la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño, en igual porcentaje; 2) Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y en virtud de ello, modificar el decisorio de grado en lo que hace a la tasa de interés fijada en el punto II del fallo, correspondiendo en su reemplazo, la aplicación de la tasa activa establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén, desde la fecha del hecho dañoso y hasta el efectivo pago; 3) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado, atento al resultado que propongo (art. 71 del C.P.C. y C.); 4) Diferir la regulación de los honorarios correspondientes a la actuación profesional en la alzada hasta que se cuente con pautas para ello.

Mi Voto.

El Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

Comparto los argumentos y solución propiciada por la Dra. María Julia Barrese en el voto que antecede, por lo que adhiero al mismo votando en igual sentido.

Así 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 a los recursos de apelación deducidos por los codemandados Miguel Roberto Bergues y Juan Roberto Bergues y en su consecuencia, revocar parcialmente la sentencia de grado, condenando solidariamente a sendos recurrentes a pagar al actor la suma total de pesos veintisiete mil (\$ 27.000,00) -50% del monto de condena dispuesto en la sentencia de primera instancia- con más intereses que deberán ser calculados en la forma dispuesta en punto II de la presente, en virtud de la incidencia del hecho del damnificado en la producción del daño en igual porcentaje.

II.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido por el actor y en virtud de ello, modificar el decisorio de grado en lo que hace a la tasa de interés fijada en el punto II del fallo, correspondiendo en su reemplazo, la aplicación de la tasa activa establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén desde la fecha del hecho dañoso y hasta el efectivo pago.

III.- Imponer las costas de esta instancia en el orden causado atento la forma en la que se resuelven los cuestionamientos traídos a consideraciones de este Tribunal (art. 71 del C.P.C. y C.), difiriendo la regulación de los honorarios correspondientes a la actuación profesional en la Alzada hasta que se cuente con pautas para ello.

IV.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro Sentencia Definitiva 78/2015.

Dra. Victoria L. Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO 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 I – (Expte.: 3836/2012) – Acuerdo: 82/15 – Fecha: 11/12/2015

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

JORNADA DE TRABAJO. HORAS EXTRAS. PRUEBA. DISIDENCIA.

1.- Cabe confirmar la sentencia que le reconoce a la actora sólo 160 horas suplementarias correspondientes a los días sábados. En efecto, ninguno de los testigos que depusieron en la causa han logrado acercar con el margen de certeza requerido los extremos sostenidos por la demandante en este punto, sólo (...), efectúa una referencia a labores durante los días domingos, sin ninguna precisión en torno a los servicios que cumplía eventualmente, como al tiempo en que se desarrollaba la prestación, y, en nada ayuda la actora dada la exorbitante inclusión que efectúa al momento de la liquidación del reclamo. (Del voto de la Dra. CALACCIO, en mayoría).

2.- En este sentido "...cabe señalar que en los supuestos en que se pretende el cobro de créditos laborales por la extensión de la jornada de trabajo cabe exigir prueba



fehaciente de la existencia de tales prestaciones (CSJ Nación, sent. del 22/10/91, "Blanco c/ Barce Mazzarella y Cía SRL), que debe ser categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial generalizada e imprecisa (CNTr, sala VIII, sent. del 22-4-92, "Retamoso c/ La Rioja 45 SRL)(cfr. Rubinzal online cita RC J 159/04). "Las horas extraordinarias, por su misma naturaleza constituyen actividad probatoria del subordinado y su prueba debe ser asertiva, definitiva, sin dejar lugar a dudas". (CNTr Rosario, Sala II-agosto 28-979 Z, 20-417) "Aún cuando la empleadora no haya llevado el libro de registro de horas extras, la prueba de la misma a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato individual del trabajo" (CTrab. Rosario, Sala I, abril 30-980, en LL 981-254) (CAZ SC RSD 91/07). (Del voto de la Dra. CALACCIO, en mayoría).

3.- Con relación a las horas extras, adhiero a la postura amplia y no restrictiva en este aspecto. (Del voto de la Dra. BARROSO, en minoría).

4.- Cabe revocar la sentencia de la instancia de origen en donde el a quo sólo reconoció 4 horas suplementarias por los días sábados de 16.00 a 20.00 hs., ya que corresponde computar 400 horas extras por el lapso trabajado los días domingo, toda vez que el actor realizaba tareas para los torneos y cumpleaños que se realizaban en el club los fines de semana, y entiendo que en esta locución está incluido el domingo, porque el domingo integra el fin de semana. Además expresamente el testigo (...) declaró que los torneos, al menos, se realizaban los sábados y domingo, casi todos los fines de semana y desde las 09.00 hs. Hasta las 19.00 hs. de la tarde, siendo su testimonio, en este aspecto suficientemente preciso en cuanto al tipo de tareas, días que se realizaban, y hasta su extensión horaria. Por lo tanto, el actor cumplía horas suplementarias los días domingos de 09.00 a 19.00 hs., esto es 10 horas, todos los fines de semana, las que deben calcularse al 100% y durante el periodo no prescripto conforme se calcularan las horas suplementarias de los días sábados y que llega firme a esta Alzada. (Del voto de la Dra. BARROSO, en minoría).

Texto completo:

ACUERDO: En la ciudad de Cutral Co, Departamento de Confluencia de la Provincia del Neuquén, a los once (11) días del mes de Diciembre del año dos mil quince, se reúne en Acuerdo la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales; integrada por las señoras Vocales Dras. Gabriela Belma Calaccio y Alejandra Barroso y con el Presidente, Dr. Dardo Walter Troncoso, convocado a fin de dirimir la disidencia planteada, con la intervención de la Secretaria de Cámara Dra. Victoria Boglio, para dictar sentencia en estos autos caratulados "ALCARAZ DANIEL C/ CHECHILE FRANCISCO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" (Expte 3836/2012) venidas del Juzgado de Primera Instancia en Todos los Fueros de la ciudad de Villa La Angostura y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín De los



Andes, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con Competencia en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales;

De acuerdo al orden de votos sorteado la Dra. Gabriela Belma Calaccio dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden a los recursos deducidos por las partes contra la sentencia dictada en fecha 11 de junio del 2015, obrante a fs. 155/163 y vta., en tanto admite la demanda entablada por considerar acreditada la relación laboral, impone costas y difiere la regulación de honorarios.

Contra tal decisión se alzan actora y demandada a fs. 174/175 y vta. y 169/170 respectivamente.

En primer lugar la actora se queja en dos agravios, sobre el rechazo de las horas extras correspondientes a las jornadas de los domingos, considerando que de la prueba testimonial analizada en la sentencia se concluye sobre la realización de aquellas.

En segundo lugar se queja por el rechazo de la multa prevista en el art. 275 de la LCT, ya que, a su criterio, el desarrollo argumental de la sentencia ha corroborado la conducta maliciosa y temeraria denunciada en la demanda.

Finalmente formula reserva del caso federal. La contraria, bilateralizada la cuestión guarda silencio.

A su turno la demandada centra sus agravios en tres cuestiones. En primer lugar critica la sentencia por haber dado validez a las piezas telegráficas que fueran desconocidas por su parte, y no se produjera prueba para acreditar la recepción.

En segundo lugar considera que se ha afectado el principio de congruencia por considerarse en la sentencia rubros no contenidos en los reclamos epistolares.

En tercer lugar se queja por la procedencia del reclamo sobre las horas extras, argumentando que la realidad demuestra que nadie trabaja más de un mes sin exigir puntualmente el pago del exceso en la jornada legal. Traslado es respondido por la actora a fs. 178/179 en los términos que surgen de tal pieza procesal.

Que preliminarmente ingresaré en el análisis del escrito de expresión de agravios formulado por las partes, evaluando si cumplen 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 responden a aquellas pautas, habilitando su tratamiento, sin perjuicio de algunas consideraciones que formularé en torno a lo expresado por la demandada.

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 este sentido "No es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio" (cfr. "Dos Arroyos SCA vs Dirección Nacional de Vialidad (DNV) s Revocación y nulidad de resoluciones"; Corte Suprema de Justicia de la Nación; 08-08-1989; Base de Datos de Jurisprudencia de la CSJN; RCJ 102597/09)...".

Ahora bien dicho lo anterior comenzaré por el estudio de los agravios vertidos por la actora, tratando en este aspecto el primero de ellos y el tercero de la demandada en forma conjunta pues ambos se quejan en relación al reclamo sobre las horas extras.

La accionante sostiene que la sentencia no ha valorado la prueba producida para la procedencia de las horas extras trabajadas los fines de semana. En la demanda reclama por este rubro la cantidad de 720 horas al 100% por un total \$198.096, y la sentencia reconoce sólo 160 horas correspondientes a los días sábados por el importe que consigna en la liquidación.

II.- Por su parte la demandada, sostiene que no existen horas extras impagas, con un argumento que no merece réplica por la ausencia total y absoluta de crítica concreta que permita avanzar sobre su estudio. "...El escrito de expresión de agravios debe contener una crítica razonada y concreta de las argumentaciones efectuadas por el juez "a quo", no siendo suficiente la repetición de argumentos, el disenso con el juzgador, ni las afirmaciones genéricas sobre la procedencia de sus planteos sin concretar pormenorizadamente los errores, desaciertos, omisiones en que aquél habría



incurrido respecto a las valoraciones de los antecedentes y el derecho aplicado. Los agravios, en suma, deben consistir en una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas, no bastando, a tal fin, efectuar discrepancias con el contenido y fundamentos de la sentencia que el recurrente entienda equivocados. Debe ser precisa, expresando con claridad y corrección, de manera ordenada, porque la sentencia no es justa y los motivos de la disconformidad, indicando cómo el juez ha valorado mal la prueba, omitido alguna que pueda ser decisiva, aplicado erróneamente la ley, o dejado de decidir cuestiones planteadas. Debe, el litigante, expresar, poner de manifiesto, mostrar, lo más objetiva y sencillamente posible, los agravios. No puede menos que exigirse que quien intenta la revisión de un fallo diga porqué esa decisión judicial no lo conforma, poniendo de resalto lo que considere errores de hecho o de derecho, omisiones, defectos, vicios o excesos, pues al proceder así cumple con los deberes de colaboración y de respeto a la justicia y al adversario, facilitando al tribunal de alzada el examen de la sentencia sometida a recurso, y delimita el ámbito de su reclamo..."(Tayaquí José Abraham en representación de su hijo Jahaziel Amín Emanuel Tayagüí vs. Instituto Provincial de Salud de Salta s. Amparo /// Corte de Justicia, Salta; 30-abr-2013; Rubinzal Online; RC J 14868/13).

III.- Debo adelantar que el agravio no puede prosperar, no sólo porque la requirente no se hace cargo de los argumentos sostenidos por el juez en torno a esta cuestión, sino porque del análisis integral de la prueba incorporada al proceso, no encuentro mérito para apartarme del resultado contenido en la sentencia cuestionada.

En efecto, ninguno de los testigos que depusieron en la causa han logrado acercar con el margen de certeza requerido los extremos sostenidos por la demandante en este punto, sólo Sergio Nervi a fs. 84/85, efectúa una referencia a labores durante los días domingos, sin ninguna precisión en torno a los servicios que cumplía eventualmente, como al tiempo en que se desarrollaba la prestación, y, en nada ayuda la actora dada la exorbitante inclusión que efectúa al momento de la liquidación del reclamo. En este sentido "...cabe señalar que en los supuestos en que se pretende el cobro de créditos laborales por la extensión de la jornada de trabajo cabe exigir prueba fehaciente de la existencia de tales prestaciones (CSJ Nación, sent. del 22/10/91, "Blanco c/ Barce Mazzarella y Cía SRL), que debe ser categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial generalizada e imprecisa (CNTr, sala VIII, sent. del 22-4-92, "Retamoso c/ La Rioja 45 SRL)(cfr. Rubinzal online cita RC J 159/04). "Las horas extraordinarias, por su misma naturaleza constituyen actividad probatoria del subordinado y su prueba debe ser asertiva, definitiva, sin dejar lugar a dudas". (CNTr Rosario, Sala II-agosto 28-979 Z, 20-417) "Aún cuando la empleadora no haya llevado el libro de registro de horas extras, la prueba de la misma a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva, en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales y ajenas al desenvolvimiento común del contrato individual del trabajo" (CTrab. Rosario, Sala I, abril 30-980, en LL 981-254) (CAZ SC RSD 91/07).

IV.- En relación al segundo agravio, requiriendo la aplicación de la sanción prevista por el art. 275 de la LCT, tampoco puede prosperar, no sólo porque la parte no lo reclamó en el origen y por ello no fue materia de contradicción, no pudiendo en esta oportunidad procesal avanzar sobre tal cuestionamiento, en franca colusión con la garantía de defensa en juicio, sino porque además, "...Para aplicar la sanción máxima por temeridad y malicia, es necesario proceder con prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer a la sola circunstancia de que las acciones y defensas hayan sido desestimadas, ni que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello podría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio...". (Cfr. Ley de Contrato de Trabajo comentada y concordada-Antonio Vázquez Vialard-tomo III, pág. 637).

V.- Que ingresando en el análisis del resto de los agravios de la demandada, adelanto opinión negativa a su procedencia.

VI.- En relación al primero de ellos referido a las comunicaciones epistolares, asiste razón en torno a la ausencia de prueba que acredite la recepción por parte de la demandada, sin embargo de una rápida lectura de la contestación de demanda y particularmente de la misiva que obra a fs. 8, expresamente reconocida por la accionada en la expresión de agravios, surge indubitable que las comunicaciones fueron recibidas. Así en la fotocopia que obra a fs. 3, el trabajador indica su fecha de ingreso; a fs. 7 obra fotocopia de la carta documento remitida, según sello postal, el 29



de octubre del 2012 en cuya virtud, sin precisar fecha de ingreso, intima el pago de la planilla de liquidación. Esta es respondida por el empleador, fotocopia de fs. 8, donde textualmente consigna, entre otras cosas "... niego y rechazo la fecha de ingreso señalada...". Demás está decir que esta circunstancia aduna el convencimiento en relación a la recepción, cuanto menos de la misiva obrante a fs. 3. Lo dicho echa por tierra el débil argumento esgrimido.

VII.- En torno al segundo agravio, no resiste el menor análisis. Pretende cuestionar al magistrado, por su ausencia de consideración en orden al principio de congruencia, argumentando en apoyo de tal postura que "...contempla en la liquidación final, montos que no han sido parte de los reclamos epistolares...".

Sin perjuicio de la deserción de este agravio por notable ausencia de crítica, conforme lo indica la norma de rito "...Entre los requisitos formales de admisión del recurso de apelación, figura el memorial de agravios, el cual debe contener una razonada y objetiva tarea crítica de todos y cada uno de los fundamentos de la resolución atacada y sobremanera de aquellos que por su carácter de decisivos sirven de basamento al pronunciamiento. Tal memorial debe ser además autosuficiente con un análisis en el cual se demuestren acabadamente los errores y vicios de la sentencia impugnada. Si la crítica esgrimida por la recurrente se reduce a meras discrepancias o afirmaciones genéricas que no destruyen el raciocinio del a quo, resulta evidente que la expresión de agravios no satisface el mínimo de los requisitos que se exige para su tratamiento...". (López de Morante, Olga Beatriz vs. Consejo General de Educación y/u otros s. Acción de amparo /// Superior Tribunal de Justicia, Santiago del Estero; 15-dic-1998; Secretaría de Información Jurídica del Poder Judicial de Santiago del Estero; RC J 6578/11), yerra el requirente en su interpretación en torno al principio de congruenci. (cfr., art. 163 inc 6° del CPCC).

En aquel sentido se ha dicho "...Al respecto, cabe recordar que si bien es cierto que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis es un punto excluido como regla del recurso extraordinario por constituir una materia propia de los jueces de la causa (Fallos, 270:162; 271:402; 276:111, etc.), tal principio no rige cuando lo decidido signifique un apartamiento de las pretensiones enunciadas al trabarse el diferendo, a través de la incorporación de temas no introducidos oportunamente por las partes en el pleito (Fallos, 239:442; 252:13; 255:237, entre otros), regla que no puede cohonestarse mediante la invocación del principio iura novit curia cuando éste excede el ámbito de lo que le es propio (Fallos, 256:529; 261:284; 263:335; 288:21; 300:1015, etc.), como ocurre cuando se procede "a la admisión de defensas no esgrimidas en debida forma" (vide Fallos: 300:1015; 304:567; 306:1271; 310:1753; 312:2504; 313:228; 315:103; 317:177; 325:162 y 812), de suerte tal que se modifiquen los elementos de la demanda o de la oposición, con la consiguiente lesión del derecho de defensa (Fallos, 306:1993; 307:1487; 314:1175) (González, Lucio Atilio vs. Verra, Elida G. de e Hijos S.H. y/u otro s. Laboral - Recurso de inconstitucionalidad /// Corte Suprema de Justicia, Santa Fe; 02-mar-2010; Rubinzal Online; RC J 10686/12). "... En ese sentido, este Tribunal ha declarado que el principio de congruencia postula conducir el pleito en términos de razonable equilibrio dentro de la bilateralidad del contradictorio, e importa que la sentencia se muestre atenta a la pretensión jurídica que forma el contenido de la disputa, resultando violado cuando el fallo valora y decide sobre circunstancias ajenas a la forma en que ha sido planteado el reclamo (conf. arts. 18, Const. nac.; 163 inc. 6, CPCC y 47 de la Ley 11653; causas L. 86587, "Zaccardi", sent. del 21-VI-2006; L. 85.547, "Maldonado", sent. del 14-IV-2004; L. 71273, "Cosatti", sent. del 4-IV-2001; entre otras). En consecuencia, viola los arts. 163 inc. 6 del Código Procesal Civil y Comercial y 47 de la ley procesal laboral el fallo que -como el aquí examinado-, al introducir de oficio una cuestión no articulada, se aparta del objeto de litigio determinado por la demanda y contestación, quebrantando de ese modo la igualdad, bilateralidad y equilibrio procesal tutelados por el principio de congruencia (conf. L. 102.190, "G., S.", sent. del 18-V-2011; L. 55.838, "Domínguez", sent. del 4-XI-1997; L. 56.208, "Agüero", sent. del 2-VII-1996; L. 49.874, "Lotto", sent. del 21-IX-1993).

Dicho lo anterior ninguna duda cabe sobre el yerro del requirente, que tampoco fuera introducida como cuestión litigiosa al contestar la demanda, pues el "aquo" se ha limitado a resolver sobre los puntos propuestos, sin suplir las pretensiones de las partes, desechando aquellos rubros que no fueran acreditados, y haciendo procedentes los probados, sobre los cuales no ha mediado crítica alguna de la parte, llegando firmes a la Alzada, "...Cabe recordar que el juez no puede modificar los presupuestos fácticos del litigio, ni alterar la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito, vulneraría el principio de congruencia afectando en definitiva



la garantía del debido proceso. Sin embargo, no debe confundirse este vicio -incongruencia por extra petición- con la facultad discrecional y legítima que posee el juez laboral de desentrañar la verdad real, dentro de los elementos de prueba arimados al proceso y de las concretas pretensiones de las partes". (Ubelhartt Raúl Horacio vs. BBVA Francés SA s.Cobro de pesos///Corte de Justicia de Catamarca; Rubinzal Online RC J 10176/11).

En consecuencia y conforme lo dicho propongo al Acuerdo:

- 1.- Confirmar la sentencia en todo lo que fuera motivo de agravios.
- 2.- Costas por su orden conforme el resultado de los recursos (art 71 del CPCC de aplicación supletoria)
- 3.- Diferir la regulación de honorarios hasta la etapa procesal correspondiente (art. 15 ley 1594).

Mi voto.

A su turno, la Dra. Dra. Alejandra Barroso dijo:

I.- Que voy a disentir parcialmente con los fundamentos y solución propiciada en el voto que me precede, dando mis razones.

II.- Ingresaré al análisis de los agravios vertidos, consignando en forma preliminar que, al igual que mi colega, considero que, aún con deficiencias, las quejas cumplen con el requisito del art. 265 del CPCC.

III.- Horas extras:

Con relación a las horas extras, y como ya lo he expresado en otros precedentes de esta misma Sala, he de reiterar mi posición en orden a los criterios para abordar su valoración probatoria, la cual no coincide con la postura de mi colega de Sala, ni con la expresada en la sentencia por el a quo, señalando que adhiero a la postura amplia y no restrictiva en este aspecto.

Brevemente he de consignar los argumentos expresados por Fernández Madrid (entre otros): "...En principio la prueba del trabajo extraordinario está sujeto a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de las horas extraordinarias acreditar los hechos que las justifican... no existe norma jurídica que imponga que las horas extras deben acreditarse con otros medios que no sean los previstos por la legislación para el resto de los hechos litigiosos..."

Con cita de Oscar Ermida Uriarte, el citado autor expresa: "...esa posición restrictiva no tiene justificación teórica ni práctica. Más aún, en la actualidad, en que es un "hecho notorio" que la mayor parte de los trabajadores trabajan horas extras más allá del límite legalmente autorizado, el examen restrictivo de la prueba de estas horas adolece, además, de desconocimiento de la realidad..." (conf. Fernandez Madrid, Juan Carlos; Tratado práctico de derecho del trabajo; Tomo II, Ed. La Ley, págs. 1615/1617).

Esta es igualmente la postura al respecto de la Sala I de la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de la I Circunscripción Judicial, tal como resulta de autos "MEDINA ANA LAURA C/ CRUCERO DEL NORTE S.R.L. S/ COBRO DE HABERES", voto de los Dres. Federico Gigena Basombrió y Patricia Clerici, Ac. 229/11, sentencia de fecha 13/12/11, en donde se sostuvo que: "...La prueba del trabajo extraordinario está sujeta a las reglas comunes y le corresponde al trabajador que reclama el pago de horas extras acreditar los hechos que las justifican, siendo válidos todos los medios de prueba, que tendrán distinto valor de acuerdo con las circunstancias del caso (cfr. Fernández Madrid, Juan Carlos, "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. II, pág. 1615). Esta prueba debe ser categórica y convincente (cfr. CNAT, Sala I, 6/10/1994, "Puerto c/ Editorial Sineret, DT 1995-A, pág. 1016; ídem., Sala II, 28/2/1994, "Pérez c/ Meip Ingeniería", Dt 1994-A, pág. 727; ídem., Sala VIII, 30/7/1993, "Sosa c/ Frigorífico Minguillón", DT 1994-B, pág. 1196)."

"Consecuentemente, puede acreditarse la realización de horas extraordinarias mediante testigos, no siendo imprescindible que se diligencie prueba pericial.

Jurisprudencialmente se ha dicho que "el trabajo realizado en horas suplementarias, como dato de la realidad, puede ser demostrado por cualquier medio de prueba, presunciones y testigos incluidos" (cfr. CNAT, Sala VI, 7/6/1996, "Romano c/ Rampello", DT 1996-B, pág. 2099) y que "el trabajo en horas suplementarias, por su naturaleza, suele ser el que mayores dificultades ofrece a los trabajadores para su acreditación, toda vez que las constancias registrales están a cargo de la empleadora y sólo les resta a aquéllos, valerse de testigos. Por ello no corresponde exigir mayor rigor probatorio para las horas extras, toda vez que siendo un hecho litigioso más, rigen las reglas procesales aplicables al



resto de los hechos que integran la litis" (cfr. CNAT, Sala IV, 18/4/1996, "Ríos c/ Edelín", cit. por Fernández Madrid, Juan C., op. cit., pág. 1616)..."

En el mismo sentido la doctrina destaca que ha habido "... una marcada evolución de la jurisprudencia, en donde en un inicio se exigía una prueba calificada, hasta llegar a la actualidad, en la que prevalecen los principios básicos del Derecho del Trabajo y sobre todo la Constitución Nacional (art. 14 bis) y los tratados internacionales." (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 354).

Se afirma que en los años 90, privilegiando la flexibilización laboral sobre los derechos de los trabajadores, la CSJN se inclinó por considerar que la jornada en exceso era un supuesto de excepción que requería prueba fehaciente, sin embargo y, contrariamente "... hoy en día podemos orgullosamente decir que la realidad jurisprudencial ha variado, esencialmente con la renovación de los tribunales y por un mayor reconocimiento de los derechos sociales, principalmente con la aplicación de los tratados internacionales y de la humanización de las potestades de los trabajadores..." (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 354/355).

En este sentido se ha expresado que: "... No existe norma legal alguna que establezca que la valoración de la prueba del cumplimiento de labores durante tiempo extraordinario deba ser realizado con mayor estrictez, o que la convicción que arroje la prueba producida deba ser más contundente que la necesaria para administrar cualquier otro hecho litigioso. En otras palabras, el horario puede ser probado por cualquiera de los medios de prueba expresa o implícitamente admitidos por la ley y la valoración de la prueba debe ser realizada conforme los principios de la sana crítica, como dispone el art. 386, CPCCN"... (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 363, con cita de CNAT, Sala X, 13/3/2006, "Ramírez, Mariano Gastón c/ Password S.A. y otros").

La SCBA también ha actualizado su criterio en el mismo sentido, remitiéndome, en homenaje a la brevedad, a los fundamentos expuestos en precedentes recientes como: "Capris, Eduardo Omar c/ Nuncio De Rosa S.R.L. Despido", L. 113.518, sentencia de fecha 29 de octubre de 2014 y "Lopez, Juan Isamel Osvaldo c/ Ardapez S.A. s/ despido", L 99.688, sentencia de fecha 22 de febrero de 2012.

También la CNAT en los precedentes "Kolmaier, Rael c/ Derudder S.R.L. s/ diferencias de salarios", expte. 13.817/99, Sala II, 14/5/2007; "Rodríguez Ayquipa, Carlos c/ Bolzonella, Carlos y otro s/ despido", expte. 6071/06, Sala II, 28/12/2006; entre otros. (citados en: De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 362).

Con estas breves citas y en estos términos, se puede afirmar sin hesitación que lejos está de ser uniforme el criterio jurisprudencial que enarbola el a quo tal como afirma en su sentencia; e incluso, no puedo dejar de señalar que, en forma autocontradictoria, funda expresamente su decisión en el precedente CAPRIS de la SCBA, en el cual, por el contrario, se aplican las presunciones legales (procesales) relativas a la veracidad de las afirmaciones del trabajador cuando el empleador no cumple con la carga de registración (conf. fs. 160).

a) En el marco de estas premisas he de considerar en primer lugar el tercer agravio de la demandada. En cuanto cuestiona la jornada de trabajo y las horas suplementarias reconocidas en la sentencia.

En su decisorio, el sentenciante tuvo por probado, conforme la valoración de la prueba que realiza, una jornada de trabajo de Lunes a Viernes de 12.30 a 20.00 hs. y los sábados de 09.00 a 13.00 hs., así como también tuvo por acreditadas la realización de 4 horas suplementarias los días sábados de 16.00 a 20.00 hs.

En su queja, el demandado no realiza una crítica concreta y razonada de la apreciación realizada en la sentencia en crisis, limitándose a remitirse a los dichos del testigo Nervi, en cuanto a la jornada común, sin hacerse cargo de los restantes testimonios valorados ni de lo expresado por dicho testigo en cuanto no manifestó que el actor "retomaba a las 17"; además, el mencionado, afirmó que sólo compartía con el actor unas horas a la tarde; y, al preguntársele sobre la carga horaria destacó que "... Es difícil en horas exactas no se puede... cantidad de horas no podría decir..." (fs. 84/85). A estar a la prueba apreciada, el sentenciante ha tenido por cierta la jornada de trabajo denunciada por el actor en su demanda, lo cual considero correcto, sin que la parte demandada haya ofrecido prueba que demostrase lo contrario, sino que fundó su defensa en la negativa de la relación laboral.

Con relación a las horas suplementarias, en su expresión de agravios reconoce que las horas extras pueden existir, pero que claramente se pagan, por lo tanto no estarían impagas, lo cual no resiste el mínimo análisis y no fue la postura



asumida al contestar demanda, oportunidad en la cual desconoció el vínculo laboral.

Asimismo, cabe recordarle al quejoso lo dispuesto por el art. 58 de la LCT que impide admitir presunciones en contra del trabajador derivadas de su silencio, o de cualquier otro modo que no sea un comportamiento inequívoco, y aún así, he de agregar, cabe respetar el principio de irrenunciabilidad y el orden público laboral que impone normas inderogables aún para la voluntad de las partes.

Por estas razones el agravio no puede prosperar.

b) Sentado lo anterior, he de ingresar al cuestionamiento de la actora en orden a las horas extras expuesto en su primer agravio.

Conforme propongo resolver la crítica de la demandada, tengo que llega firme a esta instancia que el actor ha logrado acreditar que su jornada de trabajo excedía la jornada legal.

Queda por establecer la extensión de dicha jornada, siendo que el actor sólo reconoció 4 horas suplementarias los días sábados de 16.00 a 20.00 hs., mientras que el recurrente estima que deben reconocerse también las horas suplementarias trabajadas los días domingo.

En su demanda el actor denuncia que trabajaba los días domingos de 11.00 hs. hasta, en algunas ocasiones, las 02.00 hs. de la madrugada.

Efectuada una minuciosa valoración de la prueba testimonial rendida, en el marco teórico de análisis desarrollado precedentemente en forma preliminar, considero que el agravio debe ser admitido dado que entiendo que el actor ha logrado acreditar la realización de tareas los días domingo.

En este aspecto, el testigo Pacheco (fs. 79/79 vta.), declaró que el actor daba los turnos para los torneos de fútbol que se realizaban en el lugar los fines de semana y que lo veía a cargo de la organización de los torneos o era la persona al frente de los partidos y los horarios.

El testigo Nervi (fs. 84/85), por su parte, afirmó que en el club donde se desempeñaba el actor este organizaba los torneos que "eran mayormente los fines de semana, todo el día, llevaba desde las 9 más o menos hasta la última hora, siete de la tarde.... El torneo nos llevaba sábados y domingos..." y más adelante expresó que había cumpleaños y torneos y que "...prácticamente era todos los fines de semana...".

Por su parte el testigo Lemeillet (fs. 81) en su declaración no alcanza a desvirtuar los testimonios precedentes, en tanto sólo afirma no recordar si el actor trabajaba los domingos, que no es lo mismo que negarlo.

Es decir que el actor realizaba tareas para los torneos y cumpleaños que se realizaban en el club los fines de semana, y entiendo que en esta locución está incluido el domingo, porque el domingo integra el fin de semana. Además expresamente el testigo Nervi declaró que los torneos, al menos, se realizaban los sábados y domingo, casi todos los fines de semana y desde las 09.00 hs.

Hasta las 19.00 hs. de la tarde, siendo su testimonio, en este aspecto suficientemente preciso en cuanto al tipo de tareas, días que se realizaban, y hasta su extensión horaria.

En este punto, me detengo para realizar alguna consideración en torno a la prueba que se requiere no ya para acreditar la realización de una jornada en exceso de la legal, sin para demostrar la extensión de dicha jornada.

En esta cuestión, participo del criterio que entiende que, si el trabajador consigue demostrar que su trabajo se efectuaba por encima de la jornada legal, cabe considerar el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones del empleador en cuanto a registrar los mismos en los asientos tipificados por el art. 6 de la ley 11.544, y, en su caso, tenerlas por ciertas (en su extensión), en tanto la estimación realizada en la demanda resulte creíble o verosímil y no visiblemente exagerada y tampoco se encuentre controvertida por la prueba producida.

No desconozco que existen otras posturas, pero entiendo que la normativa impone obligaciones al empleador, entre ellas el registro del art. 6 que resulta un medio idóneo para demostrar la extensión de una jornada extraordinaria, aunque previamente el trabajador debe demostrar la prestación por encima de los límites normativos, para hacer operativa la obligación impuesta al empleador.(conf. De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 360).

En este sentido se sostiene que: "...Encontrándose acreditado el cumplimiento de tareas en tiempo suplementario, la



demandada estaba obligada a llevar un registro especial en el que constara el trabajo prestado en horas extraordinarias (conf. art. 8 del Convenio 1 de la OIT, art. 11, punto 2 del Convenio 30 de la OIT, ambos ratificados y de jerarquía supralegal conforme art. 75 inc. 22, Const. Nac., receptados en el art. 6, ley 11.544, y art. 21 dec. 16.115/33), y 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, incs. g y h, y art. 55, LCT)." (De Manuele, Abel Nicolás, Frem, Gabriel; Jornada de Trabajo y Descansos..., pág. 360; con cita de CNAT, Sala VI, 15/4/2009, "Moscoso, María Laura c/ Anuntis Segundamano Argentina S.A. s/ despido", expte. 36.398/07, SD 61.304).

Por estos fundamentos, y valorando los testimonios rendidos, entiendo que corresponde hacer lugar al agravio de la actora, determinando que el actor cumplía horas suplementarias los días domingos de 09.00 a 19.00 hs., esto es 10 horas, todos los fines de semana, las que deben calcularse al 100% y durante el periodo no prescripto conforme se calcularan las horas suplementarias de los días sábados y que llega firme a esta Alzada.

En total, corresponde computar 400 horas extras los días domingo, calculándose conforme los parámetros de la liquidación practicada en la sentencia, que no han merecido reparos, por lo cual, este rubro habrá de prosperar por la suma de \$ 13.752,00, a abonar en el plazo y con más el interés moratorio establecido en la sentencia, circunstancias que llegan firmes.

IV.- Seguidamente, y por una cuestión de orden lógico, he de ingresar al tratamiento del primer agravio de la demandada, en cuanto cuestiona la autenticidad y recepción de las comunicaciones epistolares remitidas por el actor.

Concretamente afirma que negó, en la contestación de demanda, la recepción de las misivas enviadas por el actor de fechas 3, 11 y 20 de agosto afirmando que las mismas jamás llegaron a destino.

El despido es un acto jurídico unilateral y recepticio, aún el despido indirecto. Esto quiere decir que la comunicación (del despido) debe llegar a conocimiento del empleador a fin de tenerlo por configurado o perfeccionado.

Esta Sala I ya ha tenido oportunidad de expedirse al respecto en el Acuerdo N° 47, año 2015, del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de SMA, en autos "FLORES BELEN DEL CARMEN C/ GEREZ INES MARIA S/ DESPIDO DIRECTO POR OTRAS CAUSALES" (Expte. JJUCI1 Nro.: 36270, Año: 2014), en el cual se expresó que: "...El despido, como es sabido, es un acto jurídico unilateral y recepticio que produce plenos efectos extintivos de la relación de trabajo, ya sea por voluntad del empleador o por voluntad del trabajador. Se perfecciona o cobra eficacia a partir del momento en que entra en la esfera de conocimiento del otro, del destinatario, y puede ser inmotivado. En este sentido se ha expresado que "la declaración de voluntad reviste carácter recepticio porque ella se perfecciona e integra y adquiere relevancia y sentido jurídico pleno, cuando en cumplimiento de su función comunicativa llega a la esfera jurídica del destinatario" (conf. Ackerman, Mario E. y otro; Extinción de la relación laboral, Extinción por iniciativa del empleador por Silvia E. Pinto Varela, pág. 271 vta. y 325 y sig., con cita de Monzón)."

"Al ser recepticia, la declaración de voluntad se emite para llegar al destinatario, pero para que sea eficaz, no basta con que se emita, sino que debe llegar a su conocimiento, por ello cobra virtualidad la que llegue en primer término...".

Asimismo, la Sala II de este mismo Cuerpo se ha pronunciado en idénticos términos en autos: "Iral, Caniullan, Mercedes Isabel c/ Marines, Julio César y otro s/ despido indirecto por falta de registración o consignación errónea de datos en recibo de haberes", (Expte. Nro.: 38611, Año: 2014), sentencia del 27 de octubre de 2015, a cuyos fundamentos me remito en honor a la brevedad.

Yendo al análisis de este caso concreto, se puede apreciar que el actor acompaña prueba documental del intercambio telegráfico entre las partes (fs. 3/8), las cuales resultan ser copias, entre ellas, a fs. 6, acompaña la misiva por la cual el actor hace efectivo el apercibimiento dispuesto y se considera injuriado y despedido por culpa de su empleadora, atento el silencio ante sus anteriores intimaciones, remitida con fecha 20 de agosto de 2011.

El actor en su demanda considera como fecha del despido indirecto la fecha de remisión de este telegrama, y no refiere nada ni indica la fecha de recepción de esta comunicación rupturista.



Por su parte, el demandado al contestar demanda expresa: "Niego y rechazo el total de la documental agregada", y luego realiza negativas particulares de las cuales no resulta que haya cumplido con lo dispuesto por el art. 356 CPCC, de aplicación supletoria, en cuanto a la carga que tenía de reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados y la recepción de las cartas y telegramas a él dirigidos, cuyas copias se acompañaron.

En cuanto a la documentación, que es motivo de la queja del recurrente, ante una negativa meramente general, han de tenerse por reconocidos y recibidos los documentos acompañados.

Cabe poner de resalto también que el apelante no negó en forma contundente, al contestar demanda, haber recibido el telegrama que comunicaba el despido de fecha 20 de agosto de 2011, lo cual torna procedente la aplicación de la norma citada y corresponde tenerla por reconocida y recibida, al igual que los restantes telegramas acompañados por el actor.

Por otro lado, esto fue lo decidido por el a quo en el auto de apertura a prueba, al no hacer lugar a la prueba informativa al Correo ofrecida por ambas partes por innecesaria (conf. fs. 49/49 vta.), decisión que llega firme al no haber sido motivo de cuestionamiento por ninguna de las partes.

Por estas consideraciones, el agravio introducido en esta instancia no puede prosperar, siendo que han de tenerse por reconocidas y recibidas los telegramas y cartas documento acompañadas con la demanda y que se le atribuyeran, debiendo confirmarse la sentencia en este punto, por mis fundamentos.

V.- Con relación al segundo agravio de la demandada en orden a la violación del principio de congruencia, he de adherir a los fundamentos y solución propiciada en el voto precedente, por compartírtelos.

VI.- Finalmente, he de tratar el segundo agravio interpuesto por la actora con respecto a la aplicación de la sanción prevista en el art. 275 de la LCT, que fuera requerida por esa parte al alegar de bien probado (fs. 152).

En esta cuestión invoca lo dispuesto por el art. 9 de la ley 25.013 que dispuso: "En caso de falta de pago en término y sin causa justificada por parte del empleador, de la indemnización por despido incausado..., se presumirá la existencia de la conducta temeraria y maliciosa contemplada en el art. 275 de la Ley 20.744 (t.o. 1976)".

En estos términos, voy a compartir la solución que propicia mi colega, en tanto esta cuestión, fue introducida a la decisión de la instancia anterior en forma tardía e improcedente (en el alegato), lo cual impide su consideración en esta Alzada.

VII.- Con relación a las costas de esta instancia, teniendo en cuenta la forma en que propicio se resuelvan los agravios, he de imponerlas a la demandada en su condición de vencida sustancialmente (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria), difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno, de conformidad con lo dispuesto en el art. 15 de la LA.

VIII.- Por todo lo expuesto, he de proponer al Acuerdo:

a) Revocar parcialmente el decisorio apelado debiendo adicionarse al monto de condena la suma de pesos trece mil setecientos cincuenta y dos (\$13.752,00) en concepto de horas extras realizadas los días domingo.

b) Imponer las costas de esta instancia al demandado en su condición de vencido (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria).-

c) Diferir la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (art. 15 LA).

Mi voto.

Luego el Dr. Dardo Walter Troncoso dijo:

Tiene dicho la doctrina que las horas extras son aquellas cumplidas por el trabajador bajo relación de dependencia en exceso a la jornada laboral, circunstancia por la cual y teniendo en cuenta el período en que se realizan, el empleador debe abonar las mismas con el recargo correspondiente, pues el artículo 203 de la LCT establece como principio general que el trabajador no está obligado a prestar servicios en horas suplementarias, salvo casos excepcionales (Grisólia, Julio Armando, "Derecho del Trabajo", Ed. Lexis Nexis, Pág. 429).

En cuanto a su prueba, integrando la antigua Cámara Multifueros de Cutral Có, he vertido opinión en el sentido de que la misma debe ser precisa y certera, estando en cabeza de quien alegue dicha circunstancia el deber de probar su



realización (ver autos: "Maluenda, Silvia Raquel c/ Rima S.R.L. y otro s/ Despido y cobro de haberes", Expte. Nro.: 298, Folio: 46, Año: 2.008).

Asimismo, se ha dicho que: "Discutiéndose el trabajo efectuado en horas extraordinarias, la demostración de su realización corresponde al dependiente, rigiendo las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba" (SCBA, L 37003, S, 24-2-1987, López Pereira, José c/ El Sol Estibajes S.R.L s/ Despido, AyS 1987-I, 176 - TSS 1987, 1092); idem SCBA, L 72119, S, 19-2-2002, Dure, Nancy Liliana c/ Curtarsa S.A.I.C. s/ Despido); "Discutiéndose el trabajo en horas suplementarias, rigen las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba" (SCBA, L 39407, S, 6-12-1988, Vera, Elsa María c/ Alonso, Jorge s/ Despido, AyS 1988-IV, 507; SCBA, L 72260, S, 16-5-2001, Debon, Mario G. c/ O.C.A.S.A. s/ Indemnización por despido, DJBA 161, 29); "Cuando lo que se discute es la causa misma de la obligación esto es el trabajo extraordinario que se invoca, y es negado por la accionada, rigen las normas procesales que imponen a quien afirma la carga de la prueba (Art. 375, C.P.C.C.)" (SCBA, L 47492, S, 3-12-1991, Peralta, Raúl A. y otros c/ Crostan, Martín E. y otro s/ Salarios, AyS 1991-IV, 367).

Es que: "...a los fines de demostrar la efectiva prestación de servicios por sobre la jornada laboral, reiteradamente se ha dicho que, cuando, como en el caso, se pretende probar el cumplimiento de un horario extraordinario sólo por testigos, éstos deben ser particularmente precisos y concordantes de modo tal, que no dejen dudas. De lo que se trata es de exigir, en esta materia, un especial rigor, de modo tal que no aparezcan situaciones dudosas, sino ciertas y convincentes" (Autos: "Viera Adela O. c/ Riccio Enrique E. y otra- Dif. salariales y otros", L.S.16/10/96, entre otros). Ello no es más que la aplicación del criterio que impone al actor -en casos analógicos a esta cuestión-, la carga de arrimar prueba exhaustiva y fehaciente (Conf. STJER, autos: "Caire E. c/ Minetto Jorge y otros", 27/07/95), tal como se ha sostenido por la antigua cámara Multifueros de Cutral Có en autos "MONSALVEZ, ELBA CIRIA C/ VANOLI & DURAND S.R.L. S/ DESPIDO", (Expte. Nro.: 421, Folio: 65, Año: 2.009) entre otros.

Con estas consideraciones, es que adhiero al voto de la Vocal Dra. Calaccio
Así Voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citadas, y a la legislación aplicable, la Sala I de esta Cámara Provincial de Apelaciones;

RESUELVE:

I.- Rechazar los recursos interpuestos respectivamente por las partes actora y demandada, y en consecuencia, confirmar la sentencia de fecha 11 de Junio de 2015 obrante a fs. 155/163 y vta. en todo lo que fuera motivo de agravios, imponiendo las costas de alzada por su orden conforme el resultado de los recursos (art. 71 del CPCC de aplicación supletoria).

II.- Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta el momento en que se encuentren fijados los de la instancia de origen.

III.- REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE y oportunamente, vuelvan los obrados al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso - Dr. Dardo Walter Troncoso

Registro de Sentencias Definitivas N° 82/2015

Dra. Victoria Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S. A. S/ ACCION CONFESORIA" - 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.: 26568/2010) – Acuerdo: 84/15 – Fecha: 11/12/2015



DERECHO CIVIL: Derechos reales.

SERVIDUMBRE DE PASO. LEY APLICABLE. DEFENSA EN JUICIO. ACCION CONFESORIA. TRAZA. CUESTIONES DE HECHO Y PRUEBA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA.

1.- Que el actor tenga acción contra estos terceros con fundamento en el art. 3073 del anterior CC, y los reclamos que eventualmente pudieren surgir en cuanto a otras servidumbres podrían tener distinto fundamento legal, o incluso contractual, pero en definitiva, el fundo del actor tiene salida al camino público través del inmueble de la demandada en los términos del art. 3073 del CC, ya que el fundo de la demandada tiene salida al camino público, conforme resulta de los planos. la constitución de la servidumbre legal de tránsito debe quedar regida por el anterior CC, bajo cuyo amparo se constituyó, ya que lo contrario implicaría conferirle a la nueva normativa del CCC (que no contempla la situación concreta del art. 3073 del CC), un efecto retroactivo vedado por la ley, además de afectar derechos amparados constitucionalmente.

2.- No se ha visto perjudicada la defensa en juicio de la demandada, quien en todo momento ejerció ampliamente su derecho, ofreciendo prueba y haciéndose escuchar, afirmando en forma categórica incluso en esta instancia, que no existía una servidumbre.

3.- En el presente caso, el actor inició una acción confesoria alegando la turbación de una servidumbre de paso; por su parte la demandada en su contestación negó la existencia de esta servidumbre de paso; por lo tanto, y de conformidad con lo que surge literalmente del art. 2798 del CC de Vélez Sársfield, vigente a la fecha de interposición de la demanda y a la fecha de la sentencia, el actor debía probar su derecho sobre el inmueble dominante (que no fue objeto de controversia) y, en este caso, al ser un hecho controvertido, la servidumbre activa que alegaba.

4.- La existencia o inexistencia de la servidumbre es una cuestión que se impone sea debatida en la acción confesoria cuando, como en el presente caso, la misma es desconocida por la demandada, por lo cual no advierto que sea incorrecta la vía elegida. Es más, el primer análisis que debe realizarse es sobre la existencia o no de la misma, para luego, en su caso, analizar el hecho de la turbación o impedimento en su ejercicio. Obviamente, si no se demostrase la existencia de la servidumbre, técnicamente correspondería el rechazo de la demanda, lo cual es una cuestión probatoria.

5.- El apelante se limita a reiterar las argumentaciones vertidas en la contestación de demanda, sin refutar los extensos razonamientos del decisorio y la valoración probatoria efectuada al respecto con relación al reconocimiento de la demandada y



los títulos acompañados que dan cuenta de la escisión, fraccionamiento o enajenación del inmueble del actor el que resultara separado del resto de la propiedad que luego fue vendida a la demandada, elementos que lo conducen a declarar la existencia de una servidumbre real, perpetua y legal de tránsito en los términos de los arts. 3005, 3006, 3009 y 3073 del CC vigente en ese momento; aclarando seguidamente en qué forma queda constituida la servidumbre que contempla el artículo mencionado, que es un supuesto especial y por ende no corresponde otorgar ni conceder ninguna servidumbre porque la norma la presume concedida, de todo lo cual, como dije, no se hace cargo el recurrente.

6.- Si bien es cierto que finalmente la sentencia ha optado por una traza diferente a la peticionada por el actor en su demanda, el recurrente no expone cuál sería la relevancia de esta diferencia y el a quo ha dado suficiente fundamento para así decidir; esto es, que el lugar es un frondoso bosque, y que, según el experto, no sería razonable realizar un nuevo camino por el fundo sirviente, en función del costo y del daño ambiental, además de consignar expresamente que ello podría requerir autorizaciones de la Administración de Parques Nacionales, organismo con jurisdicción administrativa en dicha zona. [...] La decisión en este aspecto tampoco viola el principio de congruencia, ni se ha fallado más allá de lo requerido, sólo se ha adecuado la decisión a las circunstancias particulares del caso concreto (zona de bosques nativos y bajo el contralor de la APN), teniendo en consideración los perjuicios que pudieren ocasionarse al medio ambiente y a la riqueza forestal del lugar y su fragilidad, de evidente interés general.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Cutral C6, Provincia del Neuquén, a los once (11) días del mes de Diciembre del año 2015, la 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, integrada con las señoras 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: "MADANES LEISER C/ LAGO HERMOSO S.A S/ ACCION CONFESORIA", (Expte. Nro.: 26568, Año: 2010), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, la Dra. Alejandra Barroso, dijo:

I.- Llegan los autos a esta instancia por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada (fs. 560), quien expresa agravios a fs. 565/583, contra la sentencia de fecha 17 de abril de 2015 (fs. 519/558 vta.) que admite la acción en tablada declarando la existencia de una servidumbre legal de tránsito, tácita o de pleno derecho y perpetua en los términos de los arts. 3005, 3006, 3009 y 3073 del CC de Vélez Sarsfield, ordena su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Neuquén, disponiendo que el titular del fundo sirviente debe permitir el libre ejercicio de la servidumbre de tránsito en los términos del anterior art. 3075 del CC de Vélez Sarsfield, impone costas y regula honorarios.

Conferido el pertinente traslado el mismo es contestado por la actora conforme surge del escrito obrante a fs. 585/591 vta.



II.- El apelante realiza, en forma previa, consideraciones generales en torno a la sentencia apelada, afirmando que la misma es arbitraria y que violenta su derecho de defensa al tratar cuestiones no propuestas por la actora.

Seguidamente expone concretamente los agravios interpuestos.

a) En su primera queja cuestiona que se haya admitido la acción y consecuentemente que se declarara la existencia de la servidumbre sobre "bases infundadas".

Crítica puntualmente que no se tomara en cuenta el planteo de esa parte en cuanto a que la vía elegida: "acción confesoria", no es la correcta para el otorgamiento de una servidumbre, y que fue planteada como reconocimiento de una servidumbre existente, cuando en realidad la servidumbre en cuestión nunca existió, circunstancia que ha quedado debidamente acreditada en el marco del expediente.

Insiste en que durante todo el proceso expresó que la acción intentada por el actor no es procedente en caso de no existir servidumbre ya que la existencia previa de una servidumbre es requisito de viabilidad necesario para la admisión de la acción confesoria que tiende a impedir los actos que la perturben.

A estos fines transcribe los términos de la CD enviada por el actor para que la demandada se abstenga de continuar interrumpiendo el paso y cita los arts. 2502, 2503 y 2505 del anterior CC de Vélez Sarsfield.

Entiende que el propio actor reconoció en su CD la inexistencia de la servidumbre y que, por lo tanto, la acción confesoria no procede.

Con cita y transcripción parcial de los arts. 2977, 2989 y 3017 del CC de Vélez, expresa que el actor debería probar que el propietario del fundo sirviente ha establecido con anterioridad una servidumbre de alguna naturaleza.

Destaca asimismo que el actor no ha podido demostrar de ninguna manera que hubiere utilizado el camino sobre el que solicita la servidumbre. No existiendo prueba de actividad por parte de la actora, entiende que queda claro que no existió ni existe servidumbre ni legal ni tácita y en el caso que hubiera existido, se encontraría prescripta a tenor de lo dispuesto por el art. 3059 del Código de Vélez Sarsfield.

Considera que en modo alguno ha quedado probada la supuesta servidumbre "ancestral", al punto que en el año 1941, el camino era una simple huella, que luego fuera abierta a principios de los años 1970 con fines de explotación maderera, y por ello es que los titulares de la Península Raulí siempre accedieron al fundo por vía lacustre y sólo lo hicieron por vía terrestre en virtud del permiso que le otorgara la demandada.

Asimismo, entiende que la acción se encuentra mal entablada ya que el camino sobre el cual el actor pretende ser titular de una servidumbre de paso atraviesa no sólo el predio de esa parte sino también el de Meliquina S.A. y el de Administración de Parques Nacionales, quienes no fueron demandados en autos y consecuentemente, la sentencia no podrá serles opuesta, cita el art. 3071 del anterior CC.

Finaliza reiterando que la acción confesoria interpuesta requiere necesariamente la existencia de una servidumbre, que de modo alguno ha sido probado por la actora, para luego considerar su turbación, y, dado que la primera exigencia no se ha reunido, no cabe la acción y la existencia o no de turbación no puede ser considerada.

b) En su segunda queja plantea que se ha violado su derecho de defensa en juicio al dictarse una sentencia que propone una alternativa jurídica distinta a la planteada por la actora en la que su parte basó su defensa. Igualmente sostiene la violación del principio de congruencia al resolver discrecionalmente el juez en base al artículo 3073 del anterior CC, vigente a la fecha de la sentencia.

Expresa que el actor en ningún momento solicitó se admitiera su acción con fundamento en el art. 3073 del anterior CC ni alegó la gratuidad de la misma.

Concluye entonces que no puede el sentenciante "dar" una servidumbre en términos que no le han solicitado, por una traza que tampoco fue solicitada y menos aún otorgando una gratuidad no solicitada. Por el contrario, afirman que el actor partía de la base de una compensación por dicha servidumbre.

Entiende que el principio iuria curia novit no puede ser ejercido para admitir una pretensión mal direccionada por el actor ya que de esta forma se atenta contra el principio de congruencia.

Estima que, aún en el caso de aplicarse el art. 3073 del anterior CC, y habiéndose probado que no existía en dicha fecha ingreso por vía terrestre, afirma que la servidumbre contemplada en dicha norma, se encuentra prescripta.



Ello en tanto se ha probado que no existía en el área explotación alguna hasta 1993/94 y que, según surge de las actas de la fundación (del actor), recién se comienza a trabajar en la Península a fines de 1995, lo cual significa más de 40 años sin actividad alguna o sea sin ingresar por vía terrestre. Agrega que el camino interno fue construido hasta el vado de los lagos Cármenes y Raúl por la demandada para trasladar principalmente la producción de cañas coligue aparte de servir para el control de la ganadería.

Sostiene que se reconoce una servidumbre basándose en un derecho que le hubiera correspondido al adquirente de la Península Raúlí -nunca instrumentado-, hace más de 70 años y que claramente resulta de autos que dicha senda no se utilizó por muchos años, por lo que esa servidumbre "hace muerta" por prescripción.

Destaca que esa parte no tuvo posibilidad alguna de oponer esta defensa de prescripción habida cuenta que el actor nunca nombró siquiera el art. 3073 del CC.

c) El tercer agravio gira en torno a la gratuidad de la servidumbre reconocida, planteando esta crítica en forma subsidiaria, para el hipotético y remoto caso en que se confirme la sentencia en crisis.

Señala que al momento de contestar la demanda se expresó que, para el caso en que se ordenara constituir la servidumbre de paso, se deberían indemnizar los perjuicios pertinentes, pagar el valor del terreno y acordar la traza del camino conf. art. 3068 in fine del CC de Vélez.

Entiende que el a quo se ha apartado de lo dispuesto por el art. 3068 del mismo CC, y que para que proceda imponer la constitución de esta servidumbre se requiere que el fundo dominante no tenga salida a la vía pública, extremo desestimado al demostrarse que el único acceso posible a la Península Raúlí es por vía lacustre, es decir que habría una salida para el fundo de propiedad del actor por esta vía, siendo que el camino existente no fue sino una mera huella durante muchos años.

Afirma que es obligación del sentenciante de grado, en el caso de otorgar la servidumbre tal como lo hizo, el de establecer el valor de la indemnización por la servidumbre otorgada.

d) En su cuarto agravio cuestiona el otorgamiento de la servidumbre por una traza distinta a la solicitada por el actor.

Entiende que, siendo que la traza peticionada por el accionante resultaba imposible de otorgar atento necesitar del apeo de cientos de árboles existentes y de autorizaciones o aprobaciones ambientales de las autoridades de contralor, debió haber rechazado la demanda.

Esta circunstancia, a su criterio, demuestra que no existía servidumbre que debiera reconocerse, que el a quo otorgó la misma por un camino distinto al solicitado, que no se indemniza una evidente restricción al dominio de esa parte, que se ha violado el principio de congruencia dictando una sentencia extra petita.

Por estas razones, considera también que no puede otorgarse la servidumbre de modo gratuito.

e) En su quinto agravio cuestiona la falta de decisión sobre la reglamentación y parámetros de uso de la servidumbre.

Considera que se ha ordenado la inscripción a favor del actor de una servidumbre sin reglamentación, sin indemnización, sin tener en cuenta la actividad de Lago Hermoso S.A., incluso otorgando la misma con acceso irrestricto, y de noche y de día, sin considerar la parte ambiental y su fragilidad y el evidente impacto que el tránsito del actor y su gente ocasionará en el área. Entiende que no resulta razonable, con la fragilidad ambiental de la zona en cuestión, no contemplar mínimamente una reglamentación para el uso y mantenimiento del área de servidumbre.

f) En su sexto agravio (que erróneamente indica como quinto) considera que, habiendo el sentenciante apelado para la resolución del conflicto a una solución distinta a la peticionada por el actor, ello evidencia que su parte tuvo razonables y válidas dudas como para actuar como lo hizo y razones fundadas para litigar, por lo cual no correspondiese condenada en costas solicitando se impongan por su orden.

g) Finalmente, en su último agravio cuestiona el monto de los honorarios regulados a los profesionales intervinientes por considerarlos altos.

Postula que puede tomarse como base del cálculo el valor de la superficie afectada por la servidumbre.

Solicita su reducción a un monto menor.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, cita jurisprudencia que hace a su derecho y solicita ser revoque la decisión en todo lo que ha sido motivo de agravios.



Formula reserva de caso federal.

III.- La demandada, por su parte, y luego de desarrollar algunos comentarios generales, procede a contestar los agravios vertidos en el mismo orden en que fueron planteados.

Afirma que resulta del título de dominio que aportara la demandada que el inmueble de su propiedad conformaba, junto con el inmueble del actor, una sola unidad territorial, siendo ambos un mismo y único inmueble y que también surge de la documental que, al venderse el inmueble a Lago Hermoso S.A., se dedujo una superficie de 120 has. vendidas previamente a Don García Mata (Península Raulí). De ello resulta que ambas unidades eran inicialmente una sola unidad territorial y disponían de la misma salida al camino público, de la cual se desprendió la fracción que es hoy de titularidad de la actora, quedando esta fracción encerrada y tornando aplicable lo dispuesto por el art. 3073 del CC (de Vélez Sarsfield), concediendo la ley la servidumbre de tránsito sin indemnización.

Considera que el recurrente no ataca la prueba rendida o su valoración, excepto por manifestaciones generales y vuelve sobre cuestiones ya planteadas.

Con relación al segundo agravio, expresa que el juez no propuso una alternativa distinta, sino que desde el principio se afirmó el encerramiento y la existencia ancestral de la servidumbre, denunciando el impedimento de ejercerla. Que el a quo se limitó a valorar lo pretendido, en el marco de las pruebas rendidas y a aplicar en consecuencia el derecho que corresponde.

Que la demandada defendió muy bien su posición, produjo toda la prueba que propuso, y fue quien trajo al juicio la escritura pública de dominio que develó la solución jurídica del asunto, no apreciándose que durante el desarrollo del juicio no haya podido ejercitar debidamente su defensa.

Considera entonces que el juez aplicó adecuadamente el principio *iuria curia novit*.

Con relación a la gratuidad de la servidumbre, destaca que es consecuencia directa de la aplicación de la figura jurídica de la servidumbre por enajenación o subdivisión.

En orden al otorgamiento de una servidumbre por una traza distinta a la peticionada afirma que el plano presentado con la demanda es el mismo que luego verificó el perito agrimensor, sólo hay una leve diferencia en el trazado del plano, en el papel, en su sector final, casi llegando a la Península, respecto del camino ancestral, indicando el experto la dificultad y la innecesariedad del apeo de añosos ejemplares para mover unos metros el trazado original y hacerlo coincidir con el papel del plano, siendo que, el camino trazado y en utilización es el único que existe y que verificó el juez en la inspección ocular. La diferencia mínima que podría existir entre el plano en papel y el camino que realmente se utiliza en la servidumbre no tiene relevancia alguna en el pronunciamiento ni lesiona a la demandada.

Con respecto a la falta de reglamentación y parámetros de uso de la servidumbre, afirma que el actor lo que necesita es ingresar a su propiedad por un camino, de modo expedito y razonable para ejercitar su explotación, cuidado y uso racional del inmueble, entendiéndose que la sentencia es cuidadosa y adecuada en este sentido, no pudiendo imponerse al titular del fundo dominante pautas que lo mortifiquen injustamente y que le impidan su

En cuanto a la imposición de costas no advierte un motivo razonable para apartarse del principio objetivo de la derrota, mientras que, con respecto al cuestionamiento a los honorarios regulados, considera que el sentenciante ha motivado extensamente su decisorio en materia arancelaria y que el mismo resulta justo y equilibrado.

Realiza otras consideraciones a las que me remito en honor a la brevedad, cita doctrina y jurisprudencia que hace a su derecho y solicita se rechace el recurso interpuesto confirmando la sentencia apelada, con costas.

IV.- En forma previa a ingresar al tratamiento del recurso señalo que considero que la queja traída cumple con la exigencia legal del art. 265 del C.P.C.C.

En esta cuestión, y conforme ya lo he expresado en anteriores precedentes, la jurisprudencia sostiene que: "...Este Tribunal se ha guiado siempre por un criterio de amplia tolerancia para ponderar la suficiencia de la técnica recursiva exigida por el art. 265 de la ley adjetiva, por entender que tal directiva es la que más adecuadamente armoniza el cumplimiento de los requisitos legales impuestos por la antes citada norma con la garantía de defensa en juicio, de raigambre constitucional. De allí entonces que el criterio de apreciación al respecto debe ser amplio, atendiendo a que, por lo demás, los agravios no requieren formulaciones sacramentales, alcanzando así la suficiencia requerida por



la ley procesal cuando contienen en alguna medida, aunque sea precaria, una crítica concreta, objetiva y razonada a través de la cual se ponga de manifiesto el error en que se ha incurrido o que se atribuye a la sentencia y se refuten las consideraciones o fundamentos en que se sustenta para, de esta manera, descalificarla por la injusticia de lo resuelto. Ahora bien, no obstante tal amplitud en la apreciación de la técnica recursiva, existe un mínimo por debajo del cual las consideraciones o quejas traídas carecen de entidad jurídica como agravios en el sentido que exige la ley de forma, no resultando legalmente viable discutir el criterio judicial sin apoyar la oposición en basamento idóneo o sin dar razones jurídicas a un distinto punto de vista (conf. C. N. Civ., esta Sala, Expte. N° 70.098/98 "Agrozonda S. A. c/ Jara de Perazzo, Susana Ventura y otros s/ escrituración" y Expte. N° 60.974/99 "Agrozonda S. A. c/ Santurbide S. A. y otros s/ daños y perjuicios" del 14/8/09; Idem., id., Expte. N° 43.055/99, "Vivanco, Ángela Beatriz c/ Erguy, Marisa Beatriz y otros s/ daños y perjuicios" del 21/12/09)...(Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, "Scott, Sonia Lorena c/ Guerra Cruz, Angelina s/daños y perjuicios", 27/10/2011, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/67333/2011)."

He 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).

También puntualizo que procederé a analizar la totalidad de los agravios vertidos sin seguir a los apelantes en todas y cada una de las argumentaciones y razonamientos que expone sino sólo tomando en consideración aquellos que resulten dirimentes o decisivos en orden a las cuestiones que se plantean.

V.- Dada la entrada en vigencia del CCC, corresponde determinar, en forma previa, la normativa o marco jurídico bajo el cual habrán de analizarse los agravios a tenor de lo dispuesto por el art. 7 del CCC.

Ello en tanto esta norma, en forma similar a lo establecido por el art. 3 del anterior CC, establece como regla la aplicación inmediata de la nueva ley, en tanto ha de aplicarse a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. También establece que las leyes no tienen efecto retroactivo, excepto disposición en contrario, aunque esta retroactividad no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En este aspecto, esta Sala ya ha emitido opinión expresando, en el precedente "RAYNELI MARISA LOURDES C/ TORRES CARLOS FACUNDO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS POR USO AUTOM C/ LESION O MUERTE" (en Acuerdo N° 75/2015, del Registro de la OAPyGSMA), con el voto de la Dra. Gabriela Calaccio, al cual he adherido, que: "...El principio de irretroactividad significa que las leyes rigen para el futuro. La irretroactividad implica que la nueva ley no puede volver sobre situaciones o relaciones jurídicas ya agotadas, ni sobre los efectos ya producidos de situaciones o relaciones aún existentes. La aplicación inmediata de la norma es el principio en función del cual la nueva ley resulta de aplicación a las nuevas situaciones o relaciones jurídicas que se creen a partir de la vigencia de las mismas y a las consecuencias o efectos pendientes de hechos jurídicos ya sucedidos, es decir a supuestos en que la situación jurídica de referencia... se verificó bajo la vigencia de la norma precedente pero han quedado pendientes consecuencias jurídicas incumplidas o se siguen generando, ahora bajo la nueva ley, nuevos efectos. En el último de los supuestos nombrados no hay retroactividad ya que la nueva ley sólo afecta las consecuencias que se produzcan en el futuro..."...Alberto G. Spota, afirmó que los efectos no producidos o las consecuencias no acaecidas de las relaciones jurídicas deben ser regidas siempre por la nueva ley. En cambio, todo aquello que se ha perfeccionado, debe quedar bajo la égida de la misma ley...". Más aún,"... Luis Moisset de Espanés, discurre sobre "... la clave del problema... reside en la distinción entre los "hechos constitutivos de la relación jurídica y sus efectos o consecuencias". "Los hechos constitutivos "-señala el maestro cordobés -serán regidos y juzgados por la ley vigente al momento de producirse, y una vez formada la relación el cambio de leyes no puede afectar esa "constitución". En cambio si las situaciones ya formadas continúan produciendo efectos, estas consecuencias serán juzgadas por la ley vigente al momento en que acaezcan, de tal manera que la ley nueva "atrapa de inmediato" los nuevos efectos, pero no los que se han producido antes de su vigencia..." (Cfr. Saux, Edgardo; La Ley 26/10/2015, cita online AR/DOC/3150/2015)..." "...en palabras del Dr. LLambías "las consecuencias aún no ocurridas al tiempo de dictarse la nueva ley, quedan gobernadas por ésta; en cambio, las consecuencias ya producidas están consumadas y no resultan afectadas por las nuevas leyes, pues lo impide la noción de consumo jurídico" ("Tratado de Derecho Civil – Parte general", 4ta. Ed., Perrot 1984; en sentido coincidente, BORDA,



"Tratado de Derecho Civil – Parte general" 7ma. ed., Perrot 1980, I-167, n° 150). Esto es, que las leyes son aplicables no sólo a las nuevas situaciones o relaciones jurídicas creadas a partir de su vigencia, sino también a las consecuencias que se produzcan en lo futuro respecto de situaciones o relaciones ya existentes al momento de la entrada en vigencia (Conf.. Compagnucci de Caso y otros, "Cod. Civil...", Rubinzal Culzoni 2011, I-20)... "..." "..." Así se ha sostenido que "tratándose de una situación en curso y no afectándose consecuencias ya consumadas de hechos pasados, las leyes nuevas operan en forma inmediata; por lo tanto, la nueva ley toma a la relación jurídica en el estado que se encuentra al tiempo que la ley es sancionada y pasa a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los cumplidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaban" (S.C.B.A., E.D. 100-316)..."

En consecuencia, la nueva normativa será aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras, y a las existentes a la fecha de su entrada en vigencia, pero tomándolas en el estado en que se encuentre, rigiendo los tramos del desarrollo de la situación no cumplido aún, además de regir las consecuencias no agotadas aunque se hubieran constituido bajo el amparo de la ley antigua.

En el caso, la servidumbre legal de tránsito es una situación jurídica constituida bajo la vigencia del CC de Vélez, art. 3073, ya que la sentencia no es constitutiva del derecho sino declarativa de su existencia, y la situación de servidumbre de tránsito, en tanto derecho real, se ha constituido mediante las formas que el CC exigía, esto es título (ley) y modo, a la fecha en que se produjo la enajenación de la que surge el encerramiento (10 de marzo de 1944).

Señalo, a mayor abundamiento que no resulta necesario para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles la inscripción en el registro de la propiedad, ya que este tiene como único fin la publicidad frente a terceros.

Por estas razones, considero que la constitución de la servidumbre legal de tránsito debe quedar regida por el anterior CC, bajo cuyo amparo se constituyó, ya que lo contrario implicaría conferirle a la nueva normativa del CCC (que no contempla la situación concreta del art. 3073 del CC), un efecto retroactivo vedado por la ley, además de afectar derechos amparados constitucionalmente.

Sin perjuicio de ello, las consecuencias no agotadas, así como las situaciones o relaciones que acaezcan en el futuro quedarán regidas por la nueva normativa.

VI.- Sentado lo anterior, he de ingresar al análisis de los agravios planteados, adelantando que considero que los mismos no pueden prosperar, dando mis razones.

a) En primer lugar, no puedo dejar de advertir la confusa técnica recursiva del apelante, quien a pesar de numerar sus agravios introduce y reitera las mismas argumentaciones, lo que dificulta su tratamiento.

Seguidamente voy a analizar en forma conjunta los dos primeros agravios interpuestos.

Con respecto a la violación al principio de congruencia que alega la quejosa he de considerar para su análisis:

1) La demanda: en el objeto pretendido el actor expresó que interponía "...acción confesoria... a fin de que se elimine el impedimento de ejercicio pleno del derecho de servidumbre real y forzosa de tránsito de que goza ancestralmente mi mandante, actualmente impedido por el titular del fundo sirviente..."

"...Finalmente pedimos que el Señor Juez imponga a la demandada que reconozca el derecho de servidumbre de tránsito...". Luego en el capítulo de los hechos expresamente alega que la fracción de campo denominada Península Raulí, gozaba históricamente del ejercicio pleno de una servidumbre de tránsito, que a su vez también recibió el anterior titular de dominio, y éste a su vez la recibió del titular anterior, siempre con el mismo acceso al camino público, siendo que, el inmueble dominante, como su nombre lo indica, es una península, totalmente rodeada de agua y no tiene ninguna otra comunicación por tierra que la que atraviesa el fundo de la demandada para llegar al camino público. Denuncia asimismo que la demandada impide u obstaculiza el ejercicio de este derecho real que siempre ejerció la actora.

Estos son los hechos que interesan en lo pertinente, sucintamente, sin perjuicio de advertir que al fundar en derecho su pretensión, acude a los arts. 3068 y 3069 del CC de Vélez Sarsfield como un caso de servidumbre legal forzosa por la situación de encerramiento del fundo dominante.

2) Contestación de demanda: por su parte, la demandada en lo que interesa, niega que el actor sea titular de servidumbre alguna y discurre sobre la acción que debía haber interpuesto el actor con el fin de que se le otorgue una



servidumbre.

No controvierte otras circunstancias de hecho, como que la Península Raúlí no posee comunicación terrestre con el camino público, sino que la comunicación es por vía lacustre, por el Lago Hermoso, que a su vez entiende que es de su propiedad privada en gran parte, por lo cual tampoco tendría el actor derecho a exigirle que se le permita navegar por dicho lago, pero que puede utilizarlo como una especie de concesión "graciosa".

Considera que la situación no encuadra en lo dispuesto por los arts. 3068 o 3069 del CC vigentes a esa fecha, pues la salida lacustre que posee resulta claramente suficiente.

Asimismo, acompaña título de adquisición del inmueble de su propiedad, de fecha 10 de marzo de 1944 (fs. 204/210), y en el cual expresamente se dejó constancia que de la superficie total vendida se dedujo una superficie que fue enajenada al Sr. Enrique García Mata y que resulta ser actualmente la fracción que le corresponde al actor (Península Raúlí), circunstancia no controvertida (fs. 208 vta.).

c) La sentencia: por su parte el a quo, señala lo llamativo que le resulta que no se haya invocado el art. 3073 del CC de Vélez Sarsfield, el que considera aplicable al caso de autos.

Consecuentemente, y en virtud del principio *iuria curia novit*, procede a calificar los hechos discutidos los cuales subsume en la norma indicada a tenor de los elementos probatorios producidos por las partes.

Finalmente, en la parte dispositiva el fallo resuelve admitir la acción entablada y declarar la existencia de una servidumbre real, perpetua y legal de tránsito en los términos de los arts. 3005, 3006, 3009 y 3073 del CC de Vélez Sarsfield.

Es decir que en su sentencia "declara la existencia de una servidumbre", no la constituye ni la otorga, como parece entender el apelante al insistir en que la acción confesoria no resultaba la vía indicada, sobre lo cual me extenderé más adelante.

Atendiendo a los elementos señalados precedentemente, considero que, en este caso concreto, la aplicación del derecho por parte del sentenciante, no ha modificado los presupuestos fácticos tenidos en cuenta por las partes al introducir sus respectivas pretensiones, y ha respetado, sustancialmente, la forma en que ha quedado trabada la litis, sin perjuicio de seleccionar, cuidadosamente y estando a las circunstancias y pruebas de la causa, la norma jurídica que resulta aplicable.

Considero que permanece idéntico el objeto de la demanda en sus presupuestos de hecho, y, consecuentemente, no existe violación al principio de congruencia ni se ha fallado *extra petita*, en tanto sólo se ha hecho aplicación de la normativa vigente a las circunstancias fácticas acreditadas.

Confrontando como consigné precedentemente lo pretendido y lo resistido, surge claramente que no se ha apartado el a quo de las pretensiones deducidas en el litigio, ni ha concedido algo distinto de lo petitionado, ni ha introducido cuestiones fácticas no planteadas, ni ha otorgado más de lo requerido como afirma el quejoso en su escrito.

En este caso, resulta pertinente el principio que afirma que el Juez, quien conoce el derecho, debe aplicarlo, y, tratándose de una cuestión de calificación jurídica esta facultad debe atenerse a la situación fáctica planteada en el litigio para respetar la regla de la congruencia.

En este sentido, la congruencia no se afecta cuando el juez aplica el derecho a la relación fáctica bajo juzgamiento, al margen de las afirmaciones jurídicas de las partes, siempre que no se perjudique el derecho de defensa en juicio; la resolución no puede modificar los hechos invocados, es decir que la cuestión de hecho debe permanecer inmodificada.

En el presente caso, no advierto afectación al derecho de defensa en juicio de la accionada.

Es dable destacar que los términos vertidos en la escritura de venta del inmueble, que señalé precedentemente, eran indudablemente conocidos por la demandada al realizar la compra, en cuanto se ha dejado constancia en la escritura de la separación o enajenación de parte del fundo, conformando la denominada Península Raúlí.

En este punto cabe efectuar una consideración en orden a la excepción de prescripción que la recurrente alega como defensa de la cual se vio privada al contestar la demanda ante la calificación de los hechos efectuada en la sentencia (en referencia a la extinción de la servidumbre por el no uso durante un cierto tiempo con cita del art. 3059



del CC).

En primer lugar, la queja no resulta atendible en tanto surge claramente de la contestación de demanda que la posición que asumió en su defensa la demandada en este juicio fue siempre negar en forma terminante la existencia de cualquier tipo de servidumbre a favor del actor, por lo tanto, y al menos que lo hubiera planteado en forma subsidiaria o por el principio de eventualidad, pretender ahora que pudo haber opuesto como defensa que la servidumbre (cuya existencia niega categóricamente incluso en esta instancia) se encontraba prescripta, resulta contradictorio con la postura asumida desde el comienzo.

Tampoco es correcta la afirmación del quejoso en cuanto a que se encuentra acreditado que no existía en el área explotación alguna hasta 1993/94, que recién se comienza a trabajar en la Península a fines de 1995, que durante más de 40 años no se ingresó por vía terrestre y que siempre el ingreso se efectuó por vía lacustre, dado que ello no es lo que resulta de la prueba rendida.

En este sentido cabe destacar los testimonios que han sido valorados por el a quo y transcritos parcialmente, principalmente los testimonios de Burgenik, presidente de Meliquina S.A. (fs. 341/342), el informe pericial rendido en autos de fs. 427/441, también apreciado por el sentenciante, y que no fuera motivo de observación alguna, habiendo el perito recorrido y relevado la totalidad del camino existente asegurando que es un camino antiguo y transitado. Estos elementos probatorios, no fueron motivo de la crítica del recurrente, y la sentencia ha valorado los mismos de manera armónica e integral, llegando a la conclusión de que, históricamente la Península Raulí se comunicó con el camino público a través del camino interno que atraviesa la propiedad de Lago Hermoso S.A.

El propio apelante afirma, autocontradictoriamente por otra parte, que "en el año 1941, el camino era una simple huella, que luego fuera abierta a principios de los años 1970" (conf. fs. 571 vta. segundo párrafo).

Pero lo decisivo para el rechazo de lo argumentado consiste en señalar que el art. 3059 del CC de Vélez Sarsfield, resulta inaplicable a este tipo de servidumbre, la cual no se extingue por el no uso.

En las servidumbres coactivas se sostiene que: "... Mientras se mantenga la necesidad de resolver el problema del encerramiento, el derecho a la servidumbre no se extingue, puede haber transcurrido el tiempo del no uso, puede haber construido el propietario del fundo sirviente obstáculos que impidan el ejercicio de la servidumbre, puede, en fin, haber renunciado expresamente el propietario del predio dominante a la servidumbre; nada de ello extingue su derecho a reclamarla, porque el derecho a la servidumbre coactiva se ha establecido en razón de una necesidad de orden público..." (Borda, Guillermo A.; Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo II, págs. 179/180).

En similar sentido, la jurisprudencia es conteste en afirmar que: "...Una eventual "renuncia" al derecho real de servidumbre de tránsito de carácter legal efectuada por el anterior titular del dominio de un inmueble no podría serle opuesta a los sucesores a título particular de aquél, toda vez que tal derecho es de carácter irrenunciable al consagrarse en satisfacción del interés colectivo y no de uno individual del propietario." "...Las servidumbres "coactivas" o "legales" son en su consecuencia irrenunciables pues se han establecido en razón de una necesidad de orden público en tanto el tránsito sea indispensable para el inmueble encerrado..." (SCBA, LP, C 96741, Juez Negri (MA), "Dorasio, Mario C. y otros c/ Silenka S.A. s/ constitución de servidumbre, medida cautelar", Negri, Genoud, Hitters, Soria, Pettigiani).

Asimismo, el CCC, al regular la servidumbre forzosa en el art. 2166, de alguna manera mantiene la solución estableciendo que la acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

Por estas razones considero que no se ha visto perjudicada la defensa en juicio de la demandada, quien en todo momento ejerció ampliamente su derecho, ofreciendo prueba y haciéndose escuchar, afirmando en forma categórica incluso en esta instancia, que no existía una servidumbre.

Sentado lo anterior, y continuando con los argumentos vertidos en la primera queja, advierto que el apelante insiste en que la acción que debió intentar el actor a los fines del otorgamiento de una servidumbre no es la acción confesoria, por lo cual la demanda debió ser inadmitida.

Aunque también consigna que la demanda "fue encarada como reconocimiento de una servidumbre existente", y sostiene que la servidumbre nunca existió.



Advierto en este agravio que el apelante reitera los términos de su contestación de demanda, incluso expresamente sugiere que la suscripta se remita a dicha contestación, sin rebatir con razones los fundamentos tenidos en cuenta por el sentenciante para decidir en la forma en que lo hizo.

En este aspecto, vuelve a recordarnos los textos de los anteriores arts. 2502, 2503 y 2505 del CC de Vélez Sarsfield (conf. también fs. 252vta. en la contestación de demanda) y afirma que de la sola lectura de los mismos se "aclara la situación que estamos discutiendo".

En definitiva, su crítica gira en torno a que, al no existir servidumbre, no procede la acción confesoria.

En esta afirmación, aislada y en forma abstracta, puede tener razón, pero no se condice con las circunstancias de la causa.

En este aspecto se sostiene que la acción confesoria es la defensa conferida "...para proteger los derechos reales que quedan excluidos de las acciones reivindicatoria y negatoria, contra cualquier lesión, de carácter total o parcial, que ellos hayan sufrido. Por consiguiente, su campo de acción son las servidumbres prediales..." (Borda, Guillermo A.; Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo II, pág. 524).

En este sentido, pretende acreditar que no existía la servidumbre real de paso con remisión a algunos artículos del anterior CC (conf. fs. 569 último párrafo), sin hacer mención alguna al art. 3073 del mismo ordenamiento, circunstancia que es determinante, ya que ha sido en dicha norma en la cual el a quo ha fundado principalmente su pronunciamiento en orden a esta cuestión y no, como parece entender el recurrente, en un pretendido permiso de paso o de ingreso que, generosamente, le otorgara la demandada, ni tampoco en la constitución de la misma por algún contrato o convención en los términos del anterior art. 2977 del CC de Vélez Sarsfield.

Destaco, a riesgo de resultar sobreabundante, que, en el presente caso, el actor inició una acción confesoria alegando la turbación de una servidumbre de paso; por su parte la demandada en su contestación negó la existencia de esta servidumbre de paso; por lo tanto, y de conformidad con lo que surge literalmente del art. 2798 del CC de Vélez Sársfield, vigente a la fecha de interposición de la demanda y a la fecha de la sentencia, el actor debía probar su derecho sobre el inmueble dominante (que no fue objeto de controversia) y, en este caso, al ser un hecho controvertido, la servidumbre activa que alegaba.

En esta su primera queja, el recurrente insiste en que la servidumbre activa que se denunciaba turbada en su posesión, no existe. Sin embargo, como dije, no efectúa una crítica concreta y razonada de los fundamentos del fallo apelado que llevaron al a quo a tener por acreditada la existencia de la servidumbre activa de paso o tránsito, hecho que debía ser confirmado por la actora al ser un hecho afirmado por ésta y resistido por la contraria en el marco de la acción confesoria (art. 377 del CPCC). Con esto quiero decir que, la existencia o inexistencia de la servidumbre es una cuestión que se impone sea debatida en la acción confesoria cuando, como en el presente caso, la misma es desconocida por la demandada, por lo cual no advierto que sea incorrecta la vía elegida. Es más, el primer análisis que debe realizarse es sobre la existencia o no de la misma, para luego, en su caso, analizar el hecho de la turbación o impedimento en su ejercicio. Obviamente, si no se demostrase la existencia de la servidumbre, técnicamente correspondería el rechazo de la demanda, lo cual es una cuestión probatoria.

El recurrente en forma circular argumenta que la acción no es procedente porque al no existir servidumbre no hay servidumbre que pueda ser turbada y por ello entiende que la demanda ha sido mal planteada, porque, a su entender, debió ejercer una acción para pedir el otorgamiento de una servidumbre, lo cual no se condice con las circunstancias acreditadas en estos autos y que el quejoso no controvierte adecuadamente.

En este planteo el apelante se limita a reiterar las argumentaciones vertidas en la contestación de demanda, sin refutar los extensos razonamientos del decisorio y la valoración probatoria efectuada al respecto con relación al reconocimiento de la demandada y los títulos acompañados que dan cuenta de la escisión, fraccionamiento o enajenación del inmueble del actor el que resultara separado del resto de la propiedad que luego fue vendida a la demandada, elementos que lo conducen a declarar la existencia de una servidumbre real, perpetua y legal de tránsito en los términos de los arts. 3005, 3006, 3009 y 3073 del CC vigente en ese momento (conf. fs. 544vta./548 de la sentencia en crisis); aclarando seguidamente en qué forma queda constituida la servidumbre que contempla el



artículo mencionado, que es un supuesto especial y por ende no corresponde otorgar ni conceder ninguna servidumbre porque la norma la presume concedida, de todo lo cual, como dije, no se hace cargo el recurrente.

Mención aparte he de efectuar con respecto a la afirmación del apelante, con cita del art. 3071 del CC de Vélez Sarsfield, en cuanto a que la acción debió dirigirse contra los propietarios de los otros dos fundos que se interponen entre el inmueble del actor y el camino público, esto es el predio de propiedad de Meliquina S.A. y el de la APN, quienes no fueran demandados, y por lo tanto la sentencia no puede serles opuesta.

En esta cuestión, considero que el apelante no tiene agravio, en tanto hace referencia a que la sentencia no puede serle opuesta a terceros que no fueron demandados, sin expresar concretamente cuál es el perjuicio que ello le produce.

Por otro lado, no refuta la afirmación del sentenciante en este punto, en cuanto a que no se encuentra acreditado concretamente que la Península Raúlí no goce de servidumbre de tránsito sobre estas heredades, y que la norma del art. 3071 del CC de Vélez Sarsfield no tiene ninguna vinculación con la defensa opuesta, además de considerar que no existe ninguna razón que justifique demandar a los titulares de los restantes predios que se interponen con el camino público cuando éstos no se oponen a la servidumbre de tránsito, valoraciones que llegan firmes y que comparto.

Además de lo expuesto, y considerando que se declara aplicable el art. 3073 del CC de Vélez Sarsfield, el titular del fundo que ha quedado encerrado por la división, goza de esta servidumbre de tránsito a través de la restante parcela en que se ha dividido la propiedad, es decir que puede exigirla (en los términos del art. 3073) a la otra fracción en la que el inmueble fuera dividido (en este caso de propiedad de Lago Hermoso S.A.), pero no al inmueble vecino perteneciente a un tercero. Ello salvo que esté encerrado (art. 3068 del CC), pero en principio no lo estaría, porque tiene derecho a pasar por el inmueble perteneciente al inmueble separado (en este caso de Lago Hermoso S.A.) (conf. Borda, Guillermo A.; Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, Tomo II, pág. 177; conf. plano de fs. 20 y fs. 440/441), y digo esto sin perjuicio de la traza que en definitiva se establece en la sentencia petitionada por el actor.

En síntesis, no resulta de autos al menos, que el actor tenga acción contra estos terceros con fundamento en el art. 3073 del anterior CC, y los reclamos que eventualmente pudieren surgir en cuanto a otras servidumbres podrían tener distinto fundamento legal, o incluso contractual, pero en definitiva, el fundo del actor tiene salida al camino público través del inmueble de la demandada en los términos del art. 3073 del CC, ya que el fundo de la demandada tiene salida al camino público, conforme resulta de los planos.

En este aspecto, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 3074 del anterior CC aplicable al caso, la doctrina afirma que: "...no puede imponerse servidumbre sobre heredades contiguas "de terceros", tomando la distancia más corta, en caso de encerramiento por fraccionamiento, sino que debe serlo sobre los distintos fundos que han resultado de éste, aún cuando el camino sea más largo y costoso..." (Lopez Mesa, Marcelo J.; Código Civil y leyes complementarias..., Tomo IV, pág. 254).

En el mismo sentido se ha expresado que: "Cuando el encerramiento es la consecuencia de una subdivisión del predio, la servidumbre debe establecerse sobre las fracciones resultantes de aquél, aunque el recorrido pueda resultar más largo u oneroso para la heredad encerrada que lo que podría resultar en caso de imponerse sobre otra fina". (SC Tucumán, 20/10/948, JA, 1949-III-624; citado en Salas, Acdeel Ernesto; Código Civil Anotado, 1957, Tomo II, pág. 1438).

Asimismo, se sostiene que: "... Ella no puede ser reclamada sobre las heredades contiguas a la antigua heredad, sino únicamente sobre las distintas heredades que han resultado del fraccionamiento, aun cuando el camino resultara más largo o costoso..." (Salvat, Raymundo M.; Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, T III, pág. 571).

b) Con relación al tercer agravio, el mismo no puede prosperar teniendo en cuenta lo considerado precedentemente y lo expresamente dispuesto por el art. 3073 del CC de Vélez Sarsfield, que es el supuesto especial aplicable al caso de autos, siendo que en los presentes, no se ha resuelto constituir una servidumbre de paso en los términos del art. 3068 del CC de Vélez Sarsfield.

Consecuentemente, los argumentos traídos, que discurren en torno a otro supuesto que no rige el presente caso, y parten de la premisa incorrecta de que el sentenciante ha "otorgado una servidumbre", no pueden ser atendidos.

c) Con respecto al cuarto agravio que refiere a la traza del camino fijada por el a quo, considero que los argumentos



traídos no alcanzan a conmover los fundamentos de la decisión.

Si bien es cierto que finalmente la sentencia ha optado por una traza diferente a la peticionada por el actor en su demanda (conf. plano de fs. 21 y plano agregado por el perito agrimensor a fs. 441), el recurrente no expone cuál sería la relevancia de esta diferencia y el a quo ha dado suficiente fundamento para así decidir; esto es, que el lugar es un frondoso bosque, y que, según el experto, no sería razonable realizar un nuevo camino por el fundo sirviente, en función del costo y del daño ambiental, además de consignar expresamente que ello podría requerir autorizaciones de la Administración de Parques Nacionales, organismo con jurisdicción administrativa en dicha zona.

Esto es reconocido expresamente por el quejoso, al sostener que la traza solicitada debía obtener eventualmente aprobaciones ambientales de las autoridades de contralor, dirección de Bosques y APN, y que haría falta el apeo de cientos de árboles existentes.

Lo decidido resulta entonces una razonable solución al conflicto planteado por las partes, sin que la recurrente argumente cuál es el perjuicio concreto que la distinta disposición de la traza del camino con relación a la peticionada inicialmente le ocasiona, ni ofrece tampoco una solución alternativa con fundamento en que la misma sea menos perjudicial a sus intereses.

La decisión en este aspecto tampoco viola el principio de congruencia, ni se ha fallado más allá de lo requerido, sólo se ha adecuado la decisión a las circunstancias particulares del caso concreto (zona de bosques nativos y bajo el contralor de la APN), teniendo en consideración los perjuicios que pudieren ocasionarse al medio ambiente y a la riqueza forestal del lugar y su fragilidad, de evidente interés general.

Resultan aplicables al caso los principios generales establecidos en el nuevo CCC, en sus arts. 9 y 10 en cuanto disponen que los derechos deben ser ejercidos de buena fe y que no puede ampararse el ejercicio abusivo de los derechos; por lo tanto, reiterando que no expresa el recurrente cuál es el agravio o perjuicio que la diferente traza le produce y cuál el interés legítimo que pretende resguardar con este planteo, el mismo no puede prosperar.

En este aspecto se ha dicho que: "...Se trata de un principio o estándar de casi centenaria recepción tanto en la doctrina como en la jurisprudencia nacional.

En cuanto a la primera, ya el Congreso Nacional de Derecho Civil de 1927 prohibía que "el derecho se ejercitase sin necesidad o beneficio para el titular y en perjuicio de alquien"...." (Rivera, Julio César y Medina, Graciela; Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo I, pág. 86).

Cabe destacar también que la traza dispuesta por el sentenciante tiene fundamento en lo establecido por el art. 3074 del CC de Vélez Sarsfield. En uso de estas facultades, el juez determinó que la servidumbre se siga ejerciendo por el camino relevado por el perito y que, además, fue recorrido por el juez durante la inspección ocular, no siendo razonable que se construyera un nuevo camino con el costo y el daño ambiental que ello provocaría, sin ningún plus de beneficio para la demandada.

Considero que tal decisión resulta razonable y ajustada a derecho.

d) En cuanto al quinto agravio, el mismo refiere a la reglamentación de la servidumbre, en realidad al modo en que la misma habrá de ejercerse y los derechos y obligaciones tanto del propietario del fundo dominante como del fundo sirviente.

En este punto, el a quo remite a lo que disponían los arts. 3018, sig. y conc. del CC de Vélez Sarsfield, los que regulaban los derechos y obligaciones de cada una de las partes en estos casos, remisión que entiendo suficientemente explícita, no siendo necesario regular otras consecuencias en la sentencia.

En cuanto a los horarios se ha dicho que: "El art. 3079, en cuanto limita al día (mientras haya luz solar) el tiempo para hacer uso de la servidumbre de paso, consagra una regla interpretativa que debe ceder ante los arts. 3075 y el mismo 3079, parte 1º, que autorizan a usar de las servidumbres según la naturaleza y destino del fundo dominante, por lo que cabe utilizarla en horas de la noche o la madrugada si así lo requiere su explotación." (SC Tucuman, 18/3/952, JA, 1953, 1953-II-35; citado en Salas, Acdeel Ernesto; Código Civil Anotado, 1957, Tomo II, pág. 144038).

También la doctrina ha expresado que: "... el juez puede separarse de esta regla siempre que la situación de los lugares o las circunstancias particulares así lo exigen. Esta separación puede tener lugar, sea en el interés de las



heredades vecinas...; sea en el interés del predio encerrado, por ejemplo, para evitarle a éste gastos de importancia. Se trata de cuestiones de hecho para cuya solución la prueba pericial tendrá una gran importancia y aplicación práctica..." (Salvat, Raymundo M.; Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales, 1959, T III, pág. 570).

Atendiendo a la entrada en vigencia del nuevo CCC y lo dispuesto en su art. 7, los derechos y obligaciones entre los titulares de los fundos, en lo sucesivo, en tanto situaciones o conflictos que puedan nacer bajo la vigencia de la nueva normativa, o que impliquen consecuencias de situaciones no agotadas ni consumidas, quedarán regidas por los arts. 2173 a 2181 del CCC, conforme lo señala el sentenciante.

e) Con relación a la imposición de costas, no encuentro motivo suficiente para apartarme del principio objetivo de la derrota establecido en el art. 68 del CPCC, atendiendo a las circunstancias de la causa, la prueba rendida y la posición asumida por la demandada en su contestación, por lo cual habré de rechazar este agravio.

f) En orden al cuestionamiento de los honorarios regulados a los profesionales intervinientes, los que estima altos, tampoco merecerá en este voto favorable acogida.

El recurrente no ha argumentado suficientemente al respecto, ni ha efectuado una crítica de los extensos fundamentos y consideraciones dados por el sentenciante al realizar la estimación de los honorarios.

Tampoco advierto que los importes fijados a los profesionales, atendiendo a las pautas dadas por el juzgador y muy especialmente a lo dispuesto por el art. 6 de la ley 1594, resulten desproporcionados o arbitrarios.

VII.- Atendiendo a la forma en que propongo se resuelva el recurso interpuesto, las costas de esta instancia cabe imponerlas al apelante en su condición de vencido (art. 68 del CPCC), procediéndose a la regulación de honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la L.A.

VIII.- Por los fundamentos expuestos he de proponer al Acuerdo se confirme la sentencia apelada en todo lo que ha sido motivo de agravios, con costas de esta instancia al apelante en su condición de vencido (art. 68 del CPCC), procediéndose a la regulación de honorarios de conformidad con lo establecido en el art. 15 de la L.A.

Mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, 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 materia de agravios para la recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68 del C.P.C. y C.); regulando los honorarios del Dr. ..., letrado apoderado de la parte actora, en la suma de PESOS TREINTA Y SEIS MIL (\$36.000,00); y los del Dr. ..., apoderado de la parte demandada, en la suma de PESOS VEINTICINCO MIL DOSCIENTOS (\$25.200,00) (Cfr. artículos 6, 7, 10 y 15 de la L.A.). 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 responsable inscripto frente al tributo. Todo bajo apercibimiento de ejecución.

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Sentencias Definitivas N°: 84/2015

Dra. Victoria P. Boglio - Secretaria de Cámara

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



“B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES” - 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.: 40815/2014) – Interlocutoria: 75/15 – Fecha: 02/09/2015

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

DERECHO DE FAMILIA. NULIDAD PROCESAL. PROCEDENCIA. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. INFORMES INTERDISCIPLINARIOS. MENORES EN SITUACION DE RIESGO. ALBERGUE. HOGAR MUNICIPAL.

Corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente, pues se constata la casi inexistente participación de los progenitores en el trámite, manteniendo el norte en Interés Superior del Niño, pero trazando la ruta a través del respeto de su Derecho Humano a desarrollar sus vidas en el núcleo familiar de origen, este Cuerpo se convence de que no se pueden convalidar los vicios advertidos en el trámite seguido en las presentes, amparándose en cuestiones procesales sobre cargas, plazos y presuntos consentimientos tácitos; máxime cuando la declaración del estado de adoptabilidad no es una decisión que pueda tomarse solamente evocando el “interés superior del niño”, para así sortear cualquier obstáculo que se presente a fin de allanar el camino. Debe permitírsele a los progenitores la posibilidad de contestar los argumentos del Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente brindados, y que juega como una verdadera demanda en contra de ellos. Debe permitírseles ofrecer y producir la prueba que consideren haga a su derecho. Debe otorgárseles vista de todos los informes que se vayan incorporando al expediente y no sólo conferirla al Defensor de los Derechos del Niño. Deben realizárseles, en la medida que los progenitores presten su conformidad, los exámenes psicológicos, psiquiátricos, socio-ambientales y cuanto más sean necesarios para formarse un fidedigno y actual perfil de sus figuras paternas, así como de sus posibles avances sobre el punto respecto a las últimas entrevistas realizadas. Debe, asimismo, juzgarse sobre el mérito y conveniencia de mantener, modificar o hacer cesar las medidas cautelares decretadas a lo largo del trámite, ya sean las vinculadas a la persona de los progenitores o a la estadía de los menores en el Refugio Municipal.

(Relacionada con RI 38/15 y 71/15).

Texto completo:

San Martín de los Andes, 2 de Septiembre del año 2015.

VISTAS:



Las presentes actuaciones caratuladas: "B. L. J. Y S. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" (Expte. Nro. 40815, Año 2014), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Familia de la ciudad de Junín de los Andes; ingresados nuevamente 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.- Que habiendo fracasado prematuramente el cumplimiento del acuerdo al que arribaron los progenitores de los niños S., J. y L. (todos de apellido B.), con la participación del Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente y posteriormente ratificado por la familia guardadora (tíos paternos de los niños), vuelven los autos a consideración de ésta Sala, esta vez a fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los padres contra la resolución de fs. 152/159 mediante la cual, sintéticamente, la magistrada de grado decretó la pérdida de la patria potestad (en adelante, responsabilidad parental) de los apelantes respecto de sus hijos y dispuso el estado de adoptabilidad de los mismos.

Si bien, en principio, la sentencia dictada por este tribunal había finiquitado la cuestión, cierto es que la misma no ha pasado en autoridad de cosa juzgada, toda vez que no alcanzó a adquirir firmeza con antelación a la retractación de la familia guardadora.

Tampoco nos encontramos ante una homologación ordinaria, cuya inobservancia habilitaría a los firmantes a transitar por el carril de la ejecución de sentencia. Resultaría totalmente absurdo y desatinado ordenar a los suscriptores del acuerdo homologado que "ocurran por la vía correspondiente", como si se tratara de un conflicto de tinte patrimonial. Todo lo contrario. No podría conminarse a una familia a introducir en su núcleo a tres niños contra su voluntad, por abrupta y contradictoria que sea la decisión de retractarse con el compromiso asumido. El respeto por la libertad del ser humano es un pilar axiológico de cualquier sociedad moderna civilizada.

También ha de tenerse presente la conducta procesal de los apelantes. Los progenitores expresaron que desistirían de los recursos interpuestos contra la resolución recaída en la instancia de grado en la medida que se homologue (de manera "total y absoluta") el convenio presentado. Guiados por la razonabilidad en la interpretación de las palabras de los manifestantes, inevitable es concluir que el repentino apartamiento de la solución bosquejada en el acuerdo no se encontraba en las previsiones de los suscriptores (mucho menos, de este tribunal) y que, por ello, clausurarles el acceso a un fallo sustancial de segunda instancia acudiendo a un subterfugio procesal no constituiría sino un sorpresivo despropósito, esta vez procedente del órgano jurisdiccional.

Es que, como elocuentemente se ha indicado, '...no se pueden consolidar relaciones jurídicas que no permeabilicen, que no reflejen, que no expresen y que no trasuntan la verdad. El derecho no puede permitir que las relaciones familiares se construyan y se sostengan sobre la ficción, el ocultamiento, la distorsión, el enredo jurídico o vericuetos procesales impeditivos en el acceso a la verdad y su contenido, aunque el mismo devenga traumático. La verdad, en la doble orientación que fortalece los vínculos establecidos entre las personas, y que posibilita cuando es pertinente el conocimiento cabal y transparente de la fractura o quiebre de la relación familiar, traza el camino por el que se llega a la "salud social". Es que, en definitiva, la ley es un instrumento más que coadyuva a que una sociedad crezca y se fortalezca en la verdad' [Nora Lloveras - Marcelo Salomón, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", pág. 106; Primera edición, 2009, Editorial Universidad].

Y esto sería lo que sucedería en autos si se hiciera pesar el desistimiento de las apelaciones en contra de los progenitores sin consideración alguna de la efímera duración del acuerdo celebrado, que ni siquiera alcanzó a tener principio de ejecución.

Por tales motivos fue que este tribunal le requirió a las partes que se manifestaran sobre el mantenimiento de las apelaciones y se les hizo saber que bastaría su silencio para considerar que los ratificaban de manera tácita, como finalmente acaeció.

II.- Realizado el breve preámbulo de cómo los recursos llegan a estudio de la Sala corresponde sintetizar las quejas de los impugnantes.

A fs. 160/170 obra el memorial de agravios del padre de los niños, mientras que a fs. 175/183 hizo lo propio la



progenitora. Ambos escritos son de tenor prácticamente idéntico, de manera que su síntesis puede ser realizada de manera conjunta, realizando las salvedades pertinentes en las circunstancias particulares propias de cada uno.

a) En primer término, señalan que la sentencia que declara la pérdida de la responsabilidad parental con relación a sus tres hijos y su estado de adoptabilidad es nula de nulidad absoluta por haberse omitido el traslado de la ampliación de demanda del Defensor de los Derechos del Niño obrante a fs. 80/84.

Dicen que ese traslado nunca acaeció, vulnerándose sus derechos y garantías constitucionales al debido proceso, a la defensa en juicio, a la igualdad entre las partes y a la tutela judicial efectiva.

b) También añaden como causal de nulidad la circunstancia de que tras el pedido de la parte actora (Defensoría de los Derechos del Niño a cargo del Dr. José Luis Espinar) nunca se dio intervención como Ministerio Pupilar a otra Defensoría de los Derechos del Niño, ni siquiera en el momento previo al dictado de la sentencia atacada.

Concluyen que el pronunciamiento atacado resulta nulo porque la jueza nunca dio intervención al Ministerio Pupilar, tras el pedido inicial de la Defensoría de los Derechos del Niño. Cita jurisprudencia que considera aplicable al caso.

Dicen que las funciones del artículo 59 del Código Civil [actual 103, inciso a) del Código Civil y Comercial] son llevadas a cabo por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente (artículo 49 de la ley 2.302), pero en este caso debió darse intervención a otra Defensoría para que cumpla el rol –que no ha existido en el proceso, aduce- de Ministerio Pupilar.

c) Vuelven a arremeter contra la validez de la resolución, esta vez señalando que la jueza hizo caso omiso a lo requerido por el representante del Ministerio Público Fiscal a fs. 137, cuando señaló que se expediría con posterioridad a la resolución de la apelación (en referencia a las primigenias apelaciones que motivaran el dictado, por esta Sala, del interlocutorio N° 38/2015 en el incidente que corre agregado por cuerda). Dicen que la jueza, indebidamente, luego de recibir el expediente procedió a dictar sentencia, por lo que esta circunstancia también la nulificaría.

d) Ya dentro de cuestiones sustanciales, se agravan porque la resolución no respetó el carácter restrictivo de las causales de privación de la responsabilidad parental; invocándose como único argumento razones que, eventualmente, fundaron la medida cautelar de internación de los niños y prohibición de acercamiento, pero que no bastan para tan extrema decisión.

Citan jurisprudencia.

Rememoran apartados de la resolución dictada por este Cuerpo al pronunciarse sobre las medidas cautelares ordenadas en autos y vuelven a citar un precedente sobre el carácter restrictivo por el que pregonan.

e) Como quinto agravio dirigen sus críticas a la valoración de los cuantiosos informes obrantes en el expediente.

En primer lugar –señalan-, debe tenerse en cuenta que no puede surgir del caso una “verdad con valor absoluto”. Dicen que las observaciones de cada profesional que actúa no pueden ser tomadas como “conocimiento indiscutible”.

Parafrasean a autores de ramas auxiliares del Derecho, pero no otorgan datos que permitan confrontar las citas.

Les llama la atención a ambos progenitores por igual la “casi total ausencia en los informes, los dictámenes y la sentencia atacada, la presencia de algo positivo, algún aspecto valorable con relación a los hábitos de vida de mi representado [los padres] y en su relación con sus tres hijos”. Dicen que ello ha sido omitido, pues es imposible que no existan eventos positivos en su vida, y que ello se relaciona con el “poder de nombrar”: nombran los que están en el poder, en este caso quienes redactaron los informes y las piezas procesales.

Concluyen que resulta imperativa la realización de nuevos y actuales informes sociales y psicológicos –que incluyan las circunstancias vitales que puedan considerarse “valiosas” como camino a la posibilidad de que los niños vuelvan a vivir con su padre (memorial del progenitor) y a tener contacto con su madre (memorial de la progenitora).

Vuelven a realizar citas de ramas auxiliares, de carácter bastante genérico y abstracto.

Concluyen que debe revocarse la pérdida de la responsabilidad parental decretada y la declaración de adoptabilidad pues “debe avanzarse en la revinculación como paso previo a que los niños vuelvan a vivir con su padre” (memorial del progenitor) y “en la revinculación de los niños con sus padres” (memorial de la progenitora).

El padre de los niños finaliza el desarrollo de este agravio (no así la madre) indicando, como prueba de lo expresado,



que la jueza expresa –por ejemplo-, basándose en el informe de fs. 15/17, que: “Los niños se encuentran permanentemente solos, se escapan por la ventana del baño y piden comida a su alrededor”. Dice que en realidad jamás se escaparon por la ventana del baño pues resulta físicamente imposible; pero eventualmente sólo se hace mención en el expediente a una única oportunidad, circunstancia que no puede bastar para tan extrema decisión de privar de la responsabilidad parental.

Finaliza señalando que, por el contrario, constantemente los niños hicieron referencia a la figura paterna de B., expresando sus deseos de verlo; circunstancias que son minimizadas y no valoradas; pero que bastarían para iniciar la imprescindible revinculación.

f) Como sexta impugnación (séptima en el memorial del Sr. A. B.) le achacan a la sentencia que se estaría “judicializando la pobreza” y que eventualmente es el Estado el que debe brindar el debido acompañamiento institucional a los apelantes (cada cual por su lado), reforzando sus aptitudes parentales y garantizando la totalidad de los derechos constitucionales del grupo familiar.

Dicen que no existe riesgo ni circunstancias excepcionales suficientes que funden las injustas medidas tomadas con relación a la privación de la responsabilidad parental y la declaración de estado de adoptabilidad.

Dicen también que debe garantizarse el derecho a ser oídos de los niños, respetándose su voluntad de continuar “viviendo con su padre” (memorial del progenitor) o “teniendo contacto con sus padres” (memorial de la progenitora). Achacan al Estado que, ante el riesgo, es él quien debe brindarle acompañamiento institucional, reforzando –eventualmente- sus aptitudes parentales, propiciándoles ayuda social y psicológica y garantizándoles la totalidad de sus derechos constitucionales.

Dicen que de no llegarse a esta interpretación, eventualmente, y para su cuidado podría recurrirse –como opción- a integrantes de su familia, inclusive de su familia ampliada. Pero nunca alojarlos en una institución y, menos que menos, proceder a su adopción como consta en la sentencia atacada, lo que resulta absolutamente precipitado.

Citan numerosas normas de la ley provincial 2302 (arts. 8, 25, 33) y de la Convención de los Derechos del Niño (art. 9, puntos 1 y 2) para fortalecer sus argumentos sobre la necesidad de que el niño quede en el seno familiar, ya sea con sus padres o sus tíos paternos, pero no que sean entregados en adopción.

También le achacan a la resolución la presunta violación de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”). Señalan que la medida es innecesaria pues hubiese correspondido acentuar las medidas de apoyo institucional y seguimiento por parte del Estado. Así, hubiese quedado mejor resguardado el “interés superior” de los tres niños.

Concluyen que la resolución vulnera las expresas disposiciones del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del artículo 8 de la ley provincial 2.302 (“Garantía de convivencia familiar y comunitaria”) y de los artículos 39 a 41 de la ley 26.061.

Continúan los progenitores haciendo alusión a la falta de ayuda de parte del Estado para con su situación, en lo que parece una evocación de argumentos ya vertidos y sintetizados en párrafos precedentes, por lo que nos remitimos a su lectura en honor a la brevedad.

g) Como agravio final (común) peticionan, de manera eventual y subsidiaria, que los niños sean entregados a sus tíos paternos (Sres. W. B. y G. D. C. R.), con cita de abundantes normas que prevén y pregonan por el mantenimiento en la familia de origen.

Previo a realizar un estéril desarrollo de los argumentos vertidos por los apelantes, resulta mucho más adecuado adelantar la imposibilidad de tratar este agravio por el tribunal, en virtud de que fue justamente el desmoronamiento de esta posibilidad la que motiva el dictado de sentencia por este tribunal.

h) Por último, el progenitor de los niños se agravia por el rechazo de su petición de régimen de visitas. Dice que la denegatoria fue infundada (si bien no lo hace al final, razones de orden expositivo nos llevan a describirlo al clausurar el presente considerando, al ser los restantes de redacción y contenido prácticamente idénticos a los de la progenitora).

Aduce que el derecho de contacto con su padre, es fundamentalmente, un derecho de los niños, perjudicando su interés superior el rechazo de la jueza de grado.



Vuelve a citar el punto 3 del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual reza: "Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño".

De igual manera, invoca el artículo 34 del Decreto 317/2001 (reglamentación de la ley 2.302), el cual ordena que: "...se deberá trabajar con la familia de origen del niño o adolescente a fin de procurarle la orientación y condiciones necesarias para abordar las dificultades que ocasionaron las medidas dispuestas y facilitar -siempre que sea posible- el retorno del niño o adolescente a su seno familiar. En el transcurso de la ejecución de esta medida se favorecerá todo contacto o vinculación con la familia de origen".

III.- A fs. 186/188 obra la contestación del memorial presentado por el padre de los menores por parte del Defensor de los Derechos del Niño, mientras que a fs. 189, el funcionario adhirió a su contestación anterior, a raíz de la ya apuntada semejanza entre los escritos.

a) Respecto al primero de los agravios, dice que la Defensa del Sr. B. no tiene en cuenta que desde el 2 de marzo del corriente año (fs. 44) ha tenido acceso al expediente. Que la ampliación es posterior a esa fecha y que inclusive con posterioridad a la misma, el apelante y su patrocinante solicitaron un régimen de visitas con pronto y preferente despacho, sin hacer referencia alguna a la ampliación del traslado. Que, asimismo, la magistrada de grado hizo saber en dos ocasiones que "previo a resolver" se correría vista al Ministerio Público Fiscal. Concluye el funcionario que habiendo tenido varias oportunidades para plantear la nulidad, hacerlo ahora constituye una actitud reñida con la buena fe procesal.

b) En relación al segundo agravio (también un planteo nulificadorio), señala el Sr. Defensor que la petición es, al menos, "inverosímil".

Afirma que su intervención es precisamente en carácter de Defensor de los Derechos del Niño y Ministerio Público Pupilar, como garante de los derechos de los 3 hermanos, los cuales, como ha quedado debidamente probado, fueron vulnerados en reiteradas oportunidades en al menos los últimos 5 años, debiendo intervenir ante la situación de riesgo permanente y continuo al que eran sometidos.

Por lo expuesto –concluye- resulta improcedente pretender la intervención de otro funcionario que ejerza el mismo rol.

c) Al tercer agravio (y último planteo nulificadorio) refuta indicando que el Ministerio Público Fiscal sí dictaminó y que, en todo caso, nada obsta a que este tribunal subsane la omisión otorgándole intervención en esta instancia.

Finaliza las consideraciones sobre los tres primeros agravios indicando que todos hacen a la forma, olvidando que el proceso es un instrumento para que el juez adopte una resolución justa en beneficio de los niños.

d) Para refutar el cuarto y quinto agravio se remite a sus fundamentos expuestos a fs. 44/45 y 80/84, los cuales dan cuenta de los sobrados argumentos que tuvo la a-quo para dictar resolución.

Dice que se pretende pasar por alto y no tener en cuenta que las personas que elaboran los informes son profesionales con años de experiencia en su función, por lo cual no es simplemente una "visión" sino una opinión profesional fundada en criterios técnicos científicos que valoraron el estado físico, psíquico y social de los niños.

Respecto a la afirmación del Defensor Oficial de que "no se le ve nada bueno al

Sr. B.", rebate recordando que, precisamente, este proceso se inicia al advertirse las consecuencias de la culpa y/o negligencia de los padres que sumieron a sus hijos en un estado de riesgo e indefensión, que motiva la intervención de los organismos competentes.

A mayor abundamiento –continúa-, en el caso que nos ocupa transcurrieron al menos 5 años de negligencia y maltrato a que fueron sometidos los 3 hermanitos, habiendo resultado estériles los esfuerzos realizados por todas las instituciones intervinientes (Autoridad de Aplicación de la Ley 2.302, DDNA, Hospital y Juzgado) para revertir la situación, trabajando con la familia de origen y poder darles una vida digna en dicho ámbito, lo que nunca pudo materializarse.

Por ello, ambos agravios deben rechazarse.

e) En respuesta al séptimo agravio del padre de los menores (identificado como sexto en común en el considerando anterior) se remite nuevamente a la respuesta a los puntos 4 y 5, aclarando esta vez que los niños sí fueron escuchados de manera previa al dictado de la resolución en crisis (fs. 149).



f) En respuesta a la última impugnación en común entre ambos progenitores, referente a la familia ampliada de los niños, consideramos que –al igual que lo realizado con la descripción del agravio pertinente– no corresponde a este tribunal analizar una circunstancia que devino abstracta.

g) Como se señaló en el considerando anterior, dejando la única crítica diferente entre ambos memoriales para la finalización del análisis, refuta el agravio del Sr. B. sobre el rechazo del régimen de visitas destacando que resulta lógico si se lo ha privado de la responsabilidad parental y, por ende, de la comunicación con sus hijos.

Vuelve a señalar que de las actuaciones se desprende que las distintas instituciones del Estado intervinieron en la situación de los tres niños, dando ayuda y apoyo a los padres, sin poder lograr que estos establecieran un vínculo sano con sus hijos, perdiendo estos, los años fundantes en la vida de toda persona.

IV.- Radicados los autos ante este tribunal, a fs. 200/203 se expidió el Sr. Fiscal Jefe de la IV Circunscripción Judicial, Dr. Fernando G. Rubio, propiciando el rechazo de la totalidad de las nulidades acusadas por los apelantes, por tener todas carácter relativo y, en consecuencia, encontrarse saneadas por la omisión de haber sido planteadas mediante la vía y en el momento procesal pertinente.

Detalla una por una las razones por las cuales propicia la desestimación de los planteos nulificatorios.

Señala, en primer término, que el Código de formas no regula en forma autónoma el recurso de nulidad, sino que se considera comprendido dentro del recurso de apelación.

También destaca la distinción entre vicios in iudicando e in procedendo, recordando que son los primeros los que pueden motivar el recurso de nulidad implícito en la apelación, más no los segundos, para los que corresponde promover el incidente de nulidad en la etapa y tiempo procesal oportunos.

Luego de realizar toda la disquisición entre los dos remedios procesales, concluye que los apelantes han errado la vía intentada, pues por tratarse todos de vicios de procedimiento, correspondía encarrilarlos a través del pertinente incidente.

Sin perjuicio de ello, el Sr. Fiscal analiza cada planteo por separado, otorgando los fundamentos de por qué considera que corresponde rechazar los planteos en cada caso, con cita de jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Por su extensión, nos remitimos a su lectura, en honor a la brevedad.

V.- A) Que luego de todas las actuaciones llevadas a cabo en esta instancia, entre las cuales, la más relevante resulta ser la ya expuesta denuncia del acuerdo por parte de la familia guardadora, este tribunal debe decidir sobre el mérito de las apelaciones interpuestas contra la resolución de primera instancia.

En primer término, corresponde expedirse sobre el primer planteo nulificatorio introducido por los progenitores.

Y hemos de detener aquí el análisis y no avanzar más allá, por considerar que asiste razón a los apelantes en una de sus impugnaciones, la cual, por su gravedad, amerita la declaración de nulidad de la resolución impugnada.

Este Tribunal de Alzada no puede pasar por alto la omisión de cumplimiento del traslado ordenado a fs. 85, porque su consecuencia no es la mera pérdida de una facultad procesal por parte de los progenitores apelantes, sino la vulneración del mismísimo ejercicio de su derecho de defensa en un proceso cuya primigenia es privarlos de la responsabilidad parental y de todo trato con sus hijos.

El escrito presentado por el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente y cuyo traslado se omitió (fs. 80/84) hace las veces de una demanda y, en consecuencia, no puede soslayarse a los progenitores la posibilidad de contestar los argumentos de hecho y de derecho brindados por el funcionario, así como la de ofrecer el material probatorio que consideren pertinente.

La omisión, inclusive, no es negada por el Defensor de los Derechos del Niño.

Por el contrario, la reconoce, pero considera que su alegación en esta instancia es extemporánea y reñida con la buena fe.

Pero los argumentos vertidos por el Sr. Defensor, así como los que también señalara el Sr. Fiscal Jefe al evacuar la vista conferida en esta instancia no resultan atendibles en el caso que nos convoca, porque todos refieren al carácter relativo de la nulidad y, en el caso de vulneración del derecho de defensa, la nulidad es de carácter absoluto, y puede ser decretada en cualquier estadio procesal, por su imposibilidad de subsanación y (consecuentemente) de



confirmación.

La Sala I de este tribunal ha tenido la oportunidad de señalar, en postura que se comparte, que "al haberse alegado la violación de la garantía constitucional de la Defensa en Juicio, estaríamos, a priori, frente a un supuesto de nulidad absoluta, declarable de oficio en cualquier estadio procesal, sin gravitar ni ser óbice el silencio, omisión o pasividad de los litigantes" ["BIANCHEDI ANA MARIA C/ CAINZOS ROBERTO Y OTROS S/ INTERDICTO" (Expte. Nro. 2730, Año 2011); Sentencia Interlocutoria N°: 61/2014, del Registro de la Oficina de Atención al Público y Gestión de San Martín de los Andes].

Y, con cita de jurisprudencia, también ha recordado que "La nulidad de los actos procesales se vincula íntimamente con la idea de la defensa en juicio, que tiene en nuestro derecho jerarquía constitucional. En consecuencia, cuando surge algún vicio, defecto u omisión, que haya privado a quien los invoca del ejercicio de alguna facultad, afectando la garantía en cuestión se produce una indefensión que configura la nulidad (CNCiv., sala B, 17/11/83, ED, 108-116; CNEsp. Civil y Com., sala II, 23/7/80, B.C.N.E.C. y C., 695, núm. 10.380). Son así nulos, de nulidad absoluta los actos procesales cuyo contenido viola una garantía constitucional o una disposición de las leyes de fondo relacionadas con la defensa en juicio de los derechos y los establecidos expresamente por la ley como ineludible condición de validez, como ocurre cuando se vulnera el art. 18 de la Constitución Nacional -defensa en juicio- y las disposiciones de orden público de una ley de fondo (CNcom., sala A, 26/9/74, La Ley, 156-534)" [Resolución N° 61/2014, ya citada, con cita de la Cámara Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala I, autos "Consorcio Avellaneda II c. Sobrado, Héctor y otra", Publicado en: LLBA1997, 873; Cita Online: AR/JUR/1654/1996].

B) La cuestión adquiere mayor relevancia si se estudian todas las actuaciones desde la primera intervención de los progenitores y hasta el dictado de la resolución interlocutoria en crisis, de las que se desprende que su falta de participación en el trámite no se reduce a esa traslado concreto. Veamos:

- A fs. 44 obra el acta de la primera audiencia de fecha 02 de marzo del corriente año. Surge de la misma que: a) La Sra. B. J. no contó con patrocinio letrado; b) No se les otorgó la palabra en ningún momento a los progenitores, habiéndose manifestado únicamente el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente; c) No se le corrió traslado alguno de las solicitudes del Sr. Defensor a los progenitores; d) Se decidió agregar los informes acompañados por el Equipo Técnico Interdisciplinario (fs. 28/32), por el Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente (fs. 26/27) y por la autoridad de la ley 2302 (fs. 33/43) sin otorgarle vista o traslado alguno a los progenitores. Amén de ello, la Sra. J. de todas maneras no se encontraba en condiciones de contestar por inexistencia de patrocinio.

- A fs. 67 sí se ordena, sorpresivamente, correr el traslado del pedido de pérdida de patria potestad (responsabilidad parental) y dictado del estado de preadoptabilidad a los progenitores, pero el traslado sólo consiste en eso, no se acompaña escrito con argumentos ni documental respaldatoria en base a los cuales puedan responder y defenderse (ver, en este sentido, el resultado de las cédulas de 69 y 78).

- A fs. 80/84 obra la ya citada presentación del Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente en la que vuelve a solicitar la pérdida de la responsabilidad parental y dictado de estado de preadoptabilidad y, esta vez, sí la funda en hechos y derecho, acompañando las pruebas que considera pertinentes. No obstante, como ya se apuntó, la sustanciación del traslado (ordenada a fs. 98) nunca se efectivizó.

- A fs. 93/96 contesta el primer traslado del pedido (el de fs. 67) y, afinadamente, el defensor público del Sr. B. plantea la imposibilidad de refutarla por no conocer los fundamentos del pedido. Esta solicitud, introducida como excepción de defecto legal por el patrocinante del progenitor, nunca fue tratada por la magistrada de manera previa a pasar a resolución la causa, ordenándole "estar al nuevo traslado" de fs. 98.

- A fs. 107 se dispone agregar el informe del equipo interdisciplinario de fs. 105/106 (que refleja la entrevista a los tíos paternos de los niños) del que sólo se corre vista al Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente, más no a los progenitores, negándoles la posibilidad de, verbigracia, examinar la posibilidad de otorgar la guarda a dichos miembros de la familia extensa referida (si bien a esta altura del trámite se podría en principio afirmar que no es una opción viable la convivencia de aquéllos con los tíos paternos aludidos, atento lo que surge de las constancias de autos; en ese momento era una hipótesis que podía barajarse).



VI.- Pese a que la nulificación de la resolución y el cumplimiento del traslado omitido basta para reencausar adecuadamente el trámite, es posible realizar algunas consideraciones más.

En palabras de las ilustradas juristas Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, 'La temática se conecta a numerosas cuestiones, entre otras: la pertinencia o no de la adopción; el rol de la familia biológica; las políticas públicas de fortalecimiento familiar; el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, proteja y cuide; la intervención del Estado a través del Poder administrador y del judicial; la necesidad de poner fin a una situación de "indefinición" y "provisoriedad" que la mayoría de las veces se mantiene en el tiempo, perjudicando al niño, principal sujeto de protección por manda constitucional- internacional. La pregunta que puede sintetizar la problemática es: ¿hasta cuándo el Estado debe trabajar con la familia de origen —y en su caso, la familia ampliada— y cuándo debe cambiar el rumbo de la intervención hacia la adopción? Este interrogante conduce a otro: ¿Qué herramientas reales, concretas, integrales, no asistencialistas, el Estado maneja para hacer efectivo el derecho de todo niño a vivir con su familia de origen, o sea, para preservar un vínculo jurídico del que se deriva una presunción legal de afecto?

El nudo gordiano de esta cuestión no es jurídico, sino psico-social.' [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción. Kemelmajer de Carlucci, Aída - Herrera, Marisa; Publicado en: Sup. Const. 2011 (noviembre), 20 • LA LEY 2011-F, 225; Fallo Comentado: Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A ~ 2011-07-08 ~ Asesoría de Familia e Incapaces n° 2 s/ estado de preadoptibilidad (C.L., C. E.); Cita Online: AR/DOC/4838/2011].

Concatenado con los interrogantes planteados, las prestigiosas maestras del Derecho de Familia recuerdan y advierten, además, que el aspecto material tiene una importancia muy escasa. Señalan las autoras que el "interés material" es un dato especialmente sensible en el contexto de una declaración de adoptabilidad.

Como asevera Mary Beloff, un estándar regional impide separar a un niño de sus padres sólo por razones socio-económicas (conf. art. 33, ley 26.061). En efecto, el párrafo 76 de la Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño dice: "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención" (...); y el párrafo 77 concluye: "El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal".

En estos contextos, el "interés material" se relativiza, a tal punto de ser rechazado como criterio por la Corte Federal en una sentencia de 02/08/2005, que afirma: "En la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los arts. 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatoria de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación" (considerando 6°).

En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del estado para efectivizar este derecho' [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción, op. Cit.].

Por último, también nos parece pertinente recordar que el derecho a la vida familiar constituye un derecho humano, tanto de los niños como de sus progenitores. Siguiendo a las autoras citadas, cabe destacar que "El derecho a la vida familiar tiene hoy pleno reconocimiento en el ámbito internacional, regional y nacional; se aprecia no sólo como una obligación pasiva, de no intromisión o respeto por parte del Estado, sino como una obligación positiva, es decir, un



deber de favorecer, incentivar y fortalecer los vínculos familiares. En este sentido, el reconocimiento de la familia como elemento básico de la sociedad, con derecho a la protección de la sociedad y el Estado, constituye un principio fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, consagrado por los artículos 16.3 de la Declaración Universal, VI de la Declaración Americana, 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 17.1 de la Convención Americana".

Y que, si bien "El desarrollo del derecho a la vida familiar es incipiente en la jurisprudencia regional interamericana; de cualquier modo, la CIDH ha establecido de manera expresa que "el Estado se encuentra obligado a favorecer el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar; que el niño debe permanecer en él, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. La excepcionalidad de la separación familiar encuentra su razón de ser en el hecho de que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de la familia, siendo una de las interferencias más graves la que tiene por resultado la división de la misma" [Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción].

VII.- Como agudamente demuestran las doctrinarias citadas en párrafos precedentes, son numerosas las interrogantes que debe disipar (razonablemente) el órgano jurisdiccional antes de decretar dos medidas de carácter extremo como son la privación de la responsabilidad parental y el estado de adoptabilidad de sus hijos. Varias de ellas no encuentran respuestas en las constancias del expediente.

Contrastada la casi inexistente participación de los progenitores en el trámite con las pautas reseñadas, manteniendo el norte en Interés Superior del Niño, pero trazando la ruta a través del respeto de su Derecho Humano a desarrollar sus vidas en el núcleo familiar de origen, este Cuerpo se convence de que no se pueden convalidar los vicios advertidos en el trámite seguido en las presentes, amparándose en cuestiones procesales sobre cargas, plazos y presuntos consentimientos tácitos; máxime cuando la declaración del estado de adoptabilidad no es una decisión que pueda tomarse solamente evocando el "interés superior del niño", para así sortear cualquier obstáculo que se presente a fin de allanar el camino.

Debe permitírseles a los progenitores la posibilidad de contestar los argumentos del Sr. Defensor de los Derechos del Niño y del Adolescente brindados en el escrito de fs. 80/84, y que juega como una verdadera demanda en contra de ellos.

Debe permitírseles ofrecer y producir la prueba que consideren haga a su derecho.

Debe otorgárseles vista de todos los informes que se vayan incorporando al expediente y no sólo conferirla al Defensor de los Derechos del Niño.

Deben realizárseles, en la medida que los progenitores presten su conformidad, los exámenes psicológicos, psiquiátricos, socio-ambientales y cuanto más sean necesarios para formarse un fidedigno y actual perfil de sus figuras paternas, así como de sus posibles avances sobre el punto respecto a las últimas entrevistas realizadas (noviembre de 2014 y febrero del corriente año).

Debe, asimismo, juzgarse sobre el mérito y conveniencia de mantener, modificar o hacer cesar las medidas cautelares decretadas a lo largo del trámite, ya sean las vinculadas a la persona de los progenitores o a la estadía de los menores en el Refugio Municipal "Samuel Pérez" de la ciudad de San Martín de los Andes.

VIII.- Finalmente, y a esta altura del análisis, no podemos dejar de recapitular sobre lo sucedido en la causa "FORNERON" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que concluyera con la sentencia que declaró la responsabilidad internacional del Estado argentino por la violación de los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en los arts. 8.1 y 25.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1 y 17.1 de la misma y por la violación del derecho a la protección a la familia reconocido en el art. 17.1 de la Convención, en relación con los arts. 1.1, 8.1 y 25.1.

Sin perjuicio de tratarse de dos plataformas fácticas totalmente distintas y que, por ende, no pueden ser asimiladas desde esa arista, sí resulta prudente rescatar y recordar (a esta altura del trámite y no más tarde), que el Estado argentino debe velar porque las personas que acuden a sus organismos obtengan una respuesta que cumpla con los



estándares convencionales a los que voluntariamente se sometió desde la reforma constitucional del año 1994.

Esta Cámara Provincial de Apelaciones, como órgano del Poder Judicial de la Provincia de Neuquén, y esta última a su vez, como uno de los veintitrés estados federales que componen la República, debe evitar, en la medida de su competencia, que el trámite pueda desembocar en la violación de derechos humanos de los justiciables y que, en última instancia, tenga la potencialidad de hacer responsable internacionalmente al Estado argentino por las consecuencias disvaliosas.

IX.- Por las consideraciones realizadas, los restantes agravios devienen de abstracto tratamiento.

Sin perjuicio de ello, y en relación al pedido de fijación de un régimen de visitas por parte del Sr. A. B. respecto de sus hijos, en virtud de que la magistrada únicamente fundó el rechazo en las decisiones de fondo que por el presente quedarán sin efecto (privación de la responsabilidad parental y decreto de estado de adoptabilidad de los niños), corresponde que se reabra su estudio en origen.

X.- Con relación a lo señalado en el último párrafo del considerando VII, en cuanto al mérito y conveniencia de mantener, modificar o hacer cesar las medidas cautelares decretadas durante el trámite (vinculadas a la persona de los progenitores o a la estadía de los menores en el Refugio Municipal "Samuel Pérez" de la ciudad de San Martín de los Andes); este Cuerpo, no puede pasar por alto, atendiendo a la nulidad propiciada y en función de lo desarrollado en los considerandos precedentes con relación a los derechos que se deben proteger, que la cautelar decretada en la instancia de origen, en cuanto al albergue provisorio de los niños en el "Refugio Municipal Samuel Pérez", de esta ciudad, debe cesar, correspondiendo –en este estado- ordenar la externación de los mismos, para lo cual, el Sr. Defensor de los Derechos del Niño deberá, en el marco de sus funciones, lo dispuesto por la Ley 2302, y con el debido apoyo institucional ampliamente referido en los considerandos que anteceden, arbitrar –de inmediato- los medios necesarios a fin de que se seleccione una familia de acogimiento transitorio –de las incluidas en el R.U.A., de existir la posibilidad, y/o pertenecientes a algún otro programa similar dependiente del Poder Ejecutivo Provincial- con el fin de que los niños transiten este período hasta que se resuelva en definitiva.

En este mismo orden, y en cuanto a la prohibición de acercamiento a los niños que pesa sobre ambos padres, en función de los principios a los que debemos atender desarrollados claramente en los considerandos que preceden, la nulidad que se decreta y en función de la primordial protección del derecho a la familia, habremos de ordenar la revinculación progresiva de los niños con ambos padres, lo que deberá ser encausado inmediateamente por el magistrado de grado una vez que los niños se encuentren en el marco de la familia de acogimiento, y mediante estrategias de revinculación sana con sus progenitores.

XI.- A esta altura, corresponde señalar que, atento a la resolución que se arriba, corresponde apartar de la causa a la Magistrada de grado, debiendo continuar con el trámite el juez que sigue en orden de subrogancia legal.

XII.- Costas de Alzada en el orden causado, en virtud de la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68, segundo párrafo, del C.P.C. y C.).

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.- Declarar la nulidad desde fs. 85 y de todo lo actuado en consecuencia; y devolver las actuaciones a origen, a fin de que se les otorgue el trámite correspondiente, conforme lo considerado.

II.- Apartar de la causa a la Juez Titular del Juzgado de Familia, debiendo continuar con el trámite el subrogante legal.

III.- Ordenar la externación de los niños del "Refugio Municipal Samuel Pérez", de esta ciudad, debiendo el Defensor de los Derechos del Niño arbitrar los medios a fin de que los niños sean alojados y contenidos por una familia de acogimiento transitorio, conforme lo expuesto en el considerando X.

IV.- Ordenar la paulatina revinculación de los niños con sus padres, la que deberá ser encausada por el Juez de grado, conforme lo indicado en el considerando X.

V.- Costas de Alzada en el orden causado, en virtud de la forma en que se resuelve la cuestión (art. 68, segundo



párrafo, del C.P.C. y C.).

VI.- Regístrese, notifíquese y oportunamente vuelvan las actuaciones a origen.

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

Registro de Sentencias Interlocutorias N°: 75/2015

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

“D. L. C. C/ C. M. H. S/ TENENCIA” - 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.: 4967/2013) – Interlocutoria: 123/15 – Fecha: 11/12/2015

DERECHO PROCESAL: Jurisdicción y competencia.

REGLAS DE COMPETENCIA. PROCESOS RELATIVOS A LOS DERECHOS DEL NIÑO. ADOLESCENTES. DETERMINACION. CENTRO DE VIDA.

Cabe confirmar la resolución interlocutoria por intermedio de la cual el Magistrado de grado se declara incompetente para seguir entendiendo en estos obrados, ordenando, en consecuencia, el archivo de las presentes actuaciones, pues, en autos no se encuentra controvertido que el lugar de residencia actual del niño y su centro de vida –como bien se expone en la decisión puesta en crisis- es en la provincia de Buenos Aires, por lo que el juez competente a fin de dirimir la problemática actual es aquel con competencia en cuestiones de familia de su lugar actual de residencia.

Texto completo:

Cutral Co, 11 de Diciembre de 2015.

VISTOS:

Las presentes actuaciones caratuladas: “D. L. C. C/ C. M. H. S/ TENENCIA” (JEXP N° 4967/2013) del registro del Juzgado de Primera Instancia en todos los fueros de la ciudad de Villa La Angostura -IV Circunscripción Judicial- 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.- Mediante resolución interlocutoria obrante a fs. 68/72 el Magistrado de grado se declara incompetente para seguir entendiendo en estos obrados, ordenando, en consecuencia, el archivo de las presentes actuaciones.

Contra tal decisorio se alza la parte actora a fs. 75, expresando los correspondientes agravios a fs. 78/81.-

Refiere que la resolución en crisis le produce agravio por cuanto hizo lugar al planteo de competencia formulado por el demandado, no habiendo acogido los fundamentos expuestos por su parte en lo que refiere a los conceptos de interés superior del niño y centro de vida.

Concretamente le causa agravio que el juez haya fallado determinando que la competencia está definida por el lugar de residencia habitual del niño.

Asimismo se agravia en razón de que considera que el a quo no ha analizado lo expuesto en su escrito en cuanto a



que el hecho de que las presentes actuaciones continúen tramitando en esta jurisdicción en modo alguno implica una afectación de los derechos de su hijo contemplados por la Convención de los Derechos del Niño ya que el padre continuará ejerciendo la custodia provisoria del mismo hasta que en autos se dicte sentencia definitiva y se encuentre firme.

Refiere que también debe tenerse en cuenta el avanzado estado del proceso ya que un eventual cambio de jurisdicción indudablemente redundará en retrasos.

Insiste en que la resolución se basa en el interés del niño pero en ninguna parte dice cual es y cómo se vería afectado el mismo en lo que respecta a su hijo. Por ello considera que en el decisorio en crisis existe un vacío argumental.

Sostiene que la continuidad de los presentes obrados ante esta jurisdicción no implicaría ningún cambio en la vida cotidiana de su hijo y que el principio de inmediatez es un concepto que debe ser aplicado y previamente analizado en cada caso concreto, lo cual no ocurrió en autos a tenor de la resolución que se recurre.

Manifiesta que el propio a quo ha reconocido en la resolución que se recurre que el planteo realizado es extemporáneo, no obstante lo cual, considera que la operatividad en la Convención de los Derechos del Niño y la ley 26.061, le permiten apartarse de las reglas de competencia.

Corresponde a su entender dilucidar la aplicación e interpretación a este caso concreto de los conceptos "interés superior del niño" y "centro de vida", analizando si los derechos y garantías del niño concretamente se verían afectados.

Cita doctrina y jurisprudencia que considera aplicable al caso y culmina señalando que en los autos "D. L. C. C/ C. M. H. S/ REINTEGRO AL HOGAR", iniciados con anterioridad a las presentes, el magistrado homologó el acuerdo arribado por las partes y en el cual se acordó que el juicio de tenencia continuaría tramitando ante esta jurisdicción, entendiendo al respecto que el mismo no respetó dicho acuerdo de partes que debió ser considerado en razón de lo previsto por el artículo 1.197 del código civil.

Añade que el inicio de las presentes ante esta jurisdicción se originó ante el hecho de que su hijo vivía en Villa La Angostura habiendo consentido el demandado la competencia.

II.- Corrido el pertinente traslado de ley, a fs. 84 y vta contesta la contraria, solicitando el rechazo del recurso incoado y a cuyo escrito remitimos en honor a la brevedad.

III.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a consideración de este Tribunal cabe recordar que el artículo 716 del Código Civil y Comercial De la Nación –vigente a partir del primero de Agosto del año 2015- recogiendo la ya unánime tendencia jurisprudencial que nuestros tribunales venían desarrollando desde hace tiempo al respecto y lo preceptuado por la ley nacional 26.061 señala que "En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que decidan en forma principal o que modifiquen lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida". (text).

De ello se desprende con toda claridad no sólo que todos los procesos donde estén en juego los intereses de los niños serán tramitados ante el juez donde este efectivamente tenga su centro de vida, sino que además dicha competencia no puede ser prorrogada por acuerdo de partes ni expresa ni tácitamente.

Cabe agregar que la prórroga de la competencia es una excepción a las normas que rigen en la materia y como tal debe ser interpretada con criterio restrictivo, admitiéndose sólo respecto de la competencia territorial y en relación a cuestiones exclusivamente patrimoniales, que, claro esta no es la naturaleza de la cuestión planteada en estos obrados.

Así, el mencionado artículo 716 del código Civil y Comercial de la Nación refiere tanto a los procesos que decidan en forma principal como también a aquellos que modifique lo ya resuelto en otra jurisdicción, concluyendo entonces sobre la provisoriedad y mutabilidad de las decisiones adoptadas en las materias contenidas en la norma, atento que éstas no causan estado y son modificables conforme los cambios que sufra la situación de hecho que las generó. En esta dirección "...Lo novedoso de la nueva redacción es que la determinación de la competencia del juez fijada a partir de tener en cuenta el centro de vida del infante o adolescente se impone, tanto cuando se trata de un "juicio



principal" como cuando se procura "modificar lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional", tal como reza la norma que nos ocupa".

"Esta posibilidad, como se advierte, quiebra los principios que sostienen la perpetuidad de la jurisdicción y la conexidad, los que resultan habitualmente de los cuerpos adjetivos...ello mantenía la competencia del magistrado que hubiera intervenido en el divorcio, acción de filiación o alimentos, lo que generaba evidentes inconvenientes cuando, a lo largo del lapso de la menor edad, se producían cambios en el domicilio o residencia del niño y sus progenitores...". (cfr. Tratado de Derecho de Familia, Aída Kemelmajer de Carlucci-Marisa Herrera –Nora Lloveras Tomo IV-pág 469, Editorial Rubinzal Culzoni).

La norma bajo examen no es en absoluto caprichosa, sino que por el contrario se encuentra orientada para que las cuestiones de familias en las cuales además se ven involucrados los intereses de los niños puedan ser dirimidas por un juez que conozca su realidad concreta y que pueda interactuar de manera real y efectiva con él, esto es hacer realidad los principios de inmediatez y personalidad (cfr. autora y obra citada).

Por lo dicho no compartimos con el recurrente el argumento por el cual señala que las presentes deben continuar tramitando ante esta jurisdicción porque ello no altera la vida cotidiana del niño, por el contrario consideramos que la mejor decisión en la materia habrá de adoptarla aquel juez que tenga contacto más cercano con el mismo y pueda fácilmente verificar la situación real que lo rodea. En igual tesitura la doctrina ha dicho "...Ello pues las normas constitucionales derivadas de la Convención de los Derechos del Niño, como sujeto de derecho requieren que se considere su residencia habitual como centro de vidas más allá del domicilio que, desde lo estrictamente legal tengan sus representantes legales. En este sentido la Corte Suprema de Justicia a de la Nación determinó que las actuaciones cuyo objeto atañe a menores debe promoverse en el lugar donde estos viven ya que la eficacia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor intermediación del juez de la causa con sus situación" (fallos 324:2486 y 325:339) (Cfr. autora y obra citada Pags. 469-470).

En esta dirección la Sala II de este cuerpo ha resuelto recientemente en similar tesitura en los autos "MARDONES JORGE DANIEL C/ RETA GLENDA NATALIA S/ REGIMEN DE VISITAS" (Expte. Nro. 54080, Año 2011 RI N° 53 Folio: 160/162 año: 2015 oficina Cutral Co) donde con de cita precedentes tales como "Molina c/ Amin" (PI 2012-IV, Nro. 269), "Becerra c/ Passarella" (PI 2012-III, Nro. 185) y "Sainz c/ Bracalante" (PI 2013-I, Nro. 34), de la Cámara de Apelaciones de la Primera circunscripción judicial señaló: "...El marco jurídico en el que se desenvuelve este proceso es el principio del "interés superior del niño" consagrado en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene rango constitucional –Ley 23.849-. Este está por encima de todo otro precepto legal y debe ser preferido por los jueces sobre los demás derechos de los padres y de la familia al momento de decidir los conflictos que atañen a los menores. Concordante con ello tiene dicho la jurisprudencia: "El carácter operativo de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporadas a la CN en virtud de lo dispuesto por el art. 75 inc. 22 CN, permite admitir el reconocimiento de competencia al juez del domicilio del menor" (cfr. LDT; DRES.: BRITO - AREA MAIDANA - DATO. L. M. R. C/ T. R. B. s/ FILIACION, Fecha: 06/04/2004, Sentencia N°: 242, Corte Suprema de Justicia Sala Civil y Penal)"[...] Culmina el razonamiento de los Sres. Vocales, afirmando: "En los antecedentes citados se ha privilegiado el lugar de residencia del menor a efectos de determinar cuál es el tribunal competente, por entender que dicho tribunal es el que se encuentra en mejores condiciones de conocer la realidad de aquél, y resolver en consecuencia" (tex.).

En virtud de los argumentos esgrimidos y toda vez que en autos no se encuentra controvertido que el lugar de residencia actual del niño y su centro de vida –como bien se expone en la decisión puesta en crisis- es en la provincia de Buenos Aires, entendemos que el juez competente a fin de dirimir la problemática actual es aquel con competencia en cuestiones de familia de su lugar actual de residencia.

En atención a todo lo dicho corresponde rechazar el recurso intentado y, en consecuencia, confirmar la decisión de primera instancia en todo aquello que ha sido materia de agravio para el apelante, con costas cargo del vencido.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y 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 parte actora y, consecuentemente confirmar lo resuelto en la resolución interlocutoria de fecha 25 de Junio de 2015 obrante fs. 68/72, en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios para el recurrente.

II.- Imponer las costas de Alzada a cargo del recurrente perdedor, por no encontrar mérito para apartarnos del principio objetivo de la derrota (art. 68 del CPC y C), regulándose los honorarios profesionales de los Dres. ... y ... en su carácter de patrocinantes de la actora en la suma de pesos un mil setenta y ocho (\$1.078,00) para cada uno de ellos y los de la Dra. ... en su carácter de patrocinante del demandado en la suma de pesos tres mil setenta y ocho (\$3.078,00), con más IVA en todos los casos de así corresponder. (art. 6, 7, 9, 35 y concordantes de la ley 1594 modificada por ley 2933).

III.- Regístrese, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dra. Alejandra Barroso

Registro de Interlocutorias N° 123/2015

Dra. Victoria Boglió - 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 – SOBRESIMIENTO.

1.- Corresponde confirmar el sobreseimiento (art. 160, inc. 3º, 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 los 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 meritarse 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. Declaración de rebeldía.

1.- Es inadmisibles 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: Decisiones impugnables:

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.- Las 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 del debate.

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](#)

"LARA JOHNATAN S/ ROBO CALIFICADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 13328/2014) - Sentencia: 05/16 - Fecha: 17/02/2016

DERECHO PROCESAL: PLAZO RAZONABLE.

- 1.- El art. 56 de la LOJP (referido a las causas de transición) debe ser interpretado armónicamente con lo normado en el art. 87 del CPP, en punto a los alcances que cabe asignar al concepto "plazo total" enunciado en la primera de las citadas disposiciones en su título. A partir de allí no corresponde concluir que, como regla general, dicho plazo no puede ser otro que el fijado en el referido art. 87 como de duración máxima del proceso (tres años), salvo para los supuestos contemplados en el segundo párrafo del art. 56, en cuyos casos se fijó en dos años, ello siempre computado desde la entrada en vigencia de la Ley 2784 (del voto de la mayoría).
- 2.- El art. 87 del CPP regula legalmente el "plazo razonable" de duración del proceso, llenando un vacío legal existente anteriormente. La citada norma, en conjunción con lo establecido en los arts. 18 (referido a "Justicia en tiempo razonable"), 23 (sobre "Interpretación restrictiva") y 79.1 (establece la perentoriedad de los plazos legales) - todos del CPP- permite concluir que el término fijado en el art. 56 de la LOJP es perentorio y debe ser interpretado restrictivamente a favor del ejercicio de los derechos del imputado (del voto de la mayoría).
- 3.- Resulta absolutamente irrazonable sostener que el derecho al recurso se encuentra afuera del proceso penal y en tal sentido se consideró forzado interpretar el término "finalización" (cfr. art. 56, LOJP) apartándose del criterio sentado por el art. 87 del CPP que sólo excluye del plazo máximo fijado "el tiempo necesario para resolver el recurso extraordinario federal". Es decir, no es viable afirmar que el "proceso" finaliza con la "sentencia de juicio" (del voto de la mayoría).
- 4.- El órgano legisferante provincial estableció para los casos iniciados a partir de la entrada en vigencia de la Ley 2784 que en tres años debía tener lugar la investigación, el pronunciamiento final y su control ordinario, si así se lo requiriera (cfr. art. 87 CPP y 56,



1º párr. LOJP). Asimismo, reguló los supuestos con génesis anterior a dicho hito, agrupamiento para el cual adoptó el criterio según el cual se otorgan dos años a partir de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento adjetivo para la “finalización” (cfr. art. 56, 2º párr., LOJP) -del voto en disidencia del Dr. Rimaro-.

5.- El juicio finalizado se compone de formas sustanciales (acusación, defensa, prueba y sentencia), las que de verificarse permiten afirmar la concreción del debido proceso legal. Entonces, el registro de la “totalidad” de esos presupuestos en el lapso de dos años es lo que razonablemente debe interpretarse que el legislador ha tenido en cuenta al usar la palabra “proceso”, sin contemplar que en ese interregno tuviera lugar actividad impugnativa (aunque más no sea la ordinaria) pues el ejercicio de la actividad requirente de contralor de las decisiones judiciales es una eventualidad. Lo contrario importaría entronizar celeridad a costa de consecuencias irrazonables tal como la negación de justicia a un grupo de víctimas (del voto en disidencia del Dr. Rimaro).

6.- Las instancias recursivas están, obviamente, insertas en una interpretación ordinaria del concepto “proceso” pero al advertir el legislador el vacío consistente en no haber contemplado dentro de los dos años la etapa recursiva ordinaria y la extraordinaria local, lo reguló expresamente a través del dictado de la Ley 2974 que establece que el lapso que comprende la culminación de tales extremos revisores (para los casos contemplados en el art. 56, 2º párr. LOJP) no podrá exceder de dos años y nueve meses a contar de la entrada en vigencia del ordenamiento procesal vigente en la actualidad (del voto en disidencia del Dr. Rimaro).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"R. E. J. E. S/ ABUSO SEXUAL AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14063/2014) – Sentencia: 13/16 - Fecha: 26/02/2016

DERECHO PROCESAL: SENTENCIA CONDENATORIA.

APRECIACION DE LA PRUEBA - DELITOS CONTRA LA INTEGRIDAD SEXUAL – PRESUNCIONES.

1.- Satisface el estándar de duda razonable la sentencia que tuvo por probado un único hecho delictivo, en base al testimonio que la niña víctima refiriera en Cámara Gesell, en consonancia con lo que la misma le manifestara a sendos miembros de su familia, que depusieron durante la celebración del juicio. Máxime si a ello se le suma la valoración



efectuado del testimonio calificado brindado por la licenciada que entrevistara a la víctima bajo la modalidad antes citada, así como el hecho de que la niña en distintas ocasiones repitiera con tono lloroso la misma versión de lo vivido. Todo ello se apoyó, asimismo, en las conclusiones que arrojó el informe médico y psicológico oportunamente practicado a la misma. Lo mismo cabe concluir respecto de la autoría del sospechado pues la misma se probó con suficiencia a partir de haber sido el único sujeto sindicado como tal.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"P. D. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 14694/2014) - Sentencia S/N –
Fecha: 10/02/2016

DERECHO PROCESAL: Audiencia de impugnación.

Ante la incomparecencia injustificada del impugnante (pretense querellante), quien se encontraba debidamente notificado de la celebración de la audiencia correspondiente (art. 245, CPP), se resolvió tener por desistida la presentación en cuestión.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"D. N. N. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11368/2014) - Sentencia S/N - Fecha 10/02/2016

DERECHO PROCESAL: SOBRESEIMIENTO.

DERECHOS DE LA VICTIMA – NOTIFICACION.

1.- Si bien el ordenamiento procesal por una parte dispone que el Tribunal debe ceñirse en su análisis al tratamiento de los agravios de las partes, por otro lado éste también posee el deber de control de las garantías constitucionales; en este sentido corresponde recordar que la tutela judicial efectiva -con relación a la víctima- no sólo comprende la posibilidad de tener acceso a la justicia sino también de intervenir en el proceso, sea peticionando, controlando, incluso, obteniendo un pronunciamiento



definitivo. En el caso la víctima no fue notificada de la realización de la audiencia en la que se dispuso el sobreseimiento y tampoco de la de impugnación, ello en violación de lo prescripto por el art. 61, inc. 7º del CPP que establece que la víctima tiene derecho a ser escuchada antes de cada decisión que implique la extinción o suspensión de la acción penal. Debe darse tal posibilidad con independencia de lo que la misma luego decida hacer (del voto de la mayoría).

2.- Tratándose de un proceso de la llamada "transición", excluido de los supuestos contemplados en el art. 56, seg. párr. de la LOJP, de conformidad con el primer párrafo de la citada norma, así como con la previsión contenida en el art. 49, del mismo cuerpo normativo y, tras una interpretación armónica de lo normado en el art. 87 del CPP -sobre duración máxima de los procesos- se consideró razonable que el legislador haya estipulado para tales supuestos (procesos que al momento de entrar en vigencia el nuevo digesto adjetivo llevaran menos de tres años de tramitación) un mayor lapso temporal (tres años) para su adecuación y finalización. En modo algo en tales casos puede hablarse de afectación del plazo razonable (del voto de la mayoría).

3.- De conformidad con lo resuelto in re "Parra", Leg. MPFNQ 41933 (aud. celebrada en fecha 01/02/16), encontrándose involucrado en el caso una cuestión de género y rigiendo en tal sentido no sólo lo establecido en la Convención Belén Do Pará (art. 7) sino también lo normado en el art. 61, inc. 7º del CPP, dado que la víctima no fue escuchada se entendió que debía suspenderse la audiencia en cuestión, ordenándose asimismo la remisión del legajo a la Oficina Judicial para que por intermedio de un juez de garantías resolviera la situación conforme a derecho. Temperamento éste que también fue adoptado por el TSJ in re "LLaytuqueo", Acuerdo nº 4 del TSJ (del voto en disidencia del Dr. Varessio).

4.- De conformidad con lo establecido en los arts. 79 del CPP y 56 de la LOPJ en función de la fecha de comisión del hecho denunciado (06/01/13) y de la entrada en vigencia el nuevo Digesto Adjetivo el día 14/01/16 se encuentran vencidos los cuatro (4) meses de duración máxima de la etapa preparatoria (art. 158, CPP), correspondiendo el sobreseimiento del imputado (del voto en disidencia del Dr. Varessio).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"P. J. A. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFZA 15085/2015) - Sentencia S/N -
Fecha: 11/02/2016

DERECHO PROCESAL: RESOLUCIONES INAPELABLES.

EXISTENCIA DEL AGRAVIO.

Es inadmisibles formalmente la impugnación deducida por la defensa contra la decisión adoptada en el marco de la audiencia de control de la acusación (art. 168, CPP), ello con fundamento en el principio de taxatividad de los recursos establecido en el art. 227 del ritual. El código asigna el derecho a impugnar en los casos y situaciones expresamente previstos, sin embargo la parte, en aras de acreditar su legitimación objetiva invocó la previsión contenida en el art. 233 del CPP en cuanto alude a los autos procesales importantes, pero omitió indicar, específicamente, cuál es el gravamen que considera irreparable y cómo encuadraría la situación en cuestión en tal previsión, es decir, qué circunstancia convierte la decisión que ataca en un auto equiparable a sentencia definitiva y, en su caso, cuál es la razón por la cual ello no podría ser valorado al momento de recurrir dicho pronunciamiento.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"GUZMÁN ALDO S/ HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10500/2014) -
Sentencia: 7/16 - Fecha: 19/02/2016

DERECHO PROCESAL: PROCEDIMIENTO DE IMPUGNACION.

PRUEBA – OPORTUNIDAD - APRECIACION DE LA PRUEBA - SANA CRITICA RACIONAL.

1.- El ordenamiento procesal prevé la posibilidad de abrir a prueba la instancia de impugnación y existe al efecto una audiencia específica (cfr. art. 244, CPP) en la que se evalúa su procedencia. En el caso se rechazó el ofrecimiento efectuado al momento de celebrarse la audiencia propia de impugnación (art. 245 del CPP) pues se trató de prueba no ofrecida para su producción durante el juicio a efectos de fundar una nueva hipótesis, en razón de ello, dado que la labor del Tribunal de Impugnación es revisar la sentencia dictada por los jueces del juicio y es evidente, entonces, que el testigo en cuestión no fue escuchado, sumado a que tampoco fue ofrecido en el término correspondiente para la interposición de la impugnación. (Esta



cuestión fue resuelta en la audiencia del 2/2/16 y difirieron el tratamiento por escrito de los restantes).

2.- Frente a una base probatoria sólida, debidamente valorada en forma individual y conjunta, que satisface plenamente el estándar probatorio de la "sana crítica racional", exigido por nuestro sistema procesal para las decisiones de los jueces técnicos, debe confirmarse la sentencia condenatoria impugnada si la defensa pretendió sostener en la impugnación una versión refutatoria que no encuentra respaldo probatorio alguno y que sólo se basa en inconsistentes y contradictorios testimonios debidamente analizados -y descartados.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"G. H. E. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 20487/2014) – Sentencia: 03/16 - Fecha: 12/02/2016

DERECHO PENAL: SENTENCIA ARBITRARIA.

1.- Es arbitraria la sentencia que recorta el testimonio de la víctima, que omite referirse a partes de dicha declaración de relevancia capital desde lo fáctico y desde lo jurídico. La facultad del magistrado de juicio, en punto a la percepción y valoración de la prueba producida en el debate también le acarrea obligaciones, entre ellas explicar razonadamente por qué ignora partes sustanciales del principal testimonio.

2.- Corresponde calificar el hecho imputado como abuso sexual gravemente ultrajante (art. 119, párr. 2º CP) si el acto duró más tiempo que el requerido para la realización de la conducta abusiva y, en el caso, conforme el relato efectuado por la víctima no solo existió un hecho en fecha incierta pero cuando contaba con diez u once años sino que se agregó que los ataques continuaron prácticamente hasta cuando ella se encontraba en séptimo grado, pauta indicativa de un concreto ámbito temporal. A lo dicho debe sumarse, en punto a "las circunstancias de su realización", que -si bien en la sentencia sólo se consignó manoseos- también la joven relató que existieron besos en partes de significado sexual e incluso que existió un intento de introducción de dedos luego de que su progenitor tratara de penetrarla con el pene (en una cama cucheta de la vivienda).

3.- Existe arbitrariedad en la sentencia que en lo atinente a la calificación legal no explica razonadamente el rechazo del encasillamiento pretendido por los acusadores y, en cambio, sólo se consignan algunas afirmaciones dogmáticas, que explican



desde el plano legal cuándo se registra la existencia del tipo (abuso sexual gravemente ultrajante) y que en el caso no se daría; sin embargo no existe ni una línea en la que se haga referencia a la entidad de los actos concretos que se tuvieron por probados.

4.- No debe considerarse en la mensuración de la pena lo alegado respecto a la peligrosidad del condenado debido a un supuesto abuso a otras personas, pues en tal caso se le estaría aplicando una pena previo a la investigación y defensa correspondiente; tampoco debe considerarse aquello que el encartado pueda hacer en el futuro (dada su profesión). La culpabilidad reprochada al justiciable es por lo que hizo y no por lo que podría llegar a hacer.

5.- Constituye un abuso sexual "gravemente ultrajante" (por las circunstancias de su realización en relación a la niña víctima, el hecho que fuera descrito en la sentencia como "cunnilingus" (del voto del Dr. Cabral).

6.- La repetición de actos de contenido sexual no configuran la agravante del abuso sexual gravemente ultrajante por su "duración", en cambio puede constituir un concurso real entre los distintos hechos típicos o en su caso puede tratarse de un delito continuado pues, conforme lo describe la doctrina, existió una unidad de resolución que se ejecuta mediante distintos hechos; pluralidad de acciones homogéneas, siendo que las distintas acciones presentan una semejanza sustancial, en cuanto dependen de una misma resolución renovada en cada una de ellas; identidad de lesión jurídica, unidad de sujeto pasivo; cierta conexión temporal y espacial y el aprovechamiento de la misma situación (del voto del Dr. Cabral).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"COMISARIA QUINTA S/ INVESTIGACION HOMICIDIO (VICTIMA PADILLA)" - Tribunal de Impugnación
- (Expte.: MPFNQ 10501/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 8/3/2016

DERECHO PENAL: RECURSO DE REVISION PENAL.

PRISION DOMICILIARIA

1.- Corresponde revocar la decisión adoptada por la jueza de garantías y en consecuencia conceder la prisión domiciliaria de la condenada (cfr. art. 32, inc."f", L.24660) pues más allá del ánimo en punto a adoptar todos los recaudos, la confección de un informe ambiental no constituye un requisito fijado por la ley de



ejecución penal (cfr. art. 33, L.24660) para casos como el analizado en consecuencia no es posible su exigencia. Ello así, máxime teniéndose en consideración la facultad que otorga el art. 34 de la citada ley en relación a la posibilidad de revocar la decisión en caso de variar las circunstancias originariamente tomadas en consideración.

2.- Toda vez que el pedido de prisión domiciliaria, en los términos del art. 32, inc. "f", L.24660, no fue rechazado sino que fue diferido su tratamiento hasta tanto se cuente con un informe del gabinete criminológico que indique las condiciones en las que se encontraría en el domicilio propuesto por la condenada no existe un agravio actual que justifique la impugnación deducida (del voto en disidencia del Dr. Repetto).

3.- Si bien es cierto que para el supuesto contenido en el inc. "f", del art. 32 de la Ley de Ejecución Penal, no se exige como condición necesaria para conceder la prisión domiciliaria un informe social previo (conf. art. 34), lo cierto es que tampoco lo prohíbe. En tal directriz resulta absolutamente lógico que a los efectos de adoptar la mejor decisión en un caso concreto se cuente con la información necesaria y adecuada al efecto (del voto en disidencia del Dr. Repetto).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"MENDEZ HÉCTOR DAVID S/ HOMICIDIO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 10637/14) – Sentencia: 6/16 - Fecha: 18/02/2016

DERECHO PROCESAL: SENTENCIA.

AGRAVANTES DE LA PENA - POLICIA - ARMA REGLAMENTARIA.

1.- Mas allá de lo que el legislador haya querido decir al emplear el giro "finalización de los mismos" (cfr. art. 56, LOJP), es decir si se refirió a la sentencia o a la finalización del proceso con una sentencia firme, lo cierto es que la existencia de una sentencia firme -en relación a la defensa del imputado que no cuestionó la declaración de responsabilidad-, sumado a la existencia de un recurso de queja deducida ante la CSJN presentada por los acusadores, impide declarar extinguida la acción penal por vencimiento de los plazos (cfr. art. 87, CPP).

2.- Es ajustado a derecho, a los efectos de la determinación judicial de la pena, valorar las circunstancias de realización del hecho y en orden a ello merituar como agravante haberle disparado a la víctima cuando ésta se alejaba del lugar y que



luego de efectuarle tres disparos y de encontrarse la víctima en el piso, en estado de indefensión, haberlo pateado fuertemente.

3.- La circunstancia posterior vinculada con el hecho de que el imputado (funcionario policial en el momento de cometer el hecho por el que fuera declarado responsable) entregara el arma reglamentaria que le provee el Estado, no atenúa su situación, pues necesariamente cualquiera hubiera sido el delito cometido, correspondía pasarlo a disponibilidad y sacarle el arma reglamentaria, de allí que el agravio vinculado con la falta de consideración del hecho descripto al momento de fijarse la pena carece de relevancia.

4.- No implica que el empleo del arma de fuego haya sido valorado dos veces, una en el marco del aumento genérico de la pena que prevé el art. 41bis del CP y la otra al momento de efectuarse la determinación judicial de la misma en el caso concreto, esto es así pues no se valoró la 'utilización' de dicho objeto sólo por tal razón sino debido a que la misma le fue provista por el Estado a los funcionarios policiales para que cumplan su función. 5) Es ajustado a derecho imponer al imputado, funcionario policial, una pena mayor debido al rol que tenía en la sociedad, así como por no haber obrado conforme a los deberes que tenía a su cargo (aunque no haya existido abuso funcional).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"COLIHUINCA ANDREA ALEJANDRA S/ USURPACION" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 10358/2014) – Sentencia: 19/16 - Fecha: 09/03/2016

DERECHO PENAL: USURPACION.

1.- Si bien el medio comisivo 'clandestinidad' previsto para el delito de usurpación (art. 181, CP) se define sobre conceptos que estaban enunciado en el Código Civil y luego de la reforma el instituto fue derogado, se entiende que ya no importa si tiene vigencia en el derecho privado sino que continúa actual en la norma penal, pues en todo caso si bien habrá dejado de ser un elemento normativo del tipo objetivo para transformarse en un elemento descriptivo.

2.- La nocturnidad y la falta de custodia del lugar, acreditado ello con los relatos escuchado en el debate, fueron la forma elegida por la imputada para consumar la conducta típica de usurpación (art. 181, CP).



3.- El estado de necesidad disculpante no se define en la teoría de la imputación objetiva porque no exime del tipo penal, ni en la antijuricidad porque no se trata de una causa de justificación. El estado de necesidad disculpante, excluye la culpabilidad, siendo el tercer elemento del juicio de reproche. De allí que haya sido correctamente postulado por la defensa el tratamiento de tal cuestión en la cesura.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"J. S. F. S/ ABUSO SEXUAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 40674/15) - Sentencia S/N - Fecha: 08/03/2016

DERECHO PROCESAL: IMPUGANCION.

ADMISIBILIDAD – REBELDIA.

1.- La defensa no se encuentra legitimada para impugnar la decisión que deniega un pedido de sobreseimiento (cfr. art. 172 in fine del CPP), sin embargo en el caso debe sortearse el escollo formal y tratarse el fondo del asunto dado que se encuentran planteadas cuestiones relativas a la Ley Orgánica de la Justicia Penal y al Código de procedimiento en relación a plazos fatales que determinan, precisamente, la extinción de la acción penal y consecuente sobreseimiento.

2.- Se entendió que resultó ajustada a derecho la declaración de rebeldía (art. 52, CPP) del imputado, que alegó ser una persona pública, candidato a concejal en varias oportunidades, si se lo intentó ubicar no sólo en el último domicilio aportado sino en todos aquellos que emergían del legajo como supuestas residencias, ello teniendo en consideración que se trabaja con las herramientas que se tienen al alcance, resultando imposible poder corroborar cada argumento introducido por la defensa.

3.- Los arts. 87 del CPP y el 56 de la LOJP establecen los plazos de duración máxima de los procesos, el primero respecto de los procesos iniciados tras la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento procesal y el segundo para los casos iniciados bajo el régimen de la Ley 1677. Es aplicable a ambos grupos de casos lo normado en el art. 52 del ritual, vinculado con la suspensión de los procedimientos por efecto de la declaración de rebeldía.

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)



"ASENSIO VILLALON MAURICIO ORLANDO S/ LESIONES CULPOSAS AGRAVADAS" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 18510/2014) - Sentencia S/N - Fecha: 11/03/2016

DERECHO PROCESAL: SOBRESEIMIENTO.

IMPUGNACION - LESIONES - CONCURSO IDEAL

Se consideró que las lesiones sufridas por cuatro personas que se encontraban a bordo de un rodado que fue embestido por otro, configuran el delito de lesiones graves culposas, agravadas por la conducción negligente de un vehículo automotor (arts. 94, 2º párr. 90 y 84, 2º párr. CP) y las mismas, contrariamente a lo postulado por la Fiscalía, concurren en forma ideal (art. 54, CP), de allí que dicha parte no se encuentre formalmente legitimada para impugnar el sobreseimiento decretado (art. 241, inc. 1º, CPP a contrario sensu).

[Ver texto completo:](#)

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"DUBLE MAURICIO NICOLAS - SOTO PABLO ALBERTO S/ ROBO AGRAVADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 33783/2014) – Sentencia: 17/16 - Fecha: 07/03/2016

DERECHO PENAL: PARTICIPACION CRIMINAL

PARTICIPE NECESARIO - UNIFICACION DE PENAS

No existe complicidad secundaria sino participación necesaria (art. 45, CP) del homicidio en grado de tentativa (arts. 79 y 42, CP) atento a la múltiples razones que permiten tener por acreditada la convergencia intencional en el designio criminoso. Al efecto se valoró el haber colocado (durante la ejecución del hecho) al coimputado, quien portaba un arma de fuego que por su tamaño en modo alguno podría no haber sido advertida, en posición que le permitió efectuar los disparos contra la víctima, mientras él conducía la moto y perseguía a la misma pese a que ya se encontraba herida. 2) Corresponde ejercer competencia positiva (confr. art. 247, CPP) y revocar la sentencia de cesura dictada en orden a la unificación dispuesta, toda vez que para ello se tuvo en consideración una condena agotada.

[Ver texto completo:](#)



Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ SOSA MARCOS ANTONIO S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 2991/2012) – Interlocutoria: 66/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. SENTENCIA DE TRANCE Y REMATE. FALLECIMIENTO DEL DEUDOR. NULIDAD A PARTIR DE LA INTIMACION DE PAGO. INTEGRACION CON LOS SUCESORES.

Al haber tomado conocimiento la ejecutante luego de la sentencia de trance y remate del fallecimiento del demandado, debe disponerse la nulidad de las actuaciones a partir de la intimación de pago y los actos que son su consecuencia. Asimismo corresponde redireccionar las actuaciones en contra de los sucesores del contribuyente, y con ellos deberá integrarse la Litis notificándolos en sus domicilios reales.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ SOSA MARCOS ANTONIO S/ APREMIO" (EXP N° 2991/2012) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia Civil y Comercial de RINCON DE LOS SAUCES a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. CELINA BARTHES, y

CONSIDERANDO:

I. Viene a estudio de esta Sala la presente causa, ante el recurso de apelación deducido por la actora contra la providencia de fs. 24, en cuanto al haberse acreditado el fallecimiento del ejecutado, decreta de oficio la nulidad de lo actuado a partir del escrito de demanda, por no haberse identificado ni accionado contra los herederos del causante.

Mediante el memorial de fs. 30/34 sostiene que la resolución del juez a quo priva su parte de la percepción de la deuda contra los herederos del ejecutado, contraponiéndose con jurisprudencia de la Alzada que ha ordenado reencausar la demanda contra los sucesores. Indica que nunca se notificó a su parte del fallecimiento del contribuyente, incumpliendo con el art. 32 del Código Fiscal.

Que su parte intimó de pago en el domicilio fiscal y se enteró de tal circunstancia luego de la notificación de la sentencia, por lo que debió readecuarse la demanda a fin de integrar la litis con los herederos conforme lo previsto por el art. 21 de ese texto, a efectos de lograr su presentación y garantizar así su derecho de defensa pero nunca declarar la nulidad de lo actuado, impidiendo la percepción del cobro de lo adeudado.

Agrega, como segundo agravio, que con ello se desconoció que los herederos del causante son los continuadores de su personalidad, por lo que debe integrarse la litis con ellos, expresando en su tercer agravio que su parte diligenció correctamente el mandamiento al domicilio fiscal denunciado por el contribuyente, no habiendo vulneración del orden público para decretar la nulidad.



Corrido traslado del memorial, no es contestado por la contraria.

II. Al entrar al estudio de la causa se adelanta que asiste razón a la actora pues la nulidad decidida en la resolución apelada, debió abarcar desde la intimación de pago de fs. 10 y vta. y los actos dictados en su consecuencia, que en el caso resulta ser la sentencia de trance y remate que manda a llevar adelante la ejecución contra el Sr. Marcos Antonio Sosa.

A partir de ello y conocido el deceso del contribuyente, es carga de la actora, tal como ella ahora pretende, peticionar las medidas que estime pertinentes en orden a dirigir la acción contra quien corresponda pues es un imperativo de su propio interés continuar o no con la ejecución, la que deberá conducirse contra los herederos como sujetos pasivos de la relación procesal y, en su caso, notificarse en los domicilios reales de cada uno de ellos (Sala II en Exptes. N° 507293/14 y 365727/2008).

En esa misma postura, esta Sala, también en un apremio (EXP N° 499140/2013), ha resuelto: "Por ello, en el presente caso es claro que no es la sucesión el contribuyente sino que lo fue la causante, a la que suceden automáticamente sus herederos forzosos, los que deben ser citados a juicio en el particular o en el universal, más con todas las garantías procesales correspondientes, careciendo la sucesión de personalidad o autonomía propia y diferenciada".

"[...] Las demandas que se dirijan contra la sucesión deben ser promovidas contra los herederos en razón de que la sucesión es un ente sin personería jurídica, los herederos son los únicos titulares de los derechos y obligaciones que reciben del causante y en tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que "la sucesión indivisa no constituye una persona de existencia ideal o fáctica ni es una creación legal con personería independiente de los herederos, ni origina la formación de una sociedad sino de un condominio, CSJN, LL, 1982D-461. Esta Sala en juicio siguiendo dictamen de la Fiscal de Cámara, dijo: El actor que quiera promover demanda contra el deudor fallecido, debe identificar quienes ocupan el lugar del causante, y contra ellos como sujetos pasivos de la relación procesal, accionar por la parte que cada uno tenga en la herencia; si aún no se halla abierta la sucesión. Las notificaciones e intimaciones deben efectuarse en el "domicilio real" de cada uno de los herederos. El juicio de cobros y apremios promovida contra la sucesión e intimación de pago cursada en autos, resultan actos procesales nulos, por no haberse trabado correctamente la relación procesal en su faz pasiva y no haberse intimado de pago a quienes están llamados a ocupar el lugar del causante. Son los herederos y no la entidad sucesión que carece de autonomía, los que suceden al causante desde el mismo instante de su muerte, continuando su personalidad en sus bienes, créditos y deudas, LL 78-170; 82-298. Lo expresado no varía por la circunstancia de haberse presentado otros herederos del causante en autos oponiendo excepciones sin deducir nulidad, por ser insubsanable al trabarse la relación procesal con la sucesión que como se dijo carece de autonomía." (DRES.: RODRIGUEZ PRADOS DE BASCO ALONSO, SERVICIO PROVINCIAL DE AGUA POTABLE Y SANEAMIENTO C/ SUC. HASKOUR ANTONIO S/ APREMIOS, Fecha: 26/12/2003, Sentencia N°: 633, Cámara Sala 2-LDT)", (Sala III, "PROVINCIA DEL NEUQUEN CONTRA SUCES.VERA MATHIUS MABEL DEL ROSARIO S/ APREMIO", Expte. N° 482909/12).

A partir de lo expuesto, y tal como peticiona la actora en su escrito apelatorio, corresponde el redireccionamiento de las actuaciones en contra de los sucesores del contribuyente, y con ellos deberá integrarse la Litis notificándolos en sus domicilios reales.

En consecuencia, corresponde revocar parcialmente la resolución de fs. 24, disponiendo que la nulidad se decreta a partir de la intimación de pago de fs. 10 y los actos que son su consecuencia. Con costas en el orden causado atento la falta de contradicción.

Por lo expuesto, esta Sala I

RESUELVE:

I. Revocar parcialmente la resolución de fs. 24, disponiendo que la nulidad se decreta a partir de la intimación de pago de fs. 10 y los actos que son su consecuencia y disponiendo el redireccionamiento de las actuaciones en contra de los sucesores del contribuyente, con quienes deberá integrarse la Litis notificándolos en sus domicilios reales.

II. Con costas de Alzada en el orden causado.

III. Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos al Juzgado de origen.



Dr. Jorge Pascuarelli - Dra. Cecilia Pamphile
Dra. Celina BARTHES - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)
[-Por Tema](#)
[-Por Carátula](#)

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TAPIA RICARDO S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala I – (Expte.: 436103/2011) – Interlocutoria: 67/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. SUCESION DEL EJECUTADO. COMPETENCIA. FUERO DE ATRACCION. ALCANCE.

Corresponde confirmar la decisión de la titular Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 3 en cuanto se inhibe de entender en el juicio de apremio y dispone su remisión al juicio sucesorio del demandado en trámite por ante el Juzgado Civil n° 3, en virtud de lo dispuesto por los arts. 2277 y 2336, 2do. párr. del C C y C. Ello es así, toda vez que, el juicio sucesorio tuvo tramitación en el Juzgado Civil N° 3 y oportunamente se dictó declaratoria de herederos, surgiendo del informe allí brindado el nombre de los mismos, y que la causa se encuentra archivada. Lo cierto es que no procede interpretar que el fuero de atracción ha sido eliminado y que solo rige para las acciones personales en caso de único heredero –como alega la parte actora-. La norma transcripta –Art. 2336- en su segundo párrafo prevé expresamente la atracción de las causas vinculadas y el último párrafo establece una excepción a la competencia territorial parcial.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ TAPIA RICARDO S/ APREMIO" (EXP N° 436103/2011) venidos en apelación del JUZGADO de JUICIOS

EJECUTIVOS N° 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y JorgePASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Celina BARTHES, y

CONSIDERANDO:

1.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto por la actora contra el auto de fs. 60 por el cual la titular del Juzgado de Juicios Ejecutivos N° 3 se inhibe de entender en las presentes, disponiendo la remisión de este apremio al juicio sucesorio del demandado de trámite por ante el Juzgado Civil n° 3, en virtud de lo dispuesto por los arts. 2277 y 2336, 2do. párr. del C C y C.

La recurrente en su memorial de fs. 61/65 sostiene que la decisión de la jueza importó un apartamiento de lo dispuesto por el nuevo Código Civil y Comercial que eliminó el fuero de atracción, respecto de las acciones personales del



difunto. Menciona a tal fin los arts. 2335 y 2336 de la ley sustantiva, señalando que solo cuando hay un heredero opera el fuero de atracción y que no es ese el caso de autos.

2. En el caso se pretende el cobro de un certificado de deuda por impuesto inmobiliario –fs. 2/3- que comprende el período 06/2005 al 08/2009 y el fallecimiento del demandado se produjo en agosto de 2007 –fs. 35-. Ello así y siendo que parte de esta deuda corresponde a una fecha anterior a ese momento, deberá ser tramitada en el juicio sucesorio, tal como señala la jueza de grado.

3. En efecto, el art. 2336 regla que el mismo juez (el del último domicilio del causante), conoce de las acciones de petición de herencia, nulidad de testamento, de los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia, de la ejecución de las disposiciones testamentarias, del mantenimiento de la indivisión, de las operaciones de partición, de la garantía de los lotes entre los partícipes y de la reforma y nulidad de la partición.

A diferencia del art. 3284 del Código anterior, aquí las enumeraciones son expresas de las acciones, quedando la pregunta si la enumeración es taxativa o no y, en este punto, si las acciones personales del causante están incluidas, a pesar de la falta de texto expreso.

Nótese que, en esto, básicamente, se centra el planteo del recurrente.

4. Ahora bien, compartimos el criterio sentado por Azpiri, en cuanto encuentra respuesta afirmativa, incluyendo estos casos “en los demás litigios que tienen lugar con motivo de la administración y liquidación de la herencia” (cfr. AZPIRI, Jorge O., *Incidencias del Código Civil y Comercial*, 9ª ed., Hammurabi, 2015, p. 128. Ver también “El fuero de atracción del proceso sucesorio en el Código Civil y Comercial de la Nación, Faraoni, Fabián E. LLBA 2015 (diciembre), 1218, entre tantos otros).

5. Es que, como lo señalara el Procurador ante la CSJN:

“...Procede recordar que el trámite sucesorio atrae las acciones por deudas personales del difunto, sobre la base de que las reglas que rigen ese fuero de atracción son imperativas o de orden público, pues propenden a facilitar la liquidación del patrimonio hereditario tanto en favor de los acreedores, como de la propia sucesión y no pueden ser dejadas de lado ni siquiera por convención de las partes (cf. doctrina de Fallos: 316:2138; 329:3914).

En ese contexto, opino que le asiste razón al juez nacional, toda vez que se trata en el sub examine de una acción de carácter personal originada con anterioridad al fallecimiento del de cujus y, por tanto, comprendida en el artículo 3284, inciso 4º, del Cód. Civil, sin que obste a ello la circunstancia de tratarse de un juicio en etapa probatoria (cfr. S.C. Comp. 1711, L. XXXIX; “Diéguez, Raúl c. suc. de Carlos A. Bernard y/o Nélica A. Issa y/o Victoria E. Bernard s/ indemnización por despido”, y sus citas, del 23/03/2004; Comp. CSJ 3262/2014/CS1; Banco de la Nación Argentina c. Biocca, Héctor A. y otro s/ cobro de sumas de dinero”, y sus citas, del 21/04/2015, entre otros)...”

El Máximo Tribunal hizo propio el dictamen fiscal y, en lo que aquí resulta trascendente, aclaró:

“Que frente a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación y en orden al principio de aplicación inmediata de las leyes modificatorias de competencia, corresponde señalar que el contenido de lo dictaminado se ajusta a la normativa de dicho cuerpo legal...” (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Vilchi de March, María Angélica y otros c. PAMI (INSSJP) y otros s/ daños y perjuicios”, 08/09/2015, LA LEY 05/10/2015, 5; LA LEY 2015-E, 454; DJ 18/11/2015, 31; AR/JUR/30823/2015).

Por estas razones y, en línea coincidente con lo resuelto por la SALA III en autos PROVINCIA DEL NEUQUEN c/ G.C.J. s/ APREMIO” (EXpte. 532393/2015), a cuya lectura remitimos en honor a la brevedad, el recurso no ha de prosperar.

En el caso concreto bajo estudio, conforme surge de fs. 59, el juicio sucesorio tuvo tramitación en el Juzgado Civil N° 3 y oportunamente se dictó declaratoria de herederos, surgiendo del informe allí brindado el nombre de los mismos, y que la causa se encuentra archivada.

Lo cierto es que no procede interpretar que el fuero de atracción ha sido eliminado y que solo rige para las acciones personales en caso de único heredero. La norma transcripta en su segundo párrafo prevé expresamente la atracción de las causas vinculadas y el último párrafo establece una excepción a la competencia territorial parcial.

Por las razones expuestas, deberá confirmarse la resolución de fs. 60.

Por ello, esta Sala I



RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la ejecutante, confirmando la resolución de fs. 60 en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente remítanse los autos al juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE

Dra. Celina Barthes - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"J. J. N. C/ S. P. R. N. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala I - (Expte.: 69544/2015) - Interlocutoria: 80/16 - Fecha: 05/04/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

ALIMENTOS. HOMOLOGACION DE ACUERDO. COSTAS. OMISION DE PRONUNCIAMIENTO. COSTAS POR SU ORDEN. DISIDENCIA.

1.- Corresponde revocar el auto que le impuso las costas al alimentante en una decisión adoptada al solicitarse la regulación de honorarios, esto es con posterioridad a la homologación del acuerdo de alimentos y en donde las partes nada habían previsto sobre la forma en que se distribuirían. Ello así, toda vez que [...] si ha quedado firme la resolución que omitió pronunciamiento sobre costas, debe considerarse que han sido impuestas en el orden causado, ya que la preclusión y la seguridad jurídica impiden cualquier solución contraria, más allá de que en la materia de que se trata se impone habitualmente la carga de las costas al alimentante. (Del voto del Dr. PASCUARELLI, en mayoría).

2.- Ya esta Sala, aún en aquellos supuestos similares al presente en donde se arriba a un acuerdo respecto de la cuota, que luego es homologada, ha respetado el principio general en la materia, que es también el criterio seguido por esta Alzada en sus distintas Salas (conf. esta Sala en EXPS N° 50149/11, 69352/2015, 61533/2013, 68490/2014 y 54382/2012 e ICF N° 44120/10, entre otros): "... es que las costas en el juicio de alimentos sean soportadas por el alimentante. Se ha dicho que ellas deben ser a su cargo pues atento la naturaleza y los fines del deber alimentario, de no ser así se enervaría el objeto esencial de la prestación alimentaria". (Del voto del Dra. PAMPHILE, en minoría).

3.- Que el auto que impone las costas -al alimentante- [...] sólo tiene como antecedente las presentaciones de la letrada de la actora pidiendo se regulen sus



honorarios [...], mientras que en el acuerdo homologado [...] las partes no instaron un pronunciamiento sobre el punto ni lo hicieron con posterioridad. Consecuentemente, y bajo las especiales circunstancias que se comprueban en estas actuaciones, habré de adherir al voto del Dr. Jorge PASCUARELLI. (Del voto del Dr. MEDORI).

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de abril de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "J. J. N. C/ S. P. R. N. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS" (EXP N° 69544/2015) venidos en apelación del JUZGADO de FAMILIA 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

CONSIDERANDO:

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

I.- Apela el demandado el proveído de fs. 27 en cuanto al momento de regular los honorarios de los letrados intervinientes y luego de que las partes arribaron a un acuerdo por la cuota alimentaria de su hijo, le impone las costas a su cargo.

Funda su recurso a fs. 33/35, argumentando a su favor que la audiencia donde las partes acordaron sobre el objeto del reclamo data de fecha 06/05/2015 y que en dicha oportunidad ese acuerdo se homologó con fuerza de sentencia en los términos del art. 162 del CPCyC. y que, entonces, debieron respetarse los requisitos previstos en el art. 161, especialmente en su inc. 3º, en cuanto el juez debe expedirse en relación a las costas, lo cual se omitió.

Atento a ello –entiende- la cuestión sobre costas quedó decidida como que fueron impuestas por su orden, lo cual se encuentra firme, máxime cuando las partes fueron notificadas de la sentencia y no presentaron ningún recurso de aclaratoria ni petición que solicitara su inclusión. Requiere asimismo que sea valorada su conducta ya que no resultó incumplidor de la cuota.

Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso y peticiona se haga lugar al recurso incoado.

Corrido el pertinente traslado, la actora lo contesta a fs 36/38, rechazando los agravios vertidos: asegura que el demandado nunca ha colaborado con la manutención del menor y que en la audiencia señalada se limitaron a resolver lo atinente a la cuota alimentaria para no frustrar la misma incorporando el tema de las costas, dando por sentado el principio general de costas al alimentante.

A fs. 44 toma intervención la Defensora de los derechos del niño y el adolescente, quien solicita se declare la deserción del recurso.

II. Si bien en el acuerdo al que se arriba en la audiencia, que se homologa con fuerza de sentencia, la Jueza no resuelve en forma expresa con relación a las costas y no se plantea ningún recurso de aclaratoria o apelación por esa omisión, al regular los honorarios de los letrados intervinientes, se cargan al alimentante y ello motiva su apelación.

Esta Sala en otras materias de su competencia ha considerado correcto el razonamiento del apelante y lo ha aplicado: "...si la decisión omisiva ha quedado firme, no es posible procurar su modificación a través de un pedido extemporáneo de aclaratoria, porque ya ha precluido la posibilidad de hacerlo; y lo contrario, evidentemente, iría contra el principio de preclusión y contra la seguridad jurídica" (Conf. expte. N° 468370, 25-03-2013 y cita allí efectuada: EL SILENCIO SOBRE LA CONDENA EN COSTAS, por Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá -Publicado en Suplemento Doctrina Judicial Procesal 201, año III, número 7, agosto 2011, Buenos Aires, La Ley, director Osvado A. Gozaini) debemos tener presente el fuero en que se analiza este tema, por las personas en él involucradas.

Pero entendemos que la materia de que se trata impone una solución diversa y es por ello que el recurso no ha de prosperar.

Y es que no puede la carga de las costas incidir sobre los alimentos a percibir por el niño.

Ya esta Sala, aún en aquellos supuestos similares al presente en donde se arriba a un acuerdo respecto de la cuota,



que luego es homologada, ha respetado el principio general en la materia, que es también el criterio seguido por esta Alzada en sus distintas Salas (conf. esta Sala en EXPS N° 50149/11, 69352/2015, 61533/2013, 68490/2014 y 54382/2012 e ICF N° 44120/10, entre otros): "... es que las costas en el juicio de alimentos sean soportadas por el alimentante. Se ha dicho que ellas deben ser a su cargo pues atento la naturaleza y los fines del deber alimentario, de no ser así se enervaría el objeto esencial de la prestación alimentaria".

Pero existen también más razones que provocan esta postura siendo importante enfatizar la necesaria concepción tuitiva que debe impregnar la interpretación de las normas procesales, cuando se encuentran involucrados derechos de un menor, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su OC-17 "en los procedimientos judiciales y administrativos que involucren a los niños deben observarse los principios y las normas del debido proceso legal, atendiendo a las particularidades que se derivan de su condición específica". De este modo, todos los recaudos que se exigen para realizar el proceso justo constitucional del adulto rigen para el del niño, con un plus adicional determinado por su especial condición..." "El proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real... y adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan la defensa eficaz de los propios intereses... para... un verdadero acceso a la justicia y... un debido proceso legal en condiciones de igualdad"..." (cfr. Fernández Silvia E. "Rol del Asesor de Menores a la luz del sistema de Protección integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Nuevos Perfiles del debido proceso constitucional de infancia" en: "REDEFINIENDO EL ROL DEL ASESOR DE MENORES. MONOGRAFÍAS SELECCIONADAS EN EL CONCURSO REALIZADO EN LAS XXII JORNADAS NACIONALES DE LOS MINISTERIOS PÚBLICOS 2009, Eudeba, citado por esta Sala al resolver el expte. 506386/2015).

Y esto, además, encuentra correlato en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, estableciendo que la edad es uno de los criterios para considerar una persona en situación de vulnerabilidad, y disponiendo en el art. 5 que "todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo" (reglas a las que ha adherido el TSJ, mediante Acuerdo 4612/10, punto 19)..." (cfr. "ALMENDRA MARIA ANGELICA C/ ZAVALA AGUERO CARLOS FABIAN Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM C/ LESION O MUERTE" EXP N° 271225/1).

En igual sentido expusimos en Exptes. 1520/13 y 373875/2008:

"Esto debemos contextualizarlo dentro de las garantías que integran el proceso constitucional, que deben ser no sólo observadas sino, más aún, reforzadas frente a la condición de niño del destinatario del servicio de justicia. Así: "...deben considerarse una serie de principios y garantías propias de la materia de la niñez para conformar un núcleo fundamental... que contemple un principio de discriminación positiva para procurar equidad y compensar mediante mayores y más específicas garantías estas situaciones de franca desigualdad que existen en la realidad". Traducir estas asimetrías fácticas en desigualdades de tratamiento jurídico no viola el principio de igualdad (art. 16 CN), sino que resulta una discriminación positiva como instrumento de protección (art. 75 inc 23 CN), por cuanto la verdadera igualdad consiste en aplicar la ley a los casos ocurrentes según las diferencias constitutivas de ellos. Es que la aspiración de justicia excede la concepción aristotélica de "dar a cada uno lo suyo", planteándose en la modernidad actual como una pretensión de "igualdad de poder"... "Y esto, además, encuentra correlato en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, estableciendo que la edad es uno de los criterios para considerar una persona en situación de vulnerabilidad, y disponiendo en el art. 5 que "todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo" (reglas a las que ha adherido el TSJ, mediante Acuerdo 4612/10, punto 19)."

En función de lo expuesto, atento la especial materia de que se trata, entendemos que cabe confirmar la imposición de costas dispuesta a fs.27 y de igual modo se cargarán las de Alzada.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Entrando al análisis de la cuestión planteada, debo señalar que disiento con la propuesta formulada por la Dra. Cecilia Pamphile, pues entiendo que el recurso ha de prosperar por razones que se circunscriben al orden procesal.

En efecto: nótese que en la audiencia de fecha 06/05/2015 que termina siendo homologada con fuerza de sentencia,



la Jueza no resuelve en forma expresa con relación a las costas.

Posteriormente y habiendo trascurrido un lapso considerable –más de un mes- la letrada patrocinante solicita regulación de honorarios, a lo cual se le proveyó un previo en fecha 06/08/2015, reiterando su pedido el 11/08/2015 respondiendo la A-quo que a los fines de obtener la base regulatoria debía acompañar los montos mensuales de las cuotas alimentarias. Finalmente a fs. 27 -06/10/2015- procede a regular los honorarios de los letrados intervinientes y a imponer las costas al alimentante.

En todo ese ínterin, desde que se notifica y queda firme la sentencia homologatoria, la parte actora no plantea ningún recurso de aclaratoria o apelación por la omisión en el pronunciamiento de las costas.

Entonces, para efectuar el análisis del tema de la omisión de pronunciamiento sobre costas, resulta de importancia precisar si la resolución omisiva ha quedado firme o no.

La forma para pedir la subsanación de la omisión de pronunciamiento sobre costas en una resolución judicial puede formularse por dos vías: la aclaratoria (art. 166 inc. 2º CPCCN) o recurso de apelación en los casos de ser admisible (art. 278 del mismo Código). Lógicamente, deben cumplirse todos los requisitos de admisibilidad y, en particular, el de su planteo oportuno (Conf. EL SILENCIO SOBRE LA CONDENA EN COSTAS, por Roberto G. Loutayf Ranea y Ernesto Solá - Publicado en Suplemento Doctrina Judicial Procesal 201, año III, número 7, agosto 2011, Buenos Aires, La Ley, director Osvaldo A. Gozaini, citado por esta Sala al resolver el expte. Nº 468370, 25-03-2013),

Si el pedido de que se subsane la omisión de pronunciamiento sobre costas se realiza dentro del plazo establecido para plantear aclaratoria (tres días, según el art. 166 inc. 2º CPCCN), corresponde que el mismo tribunal que dictó la resolución brinde respuesta al planteo y subsane la omisión: debe entonces emitir un pronunciamiento expreso sobre la cuestión, ya sea imponiendo las costas a una de las partes o distribuyéndolas en las formas permitidas por el ordenamiento procesal, todo con expresa indicación de los fundamentos (arts. 68 y cc. del Código citado).

Igual solución cabe en los supuestos en que, a pesar de no haberse planteado aclaratoria, se interpone recurso de apelación cuando el mismo resulta admisible contra la resolución que omite el pronunciamiento sobre costas: en tal caso, por aplicación de lo dispuesto en el art. 278 del CPCCN el tribunal de apelaciones debe subsanar las omisiones de la sentencia de primera instancia si expresamente lo pide la parte apelante al expresar agravios; en este supuesto, entonces, sería el tribunal de alzada el encargado de salvar la omisión y emitir el pronunciamiento sobre las costas.

Ahora bien, si la sentencia se encuentra firme sin contener pronunciamiento sobre costas, y se ha vencido el plazo para plantear aclaratoria, y también para deducir recurso de apelación (en los casos en que el mismo fuera admisible), es decir, si ha quedado firme la resolución que ha omitido pronunciarse sobre costas, en tal supuesto la interpretación a nuestro criterio razonable es considerar que se ha resuelto la cuestión "sin costas", es decir, que deben abonarse "por el orden causado", dado que no hay posibilidad de darle otro alcance o sentido. Por lo tanto, por más que no se haya fundado esa distribución de costas, si la decisión omisiva ha quedado firme, no es posible procurar su modificación a través de un pedido extemporáneo de aclaratoria, porque ya ha precluido la posibilidad de hacerlo; y lo contrario, evidentemente, iría contra el principio de preclusión y contra la seguridad jurídica. Debe tenerse en cuenta que existe una interpretación inveterada de jurisprudencia y doctrina en el sentido que cuando una resolución omite pronunciamiento sobre costas debe entenderse que el asunto se ha resuelto "sin costas", o lo que es lo mismo que las costas se han impuesto por el orden causado. (CSJN, 2-5-58, "Diego P. Feune de Colombí, Fallos 240:415; Id., 21-12-60, "Ramón Zas", Fallos 248:730; Id., 13-11-67, "Pastor Linares", Fallos 269:282; Id., 18-11-75, "S.A. Cía. Aseguradora Argentina"). Y aunque la resolución respectiva no exponga fundamentos sobre esta forma de distribuir las costas, ello constituye un defecto que, como cualquier otro vicio procesal, queda convalidado si los interesados no impugnan oportunamente la decisión por las vías procesales adecuadas (art. 170 CPCCN).

Por ello, y tal como hemos expresado en el comienzo del presente, si ha quedado firme la resolución que omitió pronunciamiento sobre costas, debe considerarse que han sido impuestas en el orden causado, ya que la preclusión y la seguridad jurídica impiden, a mi criterio, cualquier solución contraria, más allá de que en la materia de que se trata se impone habitualmente la carga de las costas al alimentante.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Marcelo MEDORI, quien



manifiesta:

Que el principio por el que en los juicios por alimentos corresponde aplicar las costas al alimentante, reiteradamente aplicado por la Sala III que integro –Conf.PI T.II F°230/231, Año 2006- no es absoluto reconociendo atemperaciones admisibles por resolución y a instancia de parte (PI 142 T°III F°307, Año 2007).

Que el auto que impone las costas (06.10.2015) sólo tiene como antecedente las presentaciones de la letrada de la actora pidiendo se regulen sus honorarios (11.08.2015 -fs. 22 y 24.09.2015 -fs. 26), mientras que en el acuerdo homologado (06.05.2015, fs. 12) las partes no instaron un pronunciamiento sobre el punto ni lo hicieron con posterioridad.

Consecuentemente, y bajo las especiales circunstancias que se comprueban en estas actuaciones, habré de adherir al voto del Dr. Jorge PASCUARELLI.

Por lo expuesto, POR MAYORIA

SE RESUELVE:

- 1) Revocar el decisorio de fs 27 en lo atinente a la imposición de costas, la que quedan impuestas en el orden causado conforme los fundamentos vertidos en el considerando II.
- 2) Las costas de Alzada se impondrán en la misma forma, atento a la naturaleza de la acción.
- 3) Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y oportunamente, remítase al juzgado de origen.

Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo J. MEDORI

Dra. Mónica MORALEJO - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"BANCO PATAGONIA S.A C/ BUSTOS GUSTAVO S/COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 388082/2009) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

JUICIO EJECUTIVO. PAGARE. INTERESES MORATORIOS. INICIO DEL CÓMPUTO.

[...] la ejecutante no ha hecho referencia en su demanda a la fecha en que fue presentado el pagaré al cobro, sino que solamente reclama intereses desde el 9 de octubre de 2007, pero sin indicar por qué motivo. Asimismo, el escrito inicial señala que el deudor se encuentra en mora por no haber abonado la deuda contra la presentación del pagaré, pero no precisa en que momento se realizó esta presentación al cobro. Consecuentemente, los términos de la demanda resultan insuficientes para que opere la inversión de la carga de la prueba a la que se ha aludido, por lo que la fecha de la mora sentada en el fallo de primera instancia -partió de la fecha en que se diligenció el mandamiento- se ajusta a derecho.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de Marzo del año 2016.

Y VISTOS:



En acuerdo estos autos caratulados: "BANCO PATAGONIA S.A CONTRA BUSTOS GUSTAVO S/COBRO EJECUTIVO", (Expte. N° 388082/2009), 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 interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la sentencia de fs. 68/vta., que manda llevar adelante la ejecución, morigerando los intereses a liquidar, con costas al vencido.

Desestimada la revocatoria por improcedente, se concede la apelación (fs. 72).

a) La recurrente se agravia porque se ha prescindido de la fecha de mora (9/10/2007) expresamente invocada en el escrito de demanda, la que fue remplazada por otra (5/10/2015), correspondiente al momento en que se diligenció el mandamiento de intimación de pago, y además, porque se dispuso que los intereses pactados se calcularan desde esa última fecha.

Reitera que en el escrito de demanda expresamente se consignó como fecha de la mora el día 9 de octubre de 2007. Agrega que también se sostuvo en el escrito inicial que se reclamaba el saldo de capital de \$ 12.000 adeudado al 9 de octubre de 2007, más los intereses moratorios y compensatorios pactados, los que se adeudan desde esa fecha.

Afirma que el demandado no desconoció la fecha de la mora ni la presentación al cobro del pagaré que la ejecutante realizó el día 9 de octubre de 2007.

Sostiene que la ausencia de contradicción no autoriza a fijar de oficio una fecha de mora distinta a la indicada en la demanda.

Considera que la resolución recurrida apareja un enriquecimiento injustificado para el deudor a expensas de su propia mora y en perjuicio del patrimonio de la ejecutante, por cuanto implica liberar del pago de los intereses compensatorios y moratorios devengados desde el 9 de octubre de 2007 al 5 de octubre de 2015.

Cita jurisprudencia.

Señala, a mayor abundamiento, que el art. 5 del Decreto Ley 5.965/1963 establece expresamente que los intereses se devengarán desde la fecha del título en caso de no haberse previsto expresamente algo distinto.

b) La parte demandada no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- La situación de autos, que genera la crítica de la apelante, ya ha sido resuelta por esta Sala II, en sentido adverso a la postura de la recurrente.

En autos "Banco Patagonia S.A. c/ Riquelme", (expte. n° 426.577/2010, P.S. 2013-IV, n° 314), como así también en autos "E.P.E.N. c/ Lago" (expte. n° 531.796/2015, P.S. 2015-VIII, n° 181), se dijo: "El art. 36 del Decreto Ley 5.965/1963 establece que la letra de cambio, pagaré en este caso, a la vista es pagable a su presentación.

"La obligación de presentar los documentos para su pago surge del rigor cambiatis y conforma una conditio sine qua non para la eficacia y el ejercicio del derecho cambiario, porque el título de crédito, en razón de su circulación y transmisibilidad conlleva, por aplicación de la ley de circulación, la ignorancia del girado de la letra de cambio o del librador del pagaré, sobre quién será el titular del derecho cambiario al momento de producirse el vencimiento. Y esta carga de presentación se hace más evidente y necesaria en los títulos librados a la vista, en los cuales, al decir de Messineo, la presentación de la letra al girado para el pago hace vencer inmediatamente la letra de cambio o pagaré (cfr. Muguillo, María Teresa – Muguillo, Roberto Alfredo, "Tratado de Derecho Comercial" diríg. por Ernesto E. Martorell, Ed. La Ley, 2010, T. XIV, pág. 203).

"Siguen diciendo los autores citados que "...siendo la presentación al cobro del instrumento a la vista lo que determina su vencimiento, la existencia de la cláusula de eximición de protesto...no autoriza a omitir tal diligencia de presentación, ya que la operatividad de la cláusula del art. 50 depende del plazo cierto de pago..., o de la efectivización del vencimiento por la vía de la presentación material del título."Es así que deberá ineludiblemente entenderse que el vencimiento relativo de la letra de cambio o el pagaré impone –aún frente a la utilización del beneficio del art. 50- la carga de presentación, sin que sea suficiente a los efectos de tener por constituido en mora al demandado, el requerimiento por telegrama o carta documento, ya que tal requerimiento no puede remplazar la ineludible presentación del documento, atento a su naturaleza de querable".



“La jurisprudencia y la doctrina han entendido, en pos de la celeridad del tráfico mercantil, que tratándose de letras de cambio o pagarés librados a la vista con cláusula de dispensa de protesto, conforme sucede en autos, la mención en el escrito de iniciación de la acción cambiaria de los días en que se efectuó la presentación del título al cobro, produce la inversión de la carga de la prueba respecto del deudor que niegue la realización de esta carga cambiaria, quién deberá probar, entonces, la falta de presentación alegada... Como lo dije, la doctrina sentada en el plenario “Caja de Crédito de los Centros Comerciales c/ Bagnat” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (LL 1984-C, pág. 539) hace referencia a los pagarés a la vista, con cláusula “sin protesto”, con lugar de pago en el domicilio del deudor, y en tanto el ejecutante haya aseverado la fecha precisa en que presentó el título. Solamente en estos casos es que se produce la inversión de la carga de la prueba que ya he mencionado.

“La jurisprudencia tiene dicho que el plenario señalado no resulta de aplicación cuando el ejecutante no manifiesta haber presentado al cobro el título en una fecha determinada (Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala C, “Luxardo c/ Rozental”, 22/8/1985, LL 1986-E, pág. 710), ni cuando es pagadero en el domicilio del ejecutante (Cám. Nac. Apel. Comercial, Sala B, “Citibank NA c/ Feito”, 12/4/2006, LL on line AR/JUR/2657/2006)”.

Al igual que sucedió en los precedentes citados, la ejecutante no ha hecho referencia en su demanda a la fecha en que fue presentado el pagaré al cobro, sino que solamente reclama intereses desde el 9 de octubre de 2007, pero sin indicar por qué motivo.

Asimismo, el escrito inicial señala que el deudor se encuentra en mora por no haber abonado la deuda contra la presentación del pagaré, pero no precisa en que momento se realizó esta presentación al cobro.

Consecuentemente, los términos de la demanda resultan insuficientes para que opere la inversión de la carga de la prueba a la que se ha aludido, por lo que la fecha de la mora sentada en el fallo de primera instancia se ajusta a derecho.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar la sentencia recurrida en lo que ha sido materia de agravio.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en primera instancia, por una etapa (art. 15, Ley 1.594).

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 68 y vta., en lo que ha sido materia de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la apelante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales del Dr. ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en primera instancia, por una etapa (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1763/2016) – Interlocutoria: 87/16 – Fecha: 05/04/2016



DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

EMPLEADO PUBLICO. DELEGADA GREMIAL. TUTELA SINDICAL. ACCION DE EXCLUSION. SUSPENSION PREVENTIVA SIN GOCE DE HABERES.

1.- [...] si el juez de la causa ha tenido motivos suficientes como para determinar la suspensión de la prestación de tareas, en este caso, de quién fuera delegada gremial, haciendo excepción a la regla de la no alteración de las condiciones de trabajo con el objeto de no afectar la actividad sindical, que es la finalidad primordial de la tutela consagrada por la Ley 23.551, debo entender que existen motivos graves y suficientes para así decidir. Luego, ante tal nitidez –presupuesta- del “humo del buen derecho”, no cabe sino concluir en que la suspensión ha de ser sin goce de haberes, y haciendo reserva, claro está, de la posibilidad de reclamar los salarios caídos durante su vigencia, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

2.- Se equilibran los derechos comprometidos en una acción de exclusión de la tutela sindical, ya que por un lado se encuentra el derecho del empleador a sancionar o despedir al trabajador ante incumplimientos a sus deberes, con posibilidad de solicitar una medida precautoria tendiente a eximirlo del débito laboral, ante situaciones de peligro para los bienes o las personas concretas y graves; y por otro, el derecho del representante sindical de cumplir con su función, desalentando y sancionando toda práctica impeditiva de la misma. Así, el empleador no se ve obligado a abonar salarios durante la vigencia de la medida cautelar, no premiándose al trabajador incumplidor, aún cuando cuente con tutela sindical, pero supeditado al resultado de la acción de exclusión de tutela sindical, ya que de no prosperar ella deberá abonar al trabajador tutelado los salarios caídos.

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (EPEN) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ INCIDENTE DE APELACION", (Expte. INC N°1763/2016), 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, la Dra. Patricia M. CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de revocatoria con apelación en subsidio contra la resolución obrante a fs. 64 del presente cuadernillo, que amplía la medida cautelar oportunamente dispuesta, estableciendo que la suspensión de la prestación laboral es con goce de haberes.

Rechazado el recurso de revocatoria, se concede el de apelación a fs. 83 de este incidente.

a) La recurrente sostiene que el auto apelado resulta violatorio de los principios que hacen al debido proceso y al derecho de defensa en juicio

Dice que el ejercicio tardío por parte de la demandada de aquello que supone su derecho, no puede validarse si ello importa afectación de derechos fundamentales de los litigantes. Agrega que la ausencia de sustanciación de la



modificación, por ampliación, de la medida cautelar afecta el debido proceso y la defensa en juicio.

Sigue diciendo que ante el juego armónico del art. 52 de la Ley 23.551 y del art. 30 del Decreto n° 467/88, como así también de la pacífica doctrina del Tribunal Superior de Justicia provincial y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no cabe sino concluir que ante la falta de prestación de tareas se impone la retención de haberes.

Entiende que ello es más nítido aún en el presente caso, donde no se ha acreditado conducta antisindical alguna, encontrándose la demandada excluida de la planta de personal de la Administración Pública Provincial por cesantía dispuesta por Decreto n° 087/2015, por hechos vandálicos contra bienes del erario público, cuya autoría y participación fuera ratificada recientemente por condena penal.

Señala que el art. 203 del CPCyC establece que la modificación de medidas cautelares se dictará previo traslado a la otra parte por el plazo de cinco días, que el juez podrá abreviar conforme las circunstancias. Por ende, concluye la recurrente, la ampliación de la medida cautelar debió resolverse previo traslado a su parte.

Manifiesta que, además, con la modificación resuelta se vulnera el erario público, con el consiguiente perjuicio fiscal al imponer que, en forma retroactiva, se abonen haberes a la demandada, quién no prestó tareas por ese período, excluida de la planta de personal por sanción disciplinaria, sin que revista a la fecha tutela sindical, y además condenada por delito doloso contra la Administración Pública Provincial.

Sostiene que los pagos que su parte debería hacer a la actora carecen, entonces, de causa legal, encontrando exclusivo fundamento en la resolución atacada.

Acusa la nulidad del auto cuestionado, porque al disponer la retroactividad de sus efectos a partir del dictado de la medida cautelar, afecta gravemente el orden público económico.

Entiende que la petición de la parte actora, a la que da respuesta la resolución apelada, es extemporánea, teniendo en cuenta que la decisión referida a la procedencia de la medida cautelar fue notificada en el mes de junio de 2015.

Cita el art. 166 inc. 2° del CPCyC y argumenta en torno al principio de preclusión.

Pone de manifiesto que la cuestión resuelta en el decisorio recurrido fue planteada por la demandada en oportunidad de recurrir la decisión de hacer lugar a la medida cautelar, ya que en esa oportunidad se denunció que no se conocía si la medida era con o sin goce de haberes. Luego, sigue diciendo la quejosa, la demandada denuncia no haber percibido los haberes correspondientes a los meses de julio, agosto, septiembre y octubre, pero recién en noviembre pide el pago de los salarios.

Entiende que resulta improcedente someter a juzgamiento cuestiones ya propuestas, en tanto que tampoco corresponde que el juez de oficio así lo haga

Cuestiona la interpretación del art. 52 de la Ley 23.551 realizada por el a quo, afirmando que resulta contradictorio decidir que la suspensión de la prestación laboral lo sea con goce de haberes, toda vez que, de esa manera se otorgaría una pseudolicencia con goce de haberes.

Sostiene que la norma reglamentaria del art. 52 citado establece el mantenimiento de todos los deberes que la ley pone a cargo del empleador como consecuencia de la relación laboral, cuando la suspensión en la prestación de los servicios es dispuesta por propia autoridad del empleador, sin intervención previa de la autoridad jurisdiccional; y que esta aclaración que efectúa la norma reglamentaria determina la suspensión en el pago de las remuneraciones si la medida es adoptada por el juez.

Trae a colación fallos del Tribunal Superior de Justicia local y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Efectúa reserva de la vía recursiva extraordinaria local y del caso federal

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 76/80.

Dice que el caso de autos no importa ni una modificación de la medida cautelar ordenada, ni su sustitución.

Dice que su parte planteó concretamente que la medida cautelar otorgada a la actora no autorizaba a la retención de haberes, y que este extremo no podía ser inferido ni interpretado como una exención del empleador de pagar los haberes, en perjuicio del trabajador.

Frentes a dicha petición es que el juez de grado ordenó el pago de los haberes y la realización de los aportes, no tratándose, entonces, de ninguno de los supuestos previstos por el art. 203 del CPCyC.



Sigue diciendo que en realidad el supuesto queda comprendido en la norma del art. 204 del CPCyC.

Cuestiona la afirmación de la apelante referida a que el pago de los haberes carece de causa legal, cuando es claro que la causa legal está dada por la medida cautelar que la propia actora solicitó.

Agrega que si bien la actora no indica de que modo se compone el concepto de orden público económico, y en que medida se configura su grave afectación, lo cierto es que de existir ambos, ello debió sopesarse al momento de solicitar la medida.

Afirma que doctrina y jurisprudencia son contestes en que dada la naturaleza de las medidas cautelares, ellas deben ser otorgadas en la medida de lo necesario para preservar derechos.

En relación a la extemporaneidad del planteo recuerda que la medida cautelar fue revocada por la Cámara de Apelaciones, decisión que fue sometida a la revisión del Tribunal Superior de Justicia a través del recurso de casación.

Defiende la interpretación que hace el juez de grado de la norma del art. 52 de la Ley 23.551.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, cabe señalar que como lo puso de manifiesto la parte demandada, esta Sala II revocó la medida cautelar ordenada por el juez de grado mediante Resolución Interlocutoria de fecha 22 de octubre de 2015 (P.I. 2015-VI, n° 478), decisión que no se encuentra firme en atención al recurso de casación planteado por la parte actora.

Lo dicho determina que la Cámara deba abordar el recurso de apelación planteado por la parte actora, no obstante la decisión oportunamente adoptada respecto de la medida cautelar.

III.- La actora cuestiona la decisión adoptada por el a quo en orden a ampliar la resolución oportunamente adoptada que determina la suspensión de la prestación laboral de quién gozaría de tutela sindical en los términos de la Ley 23.551, estableciendo que dicha suspensión es con goce de haberes. Acusa el apelante defectos formales respecto de la decisión ampliatoria: ausencia de sustanciación previa, y ser extemporánea.

Respecto de la extemporaneidad, y si bien es cierto que la demandada pudo solicitar la aclaratoria de la resolución oportunamente dictada por el a quo, no debe perderse de vista que todo lo referente a medidas cautelares es esencialmente provisorio, destacando el art. 203 del CPCyC la mutabilidad y flexibilidad propias de este tipo de medidas.

Además, y tal como lo sostiene la recurrente, el supuesto de autos debe enmarcarse en el ya citado art. 203 del CPCyC, toda vez que, en definitiva, la demandada solicitó la adecuación de la cautelar para evitar perjuicios a su parte, pudiendo entenderse que tal supuesto, por las especiales características de la medida cautelar que nos ocupa, se encuentra comprendido dentro de las facultades que la norma referida otorga a quién debe soportar la traba de una medida precautoria.

Va de suyo que la modificación a que nos venimos refiriendo puede ser solicitada en todo momento, mientras la medida se encuentre vigente, por lo que la petición de la parte demandada no resulta extemporánea.

Ahora bien, asiste razón a la recurrente respecto a que la petición de la demandada debió ser sustanciada con quién solicitó la medida cautelar. Este paso está expresamente previsto en el art. 203 del CPCyC.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la actora ha podido cuestionar ante el mismo magistrado de primera instancia la decisión ampliatoria adoptada, no resulta procedente declarar la nulidad de lo actuado a partir de la petición de la parte demandada, ya que, de todos modos, la actora ha podido ejercer su derecho de defensa (art. 169, CPCyC).

Ello sin perjuicio de recomendar a la instancia de grado el acatamiento de las normas procesales que rigen la materia, con el objeto de no comprometer el derecho de defensa de los litigantes y la validez de las actuaciones.

IV.- Sentado lo anterior, y yendo al fondo de la cuestión, la norma legal que funda la suspensión preventiva del trabajador amparado por tutela sindical (art. 52, Ley 23.551) no determina si ésta debe ser concedida con o sin goce de haberes.

La cuestión no es pacífica.

Héctor Jorge Scotti avala la postura de la actora. Señala el autor citado que si es la justicia quién, a pedido del dador de trabajo, suspende la prestación laboral, ello implica, también, que carecerá –en principio– del derecho a percibir sus haberes; y agrega, decimos en principio dado que sí, posteriormente, en la sentencia definitiva se desestima la pretensión del principal, cae, por supuesto, la medida cautelar y corresponde se abonen los salarios que el subordinado dejó de percibir (cfr. aut. cit., “La protección de la actividad gremial”, en “Tratado de Derecho Colectivo del Trabajo”, Ed. La Ley,



2012, T. I, pág. 702).

Por su parte Raúl Enrique Altamira Gigena sostiene que cuando el empleador hace uso de la medida cautelar prevista por el art. 52 para que el trabajador no concurra a prestar servicios deberá abonarle todas las retribuciones como si prestara servicios, por lo tanto, a criterio del autor citado, "se trata de una medida cautelar especial y parcial similar a una licencia con goce de haberes" (cfr. aut. cit., "El amparo del dirigente sindical", en "Tratado de la Relaciones Colectivas de Trabajo", Ed. La Ley, 2015, T. I, pág. 1.042).

Rodolfo Capón Filas entiende que la separación provisoria del art. 52 de la Ley 23.551 no se subsume en ninguno de los supuestos previstos por el art. 219 de la LCT, por lo que el empleador ha de abonar las remuneraciones, aunque el trabajador separado cautelarmente no preste servicios (cfr. aut. cit., "El Nuevo Derecho Sindical Argentino", Ed. Librería Editora Platense, 1993, pág. 222).

Juan Carlos Fernández Madrid también se inclina por la necesidad de abonar al delegado gremial suspendido los salarios correspondientes (cfr. aut. cit., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Ed. La Ley, 2007, T. III, pág. 298).

La jurisprudencia pareciera inclinarse por el no goce de haberes durante la suspensión cautelar, aunque supeditado al resultado del proceso y la eventual obligación de abonar los salarios caídos durante la sustanciación del trámite (cfr. CNAT, Sala 10º, "Galletti c/ Shell CAPSA", 16/7/1999, cit. por Grisólia, Julio Armando, "Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social", Ed. AbeledoPerrot, 2008, T. II, pág. 1.467).

El Tribunal del Trabajo de Trenque Lauquen sentenció que el representante sindical que resulta suspendido precautoriamente en su trabajo no gozará de su sueldo mientras dure la medida, pues su situación es la misma que la que se da en el régimen de la ley de contrato de trabajo, en tanto que el pago de los salarios caídos queda condicionado al resultado del proceso (autos "Rojas c/ Coop. Pehuajó", 20/9/1995, LL on line AR/JUR/959/1995).

Si bien la doctrina mayoritaria se inclina, como se advierte de la reseña anterior, por la persistencia de la obligación de abonar las remuneraciones al representante sindical, no obstante la suspensión preventiva ordenada por el juez de la causa, entiendo que resulta correcta la posición de Scotti y de la jurisprudencia citada.

En efecto, no paso por alto que la suspensión cautelar a que refiere el art. 52 de la Ley 23.551 debe ser analizada en el marco de las relaciones colectivas de trabajo y de la especial protección que la ley nacional, en cumplimiento de los convenios de la OIT, brinda a la actividad sindical en general, y al representante gremial en particular. De ello se sigue que la posición de quienes adhieren a la subsistencia del deber de la patronal en orden a abonar las remuneraciones al representante sindical, no obstante la suspensión precautoria, no carece de lógica y de fundamento.

Sin embargo, estamos en presencia de una medida cautelar genérica, reservada al arbitrio judicial (cfr. Cañal, Diana R., "El deber de ocupación: ¿un inconsistente tratamiento de la ley de asociaciones sindicales?", DT 1994-B, pág. 2.082). De ello se sigue que si el juez de la causa ha tenido motivos suficientes como para determinar la suspensión de la prestación de tareas, en este caso, de quién fuera delegada gremial, haciendo excepción a la regla de la no alteración de las condiciones de trabajo con el objeto de no afectar la actividad sindical, que es la finalidad primordial de la tutela consagrada por la Ley 23.551, debo entender que existen motivos graves y suficientes para así decidir.

Luego, ante tal nitidez –presupuesta– del "humo del buen derecho", no cabe sino concluir en que la suspensión ha de ser sin goce de haberes, y haciendo reserva, claro está, de la posibilidad de reclamar los salarios caídos durante su vigencia, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

De este modo considero que se equilibran los derechos comprometidos en una acción de exclusión de la tutela sindical. Por un lado el derecho del empleador a sancionar o despedir al trabajador ante incumplimientos a sus deberes, con posibilidad de solicitar una medida precautoria tendiente a eximirlo del débito laboral, ante situaciones de peligro para los bienes o las personas concretas y graves; y por otro, el derecho del representante sindical de cumplir con su función, desalentando y sancionando toda práctica impeditiva de la misma.

Así, el empleador no se ve obligado a abonar salarios durante la vigencia de la medida cautelar, no premiándose al trabajador incumplidor, aún cuando cuente con tutela sindical, pero supeditado al resultado de la acción de exclusión de tutela sindical, ya que de no prosperar ella deberá abonar al trabajador tutelado los salarios caídos.

Trasladando lo dicho al caso de autos, y sin perjuicio de señalar que esta Sala II determinó en la resolución revocatoria de



la medida cautelar que no estaban dadas las circunstancias de peligro grave e inminente que habilitaran el dictado de la cautela, en tanto esta decisión ha sido recurrida por la parte actora por lo que no se encuentra firme, corresponde revocar la resolución aquí recurrida y disponer que la suspensión preventiva es sin goce de haberes, sin perjuicio del devengamiento de los salarios caídos durante su vigencia si el Tribunal Superior de Justicia confirma la decisión de esta Alzada, o conforme el resultado final de la acción de exclusión de la tutela sindical.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el decisorio apelado, disponiendo que la suspensión preventiva de la demandada es sin goce de haberes, sin perjuicio del derecho de ésta a percibir los salarios caídos en caso de que se confirme la resolución que revoca su similar que concede la cautelar y, en todo caso, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al modo en que se resuelve la apelación, se imponen en el orden causado (arts. 69 y 68, 2do. párrafo, 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.- Revocar la resolución de fs. 64, disponiendo que la suspensión preventiva de la demandada es sin goce de haberes, sin perjuicio del derecho de ésta a percibir los salarios caídos en caso de que se confirme la resolución que revoca su similar que concede la cautelar y, en todo caso, de acuerdo con el resultado de la acción principal.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención al modo en que se resuelve la apelación, en el orden causado (arts. 69 y 68, 2do. párrafo, CPCyC).

III.- Diferir la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

IV.- 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](#)

"G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES" y su acumulado "G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA" -

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II - (Expte.: 354796/2007) - Sentencia: 38/16 - Fecha: 05/04/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD PARENTAL. PROGENITOR. RESIDENCIA EN EL EXTRANJERO. AUSENCIA DE ANTIJURIDICIDAD. ACCION REVOCATORIA. COMPUTO DE LA PRESCRIPCION. DONACION. RESERVA DE USUFRUCTO. DISTRACTO DE LA DONACION. COSTAS POR SU ORDEN.

1.- Cabe rechazar el reclamo por daños y perjuicios en el ámbito familiar, en el cual, por la separación de los padres determinar se ha provocado un daño a los hijos del matrimonio y si este daño tiene relación causal con la conducta del padre -a quién se



imputa el abandono moral y material de su prole-, y/o con la de la madre, en tanto atenuante o eximente de la responsabilidad que se atribuye al demandado. En tanto no se ha acreditado antijuridicidad en el obrar del demandado, pues, no se encuentra que la conducta del progenitor sea productora de un daño que vaya más allá del que necesariamente han de tolerar los hijos en situaciones como la de autos. No aparece claro que el demandado haya tenido una conducta de abandono hacia su prole. Indudablemente el hecho de residir en Estados Unidos -desde finales del 2002- es por sí mismo un obstáculo para una fluida comunicación entre padre e hijos. Y si bien los avances tecnológicos han allanado este tipo de obstáculos, excepto en lo que hace al contacto personal, surge de los testimonios que ha existido una actitud obstructiva por parte de la madre, y que los mismos hijos, especialmente uno de ellos, se han negado a comunicarse con su papá.

2.- No puede calificarse como abandono la frecuencia con que el padre visita la Argentina, ya que ello depende de otros factores (económicos, laborales) que escapan a la voluntad del sujeto. En los demás aspectos tampoco el demandado se ha desentendido de sus hijos. Se ha pactado una cuota alimentaria, cuya suficiencia o insuficiencia puede y debe ser planteada por la madre de los niños en la instancia pertinente; el padre remite ropa y otros elementos para sus hijos; intenta comunicarse telefónicamente con ellos, y verlos personalmente cuando viene al país. Es cierto que los hijos tienen una percepción dañosa y de abandono respecto de la conducta de su padre. Esto fue manifestado por uno de ellos en oportunidad de celebrarse la audiencia fijada en segunda instancia. Pero ello no alcanza para desvirtuar las circunstancias que surgen de la prueba aportada a la causa.

3.- Lo decidido en esta instancia respecto de la acción por daños y perjuicios determina que no exista crédito que funde la acción pauliana, por lo que se impone su rechazo. Sin perjuicio de ello, tampoco se encuentran reunidos los restantes recaudos previstos en el ya citado art. 962 del Código Civil, no extendiéndome sobre estos aspectos desde el momento que la inexistencia de crédito en cabeza de los actores resulta suficiente para el rechazo de la demanda.

4.- [...] teniendo en cuenta los lazos familiares que unen a los litigantes, y principalmente, que una eventual condena en costas perjudicará directamente a los hijos, ya que la madre ha actuado como su representante legal, en tanto uno de ellos ha alcanzado la mayoría de edad en etapas avanzadas del proceso, las costas en ambos expedientes han de ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2da. parte CPCyC).

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de Abril del año 2016.



Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "G. L. N. Y OTRO C/ G. G. G. S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE PARTICULARES", (Expte. N° 354796/2007) y su acumulado 359877/2007 "G. L. N. Y OTRO C/ G. A. D. Y OTRO S/ ACCION REVOCATORIA" (Expte. N° 359877/2007), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 415/438 vta., que hace lugar a la demanda promovida en el expediente n° 354.796/2007, condenando al demandado a abonar a los actores la suma de \$ 150.000, con mas sus intereses, con costas al vencido; y también hace lugar a la demanda planteada en el expediente n° 359.877/2007, declarando inoponible a los actores el distracto de la donación del 50% de la nuda propiedad a favor de uno de los codemandados, sobre el inmueble que se individualiza, con costas a los vencidos.

a) La parte actora se agravia por el quantum de los rubros resarcitorios, el que entiende bajo y que no compensa el perjuicio que la misma sentencia reconoce; por el rechazo de la indemnización por el daño derivado del transcurso del tiempo y por el rechazo de la reparación delo daño psicológico.

Dice que el a quo efectuó una valoración puntual de la prueba, no concluyente en cuanto al grado o intensidad del daño moral, y lo mensura en un valor muy reducido.

Sigue diciendo que los juristas le han dado una mayor amplitud al daño moral, refiriendo que es todo menoscabo a los atributos o presupuestos de la personalidad, bienes extrapatrimoniales que integran el patrimonio moral de las personas.

Señala que la sentencia de grado dice que se valora el grado de incapacidad determinado por el perito psicólogo, único alcance o importancia que el juez de primera instancia le otorga a esa pericia, pero pareciera que no tiene incidencia para la determinación del valor de la indemnización. Agrega que el a quo se declara convencido de la importancia de la pericia, pero diluye la misma al darle una apreciación escasa, porque probablemente se ocupó en demasía en compatibilizar lo que llamó interés individual e interés familiar, olvidando, a criterio del recurrente, que el centro de toda escena jurídico legal que tiene a un ser humano como víctima, es ese ser humano, máxime cuando es menor de edad, siendo todo lo demás secundario, incluso la trascendencia o incidencia familiar.

Manifiesta que la pericia psicológica tiene conclusiones firmes, lógicas, con fundamentos y motivaciones suficientes para otorgarle un real valor probatorio; entendiendo que el juez a quo desoyó y desestimó el informe pericial.

Considera que la ausencia consciente y maliciosa del demandado, quién abandonó a sus hijos menores de edad importa un hecho que por si solo genera daño moral y su consecuente indemnización.

Destaca que la pericia psicológica, incorporada al expediente a partir de fs. 219, informa que L. es una persona de nivel intelectual disminuido como consecuencia de un traumatismo psíquico, que tiene capacidad disminuida para enfrentar las dificultades, generalizada inhibición, desconfianza y autoestima devaluada. Agrega que respecto de B. se concluye en que es tímido en grado superlativo, no exterioriza sentimientos y es sumamente sensible a situaciones afectivas.

Indica que el informe pericial concluye en que la situación de los niños con el padre repercute en aquellos con un sentimiento de minusvalía, sentimiento que se agrava por el rechazo por parte del padre a los intentos de acercamiento; rechazo que no es entendido por los hijos.

Pone de manifiesto que han pasado tres años desde el momento de la realización de la pericia psicológica y aún no existe el menor acercamiento paterno-filial.

Peticiona que la indemnización por daño moral se incremente a la suma de \$ 100.000 para cada uno de los hijos, con más sus intereses liquidados conforme la tasa activa desde noviembre de 2002.

Enfatiza la situación económica holgada del demandado, quién trabaja en Estados Unidos, y que por años no ha regresado a este país.

Sostiene que los testigos han hecho hincapié en el abandono y el sufrimiento de los niños, su menoscabo espiritual, la afectación en sus estudios, las necesidades económicas en el ámbito familiar.



Formula queja por el rechazo a indemnizar el daño psicológico en forma autónoma.

Precisa que el informe pericial psicológico ha determinado que los niños presentan un grado de incapacidad del 18%. Luego, dice que en la demanda se solicitó que, de continuar el demandado con su actitud de abandono a sus hijos, se incrementara el resarcimiento.

Considera que los niños han sido indemnizados a agosto de 2007, fecha en que demandaron un objeto pretendido de reparación real y cierta, y que en otro juicio posterior deberían accionar por el resto de los años, lo que califica de desatino.

Hace reserva del caso federal.

b) Los demandados G. y G. se agravan por el acogimiento de la demanda respecto de la reparación del daño moral. Dice que la sentencia de grado imputa al padre una conducta antijurídica, atribuyéndole abandono emocional y económico de los accionantes.

Sigue diciendo que la sentencia resulta contradictoria en tanto primero manifiesta que no se trata de resarcir la falta de amor o desamor que pudiera existir en los vínculos familiares, sobre los que el derecho no tiene injerencia, pero a renglón seguido hace lugar a la reparación pretendida.

Agrega que no resulta posible, al establecer una relación causal con un hipotético daño moral, distinguir que es lo que se está evaluando, sino justamente aquello, el amor o el desamor, a la luz del criterio del juez y del perito interviniente.

Entiende que cualquier persona que hiciera un tratamiento psicológico, prontamente sería remontado a edades tempranas de su niñez, donde los aciertos y errores paternos y maternos han dejado sus huellas en la construcción de la personalidad de los individuos, haciéndose hincapié en los aspectos que han incidido negativamente en la personalidad; por lo que abrir la puerta a reclamos del tipo del realizado en autos resultará en un caos absoluto en lo jurídico, lo familiar y por extensión, en la sociedad toda.

Cita jurisprudencia y doctrina, y sostiene que el progenitor ha reconocido a sus hijos, se ha preocupado por darles una vida mejor y una prosperidad económica, que en su momento entendió que no conseguiría en nuestro país; siempre ha cumplido con su deber alimentario, e intenta estar presente para ellos dentro de sus posibilidades, teniendo en cuenta que reside en otro país y la obstaculización generada por la madre de los niños. Agrega que, entonces, el deber jurídico está cumplido, no incurriendo en ilegitimidad alguna, no resultando reprochables cuestiones éticas que exceden el marco de lo jurídico.

Se agravia por la afirmación del a quo referida a que existen elementos objetivos que permiten concluir en que el padre se ha apartado de los deberes de cuidado y asistencia que impone la responsabilidad parental, residiendo en ello la antijuridicidad de la conducta.

Dice que el juez de grado ha tenido por acreditadas las ocasiones en que el demandado regresó al país en los últimos seis años con el informe de la Dirección Nacional de Migraciones, concluyendo en virtud de esta prueba en la falta de frecuencia de contacto con sus hijos. Entiende que este razonamiento resulta erróneo, toda vez que el contacto con los hijos no exige que obligadamente el demandado viaje al país, no requiriéndose necesariamente que sea de modo personal.

Pone de manifiesto que los abuelos paternos han desarrollado un rol fundamental en la comunicación paterno-filial. Señala que en la medida que le fue permitido por la conducta materna, el progenitor mantuvo contactos telefónicos con los menores y recibió e hizo llegar novedades a sus hijos a través de los abuelos.

Se queja de que la sentencia de primera instancia considere que no fue objeto del proceso la conducta obstruccionista de la madre de los niños, cuando ella afecta la relación causal entre la conducta atribuida al progenitor y el daño que se invoca.

Señala la prueba que, a criterio del recurrente, fue omitida por el juez de grado.

Alude a la existencia de un síndrome de alienación parental.

Destaca que cuando el demandado viajó a Estados Unidos, la familia recibía la totalidad de las utilidades que le correspondían al demandado por su participación en un 50% en la sociedad de hecho NEUCOM SH, y que posteriormente la madre de los niños vendió, sin su autorización, la participación del ex marido en la sociedad de



hecho otorgado a la pericial psicológica.

Recuerda que el informe fue rechazado e impugnado por su parte, sosteniendo que las impugnaciones han sido fundadas técnicamente, de modo más completo y complejo que el que desarrolla el perito, y que no fueron respondidas por éste.

Realiza consideraciones sobre el daño cierto y su inexistencia en autos.

Manifiesta sorpresa ante los porcentajes de incapacidad otorgados por el perito a cada uno de los niños, por cuanto los valores consignados no se desprenden de ninguna fórmula de uso habitual, ni tampoco se explica como se obtuvieron.

Considera que los importes fijados para el tratamiento de los menores generan dudas e incertidumbre, ya que no se expresó el valor hora que se tomó en cuenta.

Solicita el replanteo en la Alzada de la prueba pericial psicológica y designa consultor técnico de parte.

Denuncia la inexistencia de relación causal entre el daño y la conducta imputada al demandado, fundamentalmente porque la sentencia de grado minimiza, a criterio del apelante, el accionar de la madre, claramente culpable del distanciamiento del padre con sus hijos.

Manifiesta que el juez de primera instancia ha resuelto extra petita, al incluir en el resarcimiento los gastos de tratamiento psicológico, cuando este rubro no fue peticionado en la demanda.

Formula queja por la condenación en costas, entendiendo que ha existido un vencimiento parcial y mutuo.

Se agravia por la decisión de declarar inoponible el acto de revocación de la donación, cuando el reclamo se encuentra prescripto

Sostiene que la inscripción registral otorga al acto oponibilidad erga omnes, siendo ese el punto de partida del plazo de prescripción.

Afirma que el fallo recurrido le atribuye al demandado ánimo defraudatorio, cuando su parte sostuvo que la finalidad de la donación realizada por la señora G. al progenitor de los niños y su hermano, con reserva de usufructo, fue la preservación del inmueble en el seno familiar, como lo ha hecho hasta ahora, por lo que resulta lógico, a criterio del apelante, que ante las agresiones patrimoniales que dicho inmueble sufrió como consecuencia de la ambición de la madre de los niños, la persona donante decidiera, con la conformidad de todos los interesados, regresar el inmueble en su totalidad a su patrimonio.

Afirma que de la revocación de la donación no puede concluirse perjuicio alguno para el patrimonio del demandado, ya que había recibido a título gratuito el 50% de la nuda propiedad y a igual título se dejó sin efecto, por lo que no se vió disminuido el patrimonio del progenitor por adquirir un bien a título oneroso.

Agrega que al momento de la retrocesión de la donación no existían acreedores a quienes defraudar, siendo posterior la acción de la madre de los niños.

Destaca que los menores han de recibir oportunamente, y por sucesión, todo cuanto poseen sus padres y/o abuelos.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de la demandada a fs. 472/477; y lo mismo hace la demandada respecto del memorial de la accionante a fs. 478/480.

d) La Defensoría de los Derechos del Niño y el Adolescente emite opinión a fs. 480, considerando que debe confirmarse el decisorio apelado.

II.- He de comenzar el análisis de los recursos planteados por las partes por el pedido de replanteo de prueba en la Alzada.

Reiteradamente esta Sala II ha sostenido que la apertura a prueba en la Alzada:

"...es de carácter excepcional y su interpretación es restrictiva..." (PS. 1986 -II-235/236; PS.1988-I-98/99, Sala II; PS. 1991 -III-561/564, Sala I; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal", IV-365). El replanteo de prueba en la Alzada no debe ser instrumento del descuido, demora, desidia o desinterés en el requerimiento oportuno o el diligenciamiento de los medios probatorios perdidos, de modo que sólo tendrán cabida cuando la decisión que denegó la prueba se deba a un error, negativa injustificada o negligencia decretada inoportunamente. (JUBA7-NQN- Q0002)" –cfr. Sala II, "Betanzo y otros c/ IPVU", P.S. 1999-III, n° 132-.



En el mismo sentido se ha dicho que la procedencia de producción de prueba en segunda instancia, además de ser excepcional, se funda, principalmente, en que el Juez de grado no haya resuelto correctamente la cuestión planteada. Además, el criterio de admisibilidad de la misma debe ser restrictivo por cuanto importa retrotraer posibilidades que tienen una oportunidad prefijada. Por otra parte, si la cuestión pudo ser debatida con anterioridad y esto no ocurrió por la inactividad de los interesados no corresponde abrir a prueba en la Alzada (PS. 1994-I-38/40- Sala I).

En base a tales conceptos lo peticionado por la parte demandada respecto del replanteo de la prueba pericial psicológica no puede prosperar.

Adviértase que el fundamento del pedido de apertura a prueba en segunda instancia es el contenido del informe pericial y aspectos de la actuación del perito que pudieron y debieron ser planteados en la primera instancia, donde la parte tuvo la posibilidad de impugnar la pericia.

Por ende, no se dan en autos ninguno de los supuestos que habilitarían la producción de una prueba ante la Cámara, por lo que no se hace lugar al replanteo de prueba.

De todos modos, la valoración del informe pericial, a la luz de los fundamentos dados por el experto, las impugnaciones de los litigantes y las respuestas del perito, es una facultad privativa del juez de la causa, por lo que las quejas de la demandada apelante en torno a la validez y eficacia del informe pericial en psicología han de ser consideradas por esta Cámara en oportunidad de analizar los restantes agravios de las partes, de corresponder.

III.- He de abordar ahora las críticas que las partes realizan a la sentencia de grado referidas a la procedencia de la reparación de los daños y perjuicios y, en su caso, la cuantía de la indemnización.

Conforme lo señala Luis Alejandro Fumarola, la procedencia del sistema de responsabilidad civil en el ámbito familiar ha transitado por un camino escabroso, donde se ha reconocido, paulatinamente, el derecho de los damnificados a ser indemnizados, y en el que ha tenido destacada influencia el contexto sociocultural en el que se ha desarrollado el derecho. En un principio, históricamente, los daños generados en el seno de la familia han sido resueltos por el derecho de familia y/o el derecho penal; mientras que la aplicación de la responsabilidad civil originada en estas causales fue sosegado por distintos tipos de las denominadas inmunidades intrafamiliares, otorgadas a favor del dañador con la pretendida e ilusoria finalidad de preservar la paz familiar, que resulta sumamente difícil de lograr en muchos casos (cfr. aut. cit., "El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", RCyS 2015-XII, pág. 34).

No puede dejar de reconocerse que la familia, como célula básica de la sociedad, requiere de ciertas condiciones mínimas para existir y desarrollarse y es por ello que la entidad familiar es protegida por el derecho. Pero esta protección no puede llegar al punto de desproteger a la víctima que está siendo dañada en su integridad.

Consecuentemente, el derecho ha avanzado respecto de la penalización, por vía de la responsabilidad civil, del daño provocado en el seno de la familia.

Graciela Medina explica que tras más de 25 años desde que se dictara el primer fallo que hizo lugar a una demanda de daños y perjuicios en materia de derecho de familia, producido por la falta de reconocimiento de un hijo, la jurisprudencia ha aceptado la responsabilidad por daños ocasionados en el ámbito familiar por sus propios integrantes en todos los aspectos (cfr. aut. cit., "Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, pág. 287).

Por eso no se trata de abrir una puerta a múltiples reclamos, tal como lo sostiene la demandada apelante, los que serán analizados puntualmente en cada caso, sino de plasmar en concreto la regla del alterum non laedere (no dañar a otro), la que reiteradamente ha sido rescatada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tanto cuenta con raíz constitucional (autos "Santa Coloma c/ Ferrocarriles Argentinos" Fallos 308:1.176; "Gunther c/ Gobierno Nacional" JA 1987-IV, pág. 653; "Aquino c/ Cargos Servicios Industriales", Fallos 327:3.753).

Por supuesto que en este tipo de reclamos debe el juez ser sumamente prudente, pero no por ello negar la reparación a quién ha sufrido un daño.

IV.- Dejo en claro que el daño cuya reparación pretende la parte actora y ha sido acogido por el a quo no es consecuencia directa –aunque sí indirecta– de la separación de los padres. El matrimonio G. – B. adoptó la decisión de



romper la convivencia y el vínculo que los unía, y esto en si mismo no es reprochable, más aún cuando no surge de autos que la causa de esta ruptura haya sido en forma exclusiva la conducta del marido, sino que surge de la prueba una fuerte presunción en contra de esta afirmación de la parte demandante.

Pero esta cuestión aquí no interesa.

Lo que resulta fundamental para la resolución de la apelación es si se ha provocado un daño a los hijos del matrimonio y si este daño tiene relación causal con la conducta del padre –a quién se imputa el abandono moral y material de su prole-, y/o con la de la madre, en tanto atenuante o eximente de la responsabilidad que se atribuye al demandado.

Convengamos en que todo hijo o hija de padres separados presenta algún tipo de padecimiento moral como consecuencia de la decisión adoptada por las personas mayores de edad. No es lo mismo que la familia conviva bajo el mismo techo, a que el padre y la madre residan en lugares distintos –incluso separados por muchos kilómetros como sucede en autos-, no obstante la buena relación que los hijos mantengan con sus progenitores.

Más aún, la muerte del padre o de la madre también genera en el hijo o hija una sensación de abandono, y un sufrimiento espiritual.

El punto a resolver en el sub lite es si este sufrimiento de los hijos del demandado va más allá de lo que aquellos están obligados a tolerar, como consecuencia de las vicisitudes que la vida presenta a todas las personas.

Como ya lo dije la separación en sí de los padres no puede ser entendida como un obrar irrazonable, y los sufrimientos que ella genera en la prole son circunstancias que deben ser toleradas.

La decisión del demandado de radicarse en el extranjero tampoco es un acto irrazonable. Surge de los testimonios de autos que ello sucedió en el año 2002, una época de profunda crisis en nuestro país, y que fue una decisión consensuada con quién entonces era su esposa. Tampoco merece reproche el hecho que el demandado haya viajado inicialmente solo, dado que su esposa se encontraba en estado avanzado en la gestación del segundo hijo del matrimonio, y teniendo en cuenta las inseguridades e inconvenientes que conlleva intentar la radicación en un país extranjero.

Resta por analizar si la conducta del padre, posterior a la separación del matrimonio, tolera el test de razonabilidad.

La testigo S. relata: "...que yo sepa, la primera vez que vino cuando cumplió años L. en el 2003, casi al año de irse, diez meses después que se había ido, esa fue la vez que supe que vino y la segunda vez creo que fue en este año (la declaración testimonial se prestó en el año 2009) o el año pasado". Preguntada sobre si el padre se comunica telefónicamente con sus hijos, contesta: "...no se comunica, lo sé porque charlo con L. y creo que lo llamó una sola vez desde que se fue, creo que lo llamó al celular que le regalaron los abuelos...".

El testigo B. dice: "...Después estalló la cosa porque no los vino a buscar definitivamente, no los llamaba y entraron las discusiones, ponía argumentos que no encontraba alquiler ni lugar para ellos, hasta que vino, creo que fue unos días antes que su hijo menor cumpliera un año y no lo quiso ver... Quiero aclarar que yo nunca lo ví, porque venía y estaba por ratitos y después es escondía en su casa y no fueron buenos los contactos que tuvo con los hijos, con el más chico prácticamente no tuvo ningún contacto.... tienen teléfono, sobre todo L. el más grande, también tienen teléfono fijo donde puede llamar, yo no tengo conocimiento que los haya llamado.... mi sobrina no tiene trabajo, y conozco de que reciben \$ 600 por cada chico, no se si de parte de G. o de los abuelos, sé que la plata se la dan los abuelos... creo que este año fue la última vez que vino... me enteré de que vino y que estuvo con L. en la vereda de la casa de los abuelos paternos...".

La testigo P. afirma: "...él se fue de acá en noviembre del 2002. Unos días antes de que naciera B.. La primera vez que me enteré que volvió fue al año siguiente cerca del cumpleaños de L., la fecha es octubre. Y sé que volvió también el año pasado cerca del cumpleaños de L., octubre... yo sé que nunca se opuso a que el padre viera los chicos, pero si él no los vé es porque él no hace nada para verlos. Es más, al hijo menor B. el padre lo conoció cuando a B. el faltaban dos meses para cumplir un año..".

La testigo G. G. P. es madrina de L., y en su declaración obrante en el acta de fs. 122/123 vta., relata: "...G. G.... viajó porque él se iba a instalar allá y luego que estuviera instalado iba a llevar a C. con los chicos para allá... yo sé que él había enviado de allá el importe de los pasajes para que viajen, después que es lo que pasó no sé. No me consta. Lo



sé porque nos visitábamos con ella en ese entonces y me lo ha contado ella... no sé cual fue el destino de ese dinero... él volvió cuando B. era chiquito, no recuerdo cuantos meses tenía, inclusive fueron a casa L., B., C. y G., los cuatro, ellos fueron a casa a saludar y fueron todos juntos, pero creo que ya G. no paró en el departamento con ella... la siguiente vuelta que vino G., no recuerdo la fecha, fue cuando ella me dijo que no había dejado ver a los chicos y en ese momento le dije que no me parecía bien lo que hacía... desde ese momento no la ví más... lo que hacía era no dejar ver los hijos con el padre, ella me dijo en esa oportunidad que le había recomendado el abogado, le había dicho que no lo dejara ver el padre a los chicos, y de G. si me consta que cada vez que ha venido, ha venido por los hijos. Y la vez que corté relaciones con C., que las cortó ella, esa vez que G. intentó ir al colegio y no lo dejaron ver, lo sacaron por la otra puerta y ahora la última vez que vino no lo dejaron ver a los chicos... G. le mandaba dinero de allá, no sé como serían los depósitos, como cobraría ella, pero sé que le enviaba... una vez que estaba en la casa de A. (la abuela paterna), justamente habló G. y B. habló con él y L. no quiso... en casa de A. he visto cantidad de juguetes, cajas, el destino estaba ahí porque no los querían recibir, los chicos no los aceptaban, supongo que por la madre... la última vez que el sr. G. estuvo en Neuquén... hace poco, no recuerdo cuantos meses pero no hace tanto. Y así como vino se fue porque tuvo problemas. No sé que problemas tuvo con C. y los chicos y pegó la vuelta... por teléfono sé que ha hablado montones de veces... en las comunicaciones de mail... siempre me pregunta por los chicos, si sé algo diferente a lo que sabe la madre... ella no se los dejaba ver a los hijos, a mí me consta las corridas de ella de un lado para otro con tal que no los viera..."

L. M. T. es el hijo de la madrina de L.. Dice en la declaración de fs. 124/125 vta.: "...en el primer viaje que hace G. de Estados Unidos hacia Argentina estaba C., G., L. y B. en casa y se hablaron estas cosas, que la idea era irse a allá". Preguntado sobre si el padre había mandado el dinero para el viaje a Estados Unidos contesta: "...fue después del primer viaje que vino a la Argentina, si mal no recuerdo había una plata para pagar los pasajes de avión y por comentarios, tanto por comentarios de C. en casa se había comprado el auto, si no me equivoco el 147". Sigue diciendo en su testimonio: "...el señor G. regresó de Estados Unidos... que a mí me conste dos veces, una fue personalmente en casa y otra en Buenos Aires, y por mails y en algunas ocasiones hemos hablado por teléfono, fueron cuatro veces... el sustento económico a la Sra. B. ante la ausencia de G... hasta donde tengo entendido por comentarios de A. ... era plata enviada por G. y la depositaba ella... he visto encomiendas y juguetes que están en la casa de A. archivados y me enteré que eran de G. porque le pregunté si iba a poner un jardín materno y me dijo que eran encomiendas de G. de Estados Unidos, lo que me dijo A. ... que no los recibía C. y que los chicos no se lo llevaban, que no se los querían llevar... tanto en los mails como cuando yo hablé con él me pidió las fotos que yo tenía de los chicos..."

El abuelo de L. y B., O. G., declara a fs. 308/311. Destaco de esta declaración lo siguiente: "...G. G. ... viajó por motivos laborales porque la situación económica del país no era la mejor... los planes familiares de G. y B. ... era radicarse allá, por eso viajó primero G. allá para ver que posibilidades de radicación existía, con posterioridad a eso había alquilado una vivienda y había visto un colegio bilingüe dado que L. el hijo mayor no tenía mucho conocimiento de inglés... la Sra. B. estaba embarazada, tuvo el bebé y después de un tiempo desistió de viajar porque ya no le interesaba más... en un viaje que hizo G. mi hijo de EEUU a Neuquén se encontró con la sorpresa que B. había desistido de viajar... El vino de EEUU y se alojó en la casa matrimonial en octubre de 2003, en esa fecha G. le envió dinero para los pasajes, inclusive una autorización para B. que era chiquito, para la obtención del pasaporte... El regresó en octubre de 2003 para el cumpleaños del hijo mayor y para llevarse a la familia, se alojó en la casa de B. y una de las noches después de regresado me tocó el timbre de mi casa y me dijo que su señora lo había echado de la casa y que no viajaban nada, y nuevamente regresó a EEUU. Fuimos al aeropuerto y lo despedimos con L. ... posterior a la ruptura matrimonial, nunca se le permitió a G. conectarse con su hijo e inclusive la madre de la Sra. B. tampoco le permitía el contacto con los nenes...concretamente nunca le permitieron contactarse ni telefónicamente ni vía e mail pese a que G. le había comprado un celular, que le fue robado, como consecuencia de ello yo le compré otro...G....en el 2005 regresó para el cumpleaños de L. e intentó estar con él, no le permitieron como así tampoco darle los regalos para los nenes, intentó en el cumpleaños en un local de juegos y fue imposible contactarlo, la pareja de B....no permitió que nos acercáramos



a la criatura G. y yo, y fue retirado del cumpleaños por J. Q. que no sé a donde lo llevó. El año pasado también vino en octubre para el cumpleaños de los nenes, que son en octubre y diciembre, y cuando estableció contacto telefónico con L. para ver a que hora se encontraban, L. le preguntó si podía ser al día siguiente, a las 18 hs., el padre le dijo que sí, y al día siguiente llegaron a mi domicilio B., L., el cual no quiso entrar a mi domicilio y otras personas más que no se identificaron y manifestaron que venía a notificarlo de una demanda...La correspondencia no fue recepcionada por L., las encomiendas cuando era posible...pudimos entregarlas...les mandó ropa, juguetes". Preguntado sobre si sus nietos concurren a su domicilio y pueden mantener contacto con su padre, responde: "Sí, varias veces pero L. no pudo mantener contacto porque según dice él se lo prohíbe la madre y su abogado, B. habla habitualmente con el padre, pero luego también, hace un año cuando en las pocas oportunidades en que fue a casa nos manifestó que no podía hablar con ese Tonto de G. que no es mi papá...". Sigue diciendo: "...G....regresó en 2004, no le permitieron el contacto con L. que regresaba de un viaje con los compañeros de la escuela...En el 2005 tampoco pudo contactarse con los nenes...en 2006 el padre me pidió que lo invitara a viajar a Disney a L. y hice las averiguaciones en la agencia de viajes y la madre no lo dejó...posterior a eso en tres oportunidades le manifesté a la madre la intención de llevar a L. a EEUU y se negó". Preguntado sobre como se proveía al sustento económico de los niños, contesta: "...B. retiraba de la firma Neucom, según las manifestaciones del socio y de la contadora sumas que oscilaban...entre los 7.000 pesos mensuales y también administraba los depósitos que efectuaba la firma Techin en la cuenta personal de B. G. del banco Pampa.

Administraba otros depósitos que se realizaban en el banco Robert o HBCH, luego de esto y hasta la fecha percibe la cuota alimentaria que pactaron G. con el abogado de B. y que se deposita regularmente en una cuenta judicial del Banco Provincia".

J. F. Q. declara a fs. 315/vta. sobre el incidente sucedido en el cumpleaños de L.: "...con uno de mis hijos concurrí a ese cumpleaños, lo llevé a San Martín al 4.000 creo que era la dirección...cuando lo fui a retirar me pidieron si lo podía acercar a L., lo acerqué hasta mi domicilio particular que queda a mitad de camino y luego su madre lo pasó a retirar...la madre me pidió, los motivos no me dijo...". Preguntado sobre si vió en el cumpleaños a los abuelos o al padre de L., contesta: "a mí me pareció que salía que estaba estacionado el abuelo, una camioneta del abuelo, me pareció nada más, yo ingresé al salón cuando fui a retirar a mi hijo y no ví ni a los abuelos ni al padre...pero si recuerdo haber visto la camioneta de los abuelos...como tenía un costado el salón, de ahí retiré a los chicos, no era el acceso principal, por un estacionamiento que había al costado".

La abuela paterna de L. y B. declara a fs. 340/342: "...era un proyecto que tenía la familia que justo fue el problema del 2001, acá las cosas no funcionaban como ellos pensaban...el matrimonio estaba de acuerdo en buscar otros horizontes, el nene estaba muy contento de irse...G. se fue a fines de 2002 y C. no se fue porque estaba embarazada del chiquito que nació en diciembre del 2002, antes de irse G. hizo el pasaporte de C. y L. para poder salir, y desde allá le hizo un poder para poder tramitar el pasaporte del bebé, hicieron el trámite y el chiquito B. tenía su pasaporte. El proyecto era que cuando el médico le dijera que podía viajar, era irse C. con los dos chiquitos para allá...el proyecto era para marzo más o menos viajar, incluso G. mandó dinero en dólares para pasajes, nosotros los íbamos a acompañar hasta Miami y la íbamos a acompañar...G. vino después en octubre con la idea de llevarlos, en octubre de 2003 vino para el cumpleaños de L. el 29 de octubre, vino para llevarlos, fue al departamento donde vivían y ahí ella lo echó y G. se fue para casa...G. pasó el cumpleaños de su hijito y se fue otra vez...El siempre se contactaba por teléfono, sobre todo con el más grande, después con el chiquito también, y volvió en octubre de 2005 otra vez coincidiendo con el cumpleaños de L., ya separados el matrimonio, ahí fue un horror porque no lo dejaron estar con el nene, él intentó de todas las formas, fue a la escuela, el nene estaba en primaria todavía, primero cuando G. llegó L. estaba en viaje de estudios y fuimos a recibirlo...a esperarlo en el colectivo y fue muy feo porque ella no lo dejaba con el nene, y G. por la ventanilla lo pudo saludar, y lo bajó la mamá y lo metió en el auto de la pareja de ella...Ella dijo que no podía hablar con el nene y que hablara con el abogado, G. fue a la escuela, la directora lo fue a buscar a L. al aula pero L. no quiso ver al papá. Después el 20 era el cumpleaños y lo festejaban en San Martín al 4.000 y nosotros fuimos con mi marido, G. y yo...no nos dejaron entrar, así que lo veíamos desde afuera, era en una globa, y ahí un



amigo, J. Q. lo sacó por otra salida, así que G. no pudo estar con el nene, no hubo ningún contacto. Dejó todo lo que traía en casa y recién a los once meses se lo pudimos entregar a los nenes pero a nosotros tampoco nos permitían. En 2006 fuimos a Estados Unidos porque G. nos dijo que los llevaríamos a los nenes, hicimos todo lo posible, pero no nos dejó llevarlos la mamá...En 2008, en octubre otra vez, para el cumpleaños, vino, llamó de casa a L. diciéndole que estaba, porque L. decía que quería hablar con el papá, G. lo llamó y concretaron para que al día siguiente viniera a la casa de los abuelos...mi marido y yo estábamos en la puerta y dobla la esquina L. con su mamá...dijo que él sólo venía a hablar con el padre...le dije que entrara y L. dijo yo no entro, que salga él a la vereda...salió y cuando lo quiere abrazar no lo deja...G. le dijo que él estaba para lo que quieras preguntar, y L. le dijo por qué no nos viniste buscar. G. dijo sí acordate que en 2003 yo vine a buscarlos y tu mamá me echó del departamento, que no quería más la convivencia y que no se iba a ir con Uds. a Estados Unidos. Ahí G. le dijo a L. si quería hacer más preguntas y dijo que no tenía más preguntas, de enfrente cruzaron un hombre y una mujer y el hombre le dijo que se tenía que notificar...L. quería una vez un disco y G. le mandó el CD, y L. reclamaba porque la madre recibió eso pero no se lo dio, G. se lo volvió a mandar pero a casa y yo se lo entregué a L., en esa época estaban en contacto, después mando tarjetas, encomiendas y eso pasaba meses las cosas en casa, con ropa, zapatillas, hasta que podíamos entregarlas, porque la madre no quería que retiraran las cosas de mi casa, cuando nosotros fuimos en 2006, G. mandó camperas, zapatillas, juguetes, y las cosas estuvieron 10 o 12 meses en casa...cuando los nenes venían a casa, L. no quería hablar por teléfono, G. llamaba, nunca le permitían hablar...B., el chiquito si hablaba y le contaba cosas...".

Quizás pueda tildarse de tediosa la transcripción de los aspectos salientes de las declaraciones testimoniales, pero lo entendí necesario dado que, si bien no paso por alto la complejidad que tiene toda trama familiar afectada por una circunstancia traumática, como es la separación de los padres, no encuentro que la conducta del progenitor sea productora de un daño que vaya más allá del que necesariamente han de tolerar los hijos en situaciones como la de autos.

No aparece claro que el demandado haya tenido una conducta de abandono hacia su prole. Indudablemente el hecho de residir en Estados Unidos es por sí mismo un obstáculo para una fluida comunicación entre padre e hijos. Y si bien reconozco que los avances tecnológicos han allanado este tipo de obstáculos, excepto en lo que hace al contacto personal, surge de los testimonios que ha existido una actitud obstructiva por parte de la madre, y que los mismos hijos, especialmente L., se han negado a comunicarse con su papá.

No puede calificarse como abandono la frecuencia con que el padre visita la Argentina, ya que ello depende de otros factores (económicos, laborales) que escapan a la voluntad del sujeto.

En los demás aspectos tampoco advierto que el demandado se haya desentendido de sus hijos. Se ha pactado una cuota alimentaria, cuya suficiencia o insuficiencia puede y debe ser planteada por la madre de los niños en la instancia pertinente; el padre remite ropa y otros elementos para sus hijos; intenta comunicarse telefónicamente con ellos, y verlos personalmente cuando viene al país.

Es cierto que los hijos tienen una percepción dañosa y de abandono respecto de la conducta de su padre. Esto fue manifestado por el joven L. en oportunidad de celebrarse la audiencia fijada en segunda instancia. Pero ello no alcanza para desvirtuar las circunstancias que surgen de la prueba aportada a la causa.

Tampoco puede ser materia de análisis la conducta imputada por la actora a los abuelos paternos, ya que ella no fue objeto de esta demanda, la que fue promovida para el resarcimiento de los perjuicios que habría provocado el abandono del progenitor.

Lo dicho determina que se ha de revocar el decisorio de grado, rechazándose el reclamo por daños y perjuicios, en tanto no se ha acreditado antijuridicidad en el obrar del demandado.

VI.- En atención al resultado de la apelación de la demandada, resulta abstracto el tratamiento de los restantes agravios de las partes en torno al reclamo por daños y perjuicios.

VI.- Vayamos ahora al análisis de los agravios verificados respecto del acogimiento de la acción pauliana.

No se encuentra controvertido en esta instancia que la señora G. donó el 50% indiviso de la nuda propiedad de un inmueble a su hijo el señor G. G., con reserva de usufructo vitalicio a favor de la donante y de su cónyuge; donación



que posteriormente fue dejada sin efecto, con el consentimiento de todos los involucrados en aquél acto.

Contra el distracto de donación es que formulan los actores la acción revocatoria.

Los demandados han opuesto excepción de prescripción de esta acción, por haber transcurrido más de un año entre la fecha de la inscripción registral del distracto y la interposición de la demanda, defensa que fue rechazada por el a quo, lo que motiva la queja de la demandada.

Los demandados fundan su defensa en el art. 4.033 del Código Civil de Vélez Sarsfield –norma que rige en el sub lite-, que dice: “La acción de los acreedores para pedir la revocación de los actos celebrados por el deudor, en perjuicio o fraude de sus derechos, se prescribe por un año, contado desde el día en que el acto tuvo lugar, o desde que los acreedores tuvieron noticia del hecho”. La apelante insiste en que la noticia del hecho fue tenida por los demandantes con la inscripción, y consiguiente publicidad, en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Félix A. Trigo Represas señala que la brevedad de este término de prescripción se funda en la necesidad de dar seguridad a los actos y a los derechos que de ellos emanan; y que el momento inicial del cómputo es, en principio, la fecha del acto impugnado, el que se presume conocido desde entonces. De todas formas, sigue diciendo el autor citado, como el impugnante ha sido extraño a dicho acto, se acepta que pueda probar haberlo ignorado y que recién tuvo conocimiento del mismo tiempo después; en cuyo caso tendrá a su cargo la prueba de la reserva u ocultamiento del negocio, o bien, lo que es más sencillo y terminante: la fecha en que realmente tuvo noticias de la realización del acto impugnado (cfr. aut. cit., “Código Civil Comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. “Privilegios. Prescripción. Aplicación de las leyes civiles”, pág. 645).

En torno a los actos otorgados por escritura pública e inscriptos en el Registro de la Propiedad Inmueble existe divergencia en doctrina y jurisprudencia en relación a lo que debe entenderse como “conocimiento del acto”. Mientras que un sector entiende que con la toma de razón del acto en el Registro de la Propiedad Inmueble se logra su publicidad y su oponibilidad frente a terceros (tesis del conocimiento ficto), otro sector sostiene que la inscripción registral del acto no hace presumir la cognición por parte del acreedor burlado, sino que tal conocimiento se producirá cuando el reclamante se entere en forma cierta y efectiva del acto que lo afecta (tesis del conocimiento cierto).

Teniendo que optar entre ambas posturas, entiendo que la segunda es la más adecuada al criterio restrictivo con el que debe abordarse el tema de la prescripción.

Así lo ha entendido Guillermo Borda, para quién “no basta para tener por demostrado el conocimiento del fraude por el acreedor, la circunstancia de que el acto se haya otorgado en escritura pública, pues es bien sabido que en la práctica ni dicha escritura ni su inscripción en el registro permite a los terceros tomar conocimiento de la realización del acto” (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho Civil Argentino – Obligaciones”, Ed. Abeledo-Perrot, 1967, T. II, pág. 78).

Por su parte, y además de la jurisprudencia que cita el a quo, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha decidido que el plazo de prescripción aplicable a la acción pauliana debe contarse desde el conocimiento, obtenido con los certificados de dominio, de los actos jurídicos de transmisión del dominio del bien del deudor (autos “Monsalvo c/ Competella”, 18/3/2009, LL on line AR/JUR/2964/2009).

En igual sentido, la Cámara 6ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba resolvió que el plazo de prescripción aplicable a la acción revocatoria incoada respecto de la donación de un inmueble debe computarse desde la fecha en que el accionante tuvo conocimiento del informe del Registro de la Propiedad donde constaba la inscripción provisoria de la transferencia del bien por donación gratuita, toda vez que la constancia de expedición del certificado tuvo la virtualidad de hacerle conocer la realización del acto jurídico atacado de fraude (autos “Fernández c/ Vaca”, 30/4/2009, LL on line AR/JUR/8149/2009).

Conforme lo dicho, resulta correcta la solución del a quo en cuanto a tomar como momento de inicio del cómputo del plazo de prescripción el de expedición del certificado de dominio, por lo que la acción no se encuentra prescrita.

VII.- Los demandados también formulan agravios por el acogimiento de la acción pauliana.

La acción revocatoria requiere para su ejercicio, entre otros recaudos, que el crédito en virtud del cual se intenta la acción, sea de una fecha anterior al acto del deudor (art. 962 inc. 3, Código Civil).

La parte actora ha invocado como crédito a tutelar la deuda que surja del acogimiento de la demanda por daños y



perjuicios, que ha tramitado en el expediente acumulado. Y en base a ella es que ha hecho lugar el a quo a la acción pauliana.

Lo decidido en esta instancia respecto de la acción por daños y perjuicios determina que no exista crédito que funde la acción pauliana, por lo que se impone su rechazo.

Sin perjuicio de ello, entiendo que tampoco se encuentran reunidos los restantes recaudos previstos en el ya citado art. 962 del Código Civil, no extendiéndome sobre estos aspectos desde el momento que la inexistencia de crédito en cabeza de los actores resulta suficiente para el rechazo de la demanda.

VIII.- Debiendo revocarse en su totalidad el fallo de grado, debo hacer una consideración respecto de la imposición de las costas del proceso, tanto en primera como en segunda instancias.

Indudablemente, en virtud del principio objetivo de la derrota, las costas del proceso tendrían que ser impuestas a la parte actora, por ser la perdidosa en ambas actuaciones.

Sin embargo, teniendo en cuenta los lazos familiares que unen a los litigantes, y principalmente, que una eventual condena en costas perjudicará directamente a los hijos, ya que la madre ha actuado como su representante legal, en tanto que L. G. ha alcanzado la mayoría de edad en etapas avanzadas del proceso, las costas en ambos expedientes han de ser impuestas en el orden causado (art. 69, 2da. parte CPCyC).

IX.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo no hacer lugar al pedido de replanteo de prueba en la Alzada y acoger el recurso de apelación de la parte demandada y declarar abstracto el tratamiento del recurso de la parte actora. En consecuencia, se revoca íntegramente el decisorio apelado y se dispone el rechazo de la demanda por daños y perjuicios, como así también, el rechazo de la acción revocatoria.

Las costas por la actuación en primera y segunda instancias, en ambos procesos, se imponen en el orden causado, por los fundamentos dados en el apartado VIII.- de esta sentencia.

Los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia y por la acción de daños y perjuicios se regulan en la suma de \$ 23.100,00 en conjunto para los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ..., y \$ 7.700,00 para el Dr. ...; \$ 12.320,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 61.600,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10, 11, 20 y 39 de la Ley 1.594.

La retribución del perito psicólogo ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que debe guardar con los honorarios de los abogados de los litigantes, y considerando la labor desarrollada, se fija en la suma de \$ 8.000,00.

Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por la acción revocatoria se fijan en la suma de \$ 4.300,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 3.450,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 17.220,00 para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 9, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios de la perito calígrafa ... se regulan en la suma de \$ 2.000,00, por los mismos fundamentos dados para determinar la retribución del perito

Los honorarios profesionales por la actuación ante a Alzada, por sendos procesos, se regulan en la suma de \$ 4.930,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; \$ 3.940,00 para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y \$ 19.710,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

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.- Revocar íntegramente la sentencia de fs. 415/438 vta. y disponer el rechazo de la demanda por daños y perjuicios, como así también, el rechazo de la acción revocatoria, de conformidad con lo expuesto en los considerandos pertinentes que integran el presente pronunciamiento.

II.- Imponer las costas por la actuación en primera y segunda instancias, en ambos procesos, en el orden causado, por los fundamentos dados en el apartado VIII.- de esta sentencia.



III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia y por la acción de daños y perjuicios en la suma de PESOS VEINTITRES MIL CIEN (\$ 23.100,00) en conjunto para los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ..., y de PESOS SIETE MIL SETECIENTOS (\$ 7.700,00) para el Dr. ...; de PESOS DOCE MIL TRESCIENTOS VEINTE (\$12.320,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y de PESOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS (\$ 61.600,00) para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., de conformidad con lo establecido por los arts. 6, 7, 10, 11, 20 y 39 de la Ley 1.594.

IV.- Fijar los honorarios del perito psicólogo ..., teniendo en cuenta la adecuada proporción que debe guardar con los honorarios de los abogados de los litigantes, y considerando la labor desarrollada, en la suma de PESOS OCHO MIL (\$8.000,00).

V.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por la acción revocatoria en la suma de PESOS CUATRO MIL TRESCIENTOS (\$ 4.300,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; de PESOS TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 3.450,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y PESOS DIECISIETE MIL DOSCIENTOS VEINTE (\$ 17.220,00) para el Dr. ..., letrado apoderado de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 6, 9, 10 y 11 de la Ley 1.594.

VI.- Regular los honorarios de la perito calígrafa ... en la suma de PESOS DOS MIL (\$ 2.000,00), por los mismos fundamentos dados para determinar la retribución del perito

VII.- Regular los honorarios profesionales por la actuación ante a Alzada, por sendos procesos, se reglan en la suma de PESOS CUATRO MIL NOVECIENTOS TREINTA (\$ 4.930,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ...; de PESOS TRES MIL NOVECIENTOS CUARENTA (\$ 3.940,00) para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y PESOS DIECINUEVE MIL SETECIENTOS DIEZ (\$ 19.710,00) para el Dr. ..., en doble carácter por la parte demandada, de acuerdo con lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

VIII.- 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](#)

"BANCO PATAGONIA S.A. C/ WEYREUTER CARLOS ENRIQUE S/ COBRO EJECUTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 538021/2015) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 05/04/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

CHEQUE AL PORTADOR. EXCEPCION DE INHABILIDAD DE TITULO.

1.- Cabe confirmar la sentencia de grado, que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y de pago, y manda llevar adelante la ejecución, en una causa en donde se ejecutan dos cheques, extendidos bajo la modalidad de pago diferido, que fueran rechazados por el banco girado al ser presentados al cobro por falta de fondos suficientes en la cuenta corriente correspondiente. Estos cheques fueron librados al portador, constando en el anverso de ambas cartulares un endoso suscripto por el Presidente de una Sociedad Anonima y luego la constancia del Banco que da cuenta



del rechazo del cobro pretendido, los cheques han sido librados sin indicar la persona de su primer tenedor, por lo que deben ser considerados como cheques al portador. Luego no se encuentra probado que el firmante del endoso lo haya hecho para depositar el cheque al cobro, por lo que dicho endoso sólo cumple una función de garantía. Finalmente, el ejecutante ha sido quién ha presentado los cheques al cobro y, además, es el tenedor de los documentos. De lo dicho se sigue que el ejecutante se encuentra legitimado para promover la acción cambiaria conforme lo ha hecho, siendo correcto el rechazo de la excepción de inhabilidad de título planteada por el demandado.

2.- El cheque librado al portador es transmisible por la simple entrega (art. 12, Ley 24.452), y queda legitimado para ejercer todos los derechos emergentes del título quién detente su tenencia, sin necesidad que en el documento conste endoso alguno.

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de Abril de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BANCO PATAGONIA S.A. C/ WEYREUTER CARLOS ENRIQUE S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte.Nº 538021/2015), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 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 Dr. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 111/116, que rechaza las excepciones de inhabilidad de título y de pago, y manda llevar adelante la ejecución, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por entender que la a quo no ha valorado que la actora es una entidad bancaria, y que, en consecuencia, no le comprenden estrictamente las consideraciones que se realizan en el fallo de grado respecto del resto de los sujetos de las relaciones cambiarias. Agrega que las entidades bancarias son un eslabón en la cadena de cobro de los cheques, y no en la línea de transmisión de los mismos.

Sigue diciendo que las entidades bancarias, en su participación normal y habitual, funcionan de enlace en la efectivización del cheque.

Señala que cuando el cobro del cheque se realiza mediante depósito en otro banco, se utiliza la compensación entre las entidades bancarias, quedando el instrumento físico en el banco depositario.

En este caso, argumenta la apelante, el banco depositario no tiene legitimación para ejecutar el cheque, en virtud que el depositante no le transmite el instrumento, ya que la firma en el dorso del mismo no constituye un endoso, tal como lo estipula la Comunicación A 5508 del B.C.R.A.

Afirma que, a contrario de lo sostenido por la jueza de grado, a las entidades bancarias no le comprenden las generalidades de la ley que regulan la transmisión de los cheques, sino las disposiciones normativas aplicables a la efectivización de los cheques.

Sostiene que es cierto, como lo señala la sentencia de grado, que ambas partes reconocen que Receptora 88 S.A. es cliente del Banco Patagonia, pero no es cierto que las partes estén de acuerdo en que Receptora 88 S.A. transmitió el documento a favor del Banco Patagonia.

Afirma que su parte jamás sostuvo que Receptora 88 S.A. haya transmitido el cheque al Banco Patagonia, sino que lo depositó en su cuenta del Banco Patagonia para que éste gestione el cobro y acreditación del dinero. Agrega que la actora reconoce que la operación aparenta haber sido ésta y no otra.



Considera que frente al banco girado y al sistema bancario nacional, la actora se comportó, en el aspecto formal, como depositaria del cheque a efectos de gestionar su cobro.

Manifiesta que si la versión de la actora es real, evidentemente realizó una operación "en negro", ocultando el verdadero tenor de la misma al B.C.R.A. y al sistema de truncamiento de cheques. Agrega que resulta evidente que la actora no utilizó la cuenta operativa que todas las instituciones bancarias poseen en el B.C.R.A., ni una cuenta propia en la misma u otra institución, en la cual debió depositar el valor como propio.

Entiende que por ello, resulta oportuno que esta Cámara de Apelaciones, al dictar sentencia, disponga que se remita al B.C.R.A copia de estas actuaciones, para el conocimiento de dicha entidad.

Destaca que la actora reconoce que realizó el procedimiento de truncamiento de cheques; procedimiento que se utiliza ante el depósito de un cheque de un banco girado distinto, a efectos de realizar las diligencias de cobro a favor de su cliente; que el banco girado rechazó la pretendida compensación del cheque; que el banco girado informó al demandado que el cheque pretendió ser percibido por Receptora 88 S.A.; que el cheque quedó en poder del banco depositario.

Sigue diciendo que el demandado no tenía forma de conocer, y nunca fue notificado, que el banco depositario hubiese realizado alguna operación con su cliente, por la cual hubiese adquirido algún derecho sobre el instrumento; que si bien la actora invocó la realización de una operación con su cliente, ésta fue negada por la demandada, y la ejecutante no la acreditó en autos.

Concluye en que el demandado no tenía por qué dudar en pagar los cheques a Receptora 88 S.A., ya que se trataba del obligado directo en la relación cambiaria, por ser a quién le entregó los cheques y quién intentó percibirlos a través del sistema bancario de compensaciones y truncamiento.

Señala que no estamos en presencia de la transmisión de un cheque al portador por su simple entrega, ni ante la acción regresiva de un transmitente que recuperó mediante su pago el instrumento.

En subsidio apela la imposición de las costas procesales, entendiéndolo que la actora dio motivo para que su parte opusiera las excepciones, en virtud que debió explicar y adjuntar documentación complementaria, desconocida por el demandado, para justificar su supuesta legitimación.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 132/137 vta.

Considera que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente contesta los agravios expresados.

Sostiene que el banco ejecutante es portador legítimo y de buena fe de los cheques ejecutados en virtud del endoso en blanco o al portador de cada uno de ellos realizado por Receptora 88 S.A., mediante el cual se transmitió al Banco Patagonia la posesión y propiedad de esos documentos y, consecuentemente, todos los derechos y acciones emergentes de los mismos.

Dice que se trata de endosos con efectos plenos. Advierte sobre que estos endosos no contienen cláusula alguna que restrinja sus efectos legitimantes.

Sigue diciendo que, no obstante ello, la ejecutante acompañó documentación que acredita que Receptora 88 S.A., transmitió los cheques con motivo de una operación de descuento celebrada con fecha 19 de febrero de 2014, por la cual descontó los cheques de pago diferido librados por el demandado contra su cuenta corriente de la Sucursal Neuquén del Banco de La Pampa.

Señala que, como consecuencia de esa operación de descuento celebrada varios meses antes del vencimiento de los títulos, la ejecutante abonó anticipadamente a Receptora 88 S.A. el importe de los cheques menos la tasa de descuento, los gastos e impuestos.

Manifiesta que los dos cheques descontados fueron rechazados por el banco girado por no existir fondos suficientes en la cuenta pertinente.

Realiza consideraciones sobre el contrato de descuento, con cita de doctrina y jurisprudencia.

Explica que la actora, en su condición de propietaria y portadora legítima de los cheques descontados, base de esa ejecución, no los endosó al presentarlos al cobro por resultar innecesario y superfluo debido a su condición de entidad



bancaria.

Aclara sobre el procedimiento de truncamiento de los cheques.

Destaca que los recibos de pago acompañados por el ejecutado son inoponibles a la actora y carecen de virtualidad para fundar la excepción de pago, porque no fueron emitidos por el acreedor ejecutante.

Entiende que los recibos dan cuenta que el demandado obró indebidamente toda vez que habría pagado a quién no era acreedor.

Considera que la certificación notarial de las firmas de esos recibos no acredita que el librador haya efectivamente abonado el importe de los cheques.

Llama la atención sobre que la documentación emitida por el Banco de La Pampa pone de manifiesto la maniobra dolosa realizada por el librador en connivencia con la endosante Receptora 88 S.A. y la mendacidad de sus afirmaciones, pues con los recibos cuestionados el ejecutado informó al banco girado que había recuperado los cheques rechazados, lo que es manifiestamente falso y engañoso dado que esos cheques se encuentran en poder de Banco Patagonia. Agrega que el demandado nada dijo al ser intimado extrajudicialmente por la ejecutante, ya que el silencio fue su respuesta.

Cita jurisprudencia sobre el pago y su acreditación.

II.- El memorial de la recurrente reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, constituyendo una crítica fundada y concreta del fallo de grado, por lo que no corresponde declarar la deserción del recurso.

III.- Yendo ahora al análisis de los agravios vertidos por la demandada, entiendo conveniente señalar que nos encontramos en el marco de un juicio ejecutivo, trámite que presenta diferencias con los procesos de conocimiento, fundamentalmente en cuanto al ejercicio del derecho de defensa por parte del ejecutado, quién sólo puede oponer excepciones al título, descartándose toda defensa referida a la causa de la obligación que el título contiene (con alguna excepción, que no importa en autos); y en lo concerniente a la etapa probatoria, donde no rige el principio de amplitud de la prueba.

Este marco procesal resulta determinante para la resolución de la apelación planteada por la ejecutada, toda vez que el análisis se ha de circunscribir a los títulos base de la ejecución, derivándose toda otra cuestión a la etapa del juicio de conocimiento posterior que habilita el art. 553 de CPCyC, si es que ella es instada.

IV.- Delimitado el marco de conocimiento de la Cámara, de las constancias de la causa se advierte que en autos se ejecutan dos cheques, extendidos bajo la modalidad de pago diferido, que fueran rechazados por el banco girado al ser presentados al cobro por falta de fondos suficientes en la cuenta corriente correspondiente.

Estos cheques fueron librados al portador, constando en el anverso de ambas cartulares un endoso suscripto por el Presidente de la sociedad Receptora 88 S.A. y luego la constancia del Banco Patagonia S.A. que da cuenta del rechazo del cobro pretendido.

El cheque librado al portador es transmisible por la simple entrega (art. 12, Ley 24.452), y queda legitimado para ejercer todos los derechos emergentes del título quién detente su tenencia, sin necesidad que en el documento conste endoso alguno.

El art. 18 de la Ley 24.452 establece que el endoso que consta en un cheque librado al portador no cambia su ley de circulación, sin perjuicio de la responsabilidad de los endosantes.

En autos no existen dudas en que el tenedor de los cheques es el ejecutante, siendo además quién presentó los títulos al cobro, por lo que su legitimación para ejercer la acción cambiara la entiendo indiscutible.

La jurisprudencia es conteste en este punto. Así, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D, ha resuelto que el cheque librado al portador por carecer de mención del primer tomador puede circular mediante la simple entrega, lo cual constituye a quién acciona en virtud del mismo en tenedor legítimo, sin que dicho modo circulatorio resulte modificado por la circunstancia de aparecer endosos (autos "Lods c/ Plafix S.R.L.", 18/5/1979, LL 1982-A, pág. 576). De igual modo, la Sala Civil y Comercial del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba señaló que el endoso puesto en un cheque al portador cumple una función de garantía cambiaria del endosante a favor del endosatario y posteriores endosantes, pero no por ello cambia su carácter, ni su régimen de circulación, pues



no lo convierte en título a la orden (autos "Cabezas c/ Olmedo", 30/5/1991, LL on line AR/JUR/2029/1991).

Ya vigente la actual legislación sobre cheques (que no ha variado esta concepción del cheque librado al portador), la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán sostuvo que el cheque que ha sido librado sin indicación del beneficiario vale como cheque al portador, operando su transmisión por la simple entrega, sin verse afectada su ley de circulación por el hecho que contenga endosos al dorso (Sala Civil y Penal, "Chaga c/ Padilla", 22/8/2006, DJ 2007-I, pág. 44). Asimismo, la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Resistencia falló que es improcedente la excepción de falta de legitimación activa planteada a través de la defensa de inhabilidad de título, ya que tratándose de cheques al portador de pago diferido, ellos circulan por la simple entrega y no se exige constancia escrita alguna, presumiéndose que su portador está habilitado para promover la acción (Sala III, "Rey c/ Fouine de Cattarozzi", 6/3/2009, LL on line AR/JUR/2452/2009). Y más recientemente la Cámara 1ª. de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario de Mendoza sentenció que la excepción de inhabilidad de título por falta de legitimación sustancial activa deducida por el librador de un cheque al portador es improcedente, pues de acuerdo con lo dispuesto por el art. 12 in fine de la Ley 24.452, el cheque al portador es transmisible mediante la simple entrega, de modo que quién detente su tenencia está legitimado cambiaria o ejecutivamente para su cobro (autos "Botta c/ Fernández", 26/9/2014, LL on line AR/JUR/55092/2014).

En autos, como ya lo señalé, los cheques han sido librados sin indicar la persona de su primer tenedor, por lo que deben ser considerados como cheques al portador. Luego no se encuentra probado que el firmante del endoso lo haya hecho para depositar el cheque al cobro, por lo que dicho endoso sólo cumple una función de garantía. Finalmente, el ejecutante ha sido quién ha presentado los cheques al cobro y, además, es el tenedor de los documentos.

De lo dicho se sigue que el ejecutante se encuentra legitimado para promover la acción cambiaria conforme lo ha hecho, siendo correcto el rechazo de la excepción de inhabilidad de título planteada por el demandado.

Sentado lo anterior, y en tanto los recibos de fs. 26/27 no emanan del aquí acreedor resultan inhábiles para fundar la excepción de pago total.

Reitero que toda otra cuestión, ajena a las constancias de los cheques base de esta ejecución, excede el análisis que corresponde realizar en el marco del juicio ejecutivo, y debe ser canalizada a través del proceso de conocimiento pertinente, al igual que las denuncias penales y/o administrativas a que aluden las partes.

V.- Resta por analizar la apelación subsidiaria sobre la condenación en costas.

No sólo en el juicio ejecutivo se cuenta con una norma mucho más rígida que la del art. 68 del CPCyC (art. 558, CPCyC), sino que, en atención a los fundamentos dados para resolver la cuestión principal, no existen elementos que permitan considerar que el ejecutado fue víctima de una confusión generada por la conducta del ejecutante, por lo que no ha de modificarse la decisión de la jueza de grado en este aspecto.

VI.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada y confirmar el resolutorio de grado en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen al apelante perdedor (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto por la actuación en primera instancia para cada uno de ellos, por una etapa (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 resolutorio de fs. 111/116, en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al apelante perdedor (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales de los Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que se determine por igual concepto por la actuación en primera instancia para cada uno de ellos, por una etapa (art. 15, Ley 1.594).

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](#)

"QUIRINALI ANGEL ADRIAN C/ E.P.A.S. S/ AMPARO POR MORA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 509590/2015) – Sentencia: 40/16 – Fecha: 05/04/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Amparo por mora.

ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO. RECLAMO. FALTA DE RESPUESTA ESPECÍFICA.

Es procedente el amparo por mora administrativa toda vez que la demandada no ha dado respuesta a este segundo reclamo –en donde el amparista emplaza a la demandada para que se retire la boca de registro existente en su propiedad, pero además requiere la remediación del terreno y la realización de las medidas correctivas indicadas en el informe técnico que acompaña a la presentación administrativa-, encontrándose agotados los plazos previstos en la Ley 1.284 (art. 159). Es cierto que obra en el expediente administrativo un informe técnico del que pareciera surgir que el E.P.A.S. no se va a hacer cargo de las reparaciones solicitadas por el actor, pero no se ha comunicado a éste ninguna decisión respecto de lo requerido en su segunda petición.

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de abril de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "QUIRINALI ANGEL ADRIAN C/ E.P.A.S. S/ AMPARO POR MORA", (Expte. N° 509590/2015), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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 al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 96/98 que rechaza la acción de amparo, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por el rechazo del amparo, sosteniendo que la comunicación realizada mediante carta documento de fecha 6 de febrero de 2015 no puede ser tomada como una respuesta, ya que ella se limita a informar que se realizó una inspección en el lugar, y que se formó un expediente administrativo. Agrega que la propia demandada reconoce que el reclamo del amparista originó el expediente n° 5902-011529/15, pero de este reconocimiento no surge que se le hubiere dado una respuesta concreta.

Destaca que la demandada, en su contestación, textualmente expresa: "Que las causas de la demora en la contestación remiten a la demora en la tramitación administrativa de la elaboración del informe requerido. Que el referido expediente aún se halla en trámite a los efectos de resolver la petición del reclamante...".

Dice que resulta evidente el error en que ha incurrido la a quo al afirmar que la administración se ha pronunciado en torno al requerimiento del actor, cuando informa mediante carta documento sobre las tareas realizadas y las restantes



a realizar.

Sigue diciendo que si bien es cierto que el demandante le requiere al EPAS que comience con los trabajos de remediación, esto no significa que dicha entidad no tenga la obligación de contestar.

Entiende que el criterio de la jueza de grado resulta agravante y violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso, y de peticionar a las autoridades.

Cita doctrina y los arts. 37 y 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como así también el art. 15 de la Constitución de la Provincia.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de las costas procesales, solicitando que se distribuyan en el orden causado, dado que la parte accionante tuvo motivos valederos para litigar.

B) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 117/118 vta.

Dice que la a quo ha señalado que, si bien de las constancias administrativas no se advierte que se haya dispuesto comenzar con las tareas a fin de relocalizar la boca de registro, la carta documento que el amparista remitiera requiriendo que se repare la causa de la salida de agua servida, fue respondida por la administración, informándosele las tareas efectuadas y las restantes a realizar, como también el número de expediente.

Sigue diciendo que el recurrente confunde el derecho a ser oído y obtener respuesta fundada con la posibilidad de obtener una respuesta favorable a su reclamo.

Sostiene que la carta documento remitida por la demandada constituye una respuesta más que suficiente al interesado.

Manifiesta que el E.P.A.S. no incurrió en inactividad infundada, sino que procedió a dar respuesta por el mismo medio por el cual el reclamante intimó al organismo, informándosele también que a los efectos de relocalizar la boca de registro y parte de la red cloacal, era necesario verificar medidas del lote y mojones; advirtiéndole, por otra parte, que la red cloacal fue realizada previamente a la división de las tierras en la zona, y que se detectó que el inmueble carece de registro de conexión de agua y cloacas, por lo que siendo la del actor una conexión clandestina se lo intimó para que dentro de los treinta días corridos iniciara los trámites de regularización de la conexión del servicio de cloacas de su inmueble; intimación que a la fecha el apelante no cumplió.

II.- Analizadas las constancias de la causa, entiendo que la sentencia de grado debe ser revocada.

La situación planteada en autos contiene distintos requerimientos por parte del amparista, aunque todos vinculados a la situación suscitada el día 28 de diciembre de 2014 en la vivienda del actor.

Un primer requerimiento fue formulado por el amparista con fecha 30 de diciembre de 2014. Este corresponde a la carta documento obrante a fs. 21 de autos, mediante la cual se solicitó a la demandada que: a) se reparen las causas de la salida de agua servida en el patio de la vivienda del actor; b) se proceda a retirar en forma inmediata la cámara cloacal que se encuentra en el interior de la propiedad del demandante; c) se proceda a remediar la excavación que se encuentra abierta en el patio de la casa.

Esta presentación fue respondida por la demandada en fecha 6 de febrero de 2015, a través de la carta documento de fs. 34 de este expediente. Conforme lo señala la a quo, la carta documento constituye una respuesta al reclamo formulado, a los efectos de la mora administrativa, y más allá de su contenido.

Pero posteriormente existe un segundo reclamo –de fecha 28 de abril de 2015–, respecto del cual se plantea la mora de la administración.

En este segundo reclamo, obrante a fs. 39/40, el amparista emplaza a la demandada para que se retire la boca de registro existente en su propiedad, pero además requiere la remediación del terreno y la realización de las medidas correctivas indicadas en el informe técnico que acompaña a la presentación administrativa y que enumera (colocación de pilotes metálicos, reparación de pisos, muros, ajuste de carpintería, pintura y todo otro trabajo necesario para que el inmueble quede en las mismas condiciones que se encontraba antes del hecho del 28 de diciembre de 2014). A fs. 78 obra pedido de pronto despacho respecto de este segundo requerimiento, realizado con fecha 31 de julio de 2015.

La demandada no ha dado respuesta a este segundo reclamo, encontrándose agotados los plazos previstos en la Ley



1.284 (art. 159). Es cierto que obra en el expediente administrativo un informe técnico del que pareciera surgir que el E.P.A.S. no se va a hacer cargo de las reparaciones solicitadas por el actor, pero no se ha comunicado a éste ninguna decisión respecto de lo requerido en su segunda petición.

Más aún, tal como lo pone de manifiesto el recurrente, la misma demandada reconoce su mora (fs. 88).

De lo dicho se sigue que se ha de revocar el decisorio de grado, haciéndose lugar a la acción de amparo por mora administrativa.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación del amparista, revocar el decisorio apelado, y hacer lugar a la acción de amparo por mora administrativa, emplazando a la demandada para que dentro de los diez días de quedar firme la presente emita una respuesta al requerimiento del actor de fecha 28 de julio de 2015, bajo apercibimiento de lo previsto en los arts. 27 y 31 de la Ley 1.981.

Las costas por la actuación en primera y segunda instancias se imponen a la demandada vencida (arts. 20, Ley 1.981 y 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales se regulan, por la actuación en primera instancia, en las sumas de \$ 4.430,00 para el Dr. ..., abogado en causa propia; \$ 2.460,00 para la Dra. ..., patrocinante del amparista; y \$ 4.830,00 para la Dra. ..., en doble carácter por la parte demandada, de conformidad con lo prescripto por los arts. 10, 11 y 36 de la Ley 1.594.

Por la actuación en segunda instancia se fijan los honorarios profesionales en las sumas de \$ 1.550,00 para el Dr. ...; \$ 860,00 para la Dra. ...; y \$ 1.450,00 para el Dr. ..., de acuerdo con lo establecido por el art. 15 del arancel para abogados.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II, resuelve:

I.- Revocar el decisorio de fs. 96/98, y hacer lugar a la acción de amparo por mora administrativa, emplazando a la demandada para que dentro de los diez días de quedar firme la presente emita una respuesta al requerimiento del actor de fecha 28 de julio de 2015, bajo apercibimiento de lo previsto en los arts. 27 y 31 de la Ley 1.981.

II.- Imponer la costas de ambas instancias a la demandada vencida (arts. 20, Ley 1.981 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en primera instancia, en las sumas de pesos cuatro mil cuatrocientos treinta (\$ 4.430,00) para el Dr. ..., abogado en causa propia; pesos dos mil cuatrocientos sesenta (\$ 2.460,00) para la Dra. ..., patrocinante del amparista; y pesos cuatro mil ochocientos treinta (\$ 4.830,00) para la Dra. ..., en doble carácter por la parte demandada, de conformidad con lo prescripto por los arts. 10, 11 y 36 de la Ley 1.594.

IV.- Por la actuación en segunda instancia se fijan los honorarios profesionales en las sumas de pesos un mil quinientos cincuenta (\$ 1.550,00) para el Dr. ...; pesos ochocientos sesenta (\$ 860,00) para la Dra. ...; y pesos un mil cuatrocientos cincuenta (\$ 1.450,00) para el Dr. ..., de acuerdo con lo establecido por el art. 15 del arancel para abogados.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaría

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"CHANETON MILTON DELFIN Y OTROS C/ ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL DE EMPLEADOS DE CASINOS S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de

Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II - (Expte.: 505769/2014) - Sentencia: 41/16 - Fecha: 05/04/2016



DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

PERSONA JURIDICA PRIVADA. INCORPORACION AL CLUB. ADMISION DE NUEVOS MIEMBROS. DIFERIMIENTO. REFORMA DEL ESTATUTO. AUSENCIA DE ARBITRARIEDAD E ILEGALIDAD.

1.- Corresponde confirmar la sentencia de la instancia de origen que rechaza la acción de amparo, toda vez que no ha existido una negativa absoluta al ingreso de los amparistas como asociados de la entidad demandada, sino que se ha diferido en el tiempo la concreción de su incorporación, subordinándola a la reforma estatutaria que finalmente se sancionó y que hoy tendría que estar vigente. En estos términos no puede predicarse que la conducta de la demandada reúna las condiciones de arbitraria o ilegal que permitan la procedencia de la acción de amparo.

2.- Se trata –el diferir la incorporación de nuevos socios-, (...), de una decisión de la entidad demandada que se enmarca en sus facultades de autogobierno (art. 38, Código Civil, vigente al momento de los hechos que aquí se analizan), con la cual se podrá o no estar de acuerdo, pero que no aparece manifiestamente arbitraria, ni mucho menos ilegal. Es por ello que la vía asociacional es la más adecuada para resolver la controversia, conforme lo ha señalado la a quo.

Texto completo:

NEUQUEN, 5 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CHANETON MILTON DELFIN Y OTROS C/ ASOCIACION RECREATIVA Y CULTURAL DE EMPLEADOS DE CASINOS S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 505769/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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 interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 309/315 vta., que rechaza la acción de amparo, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por considerar que la magistrada de grado incurre en un error al afirmar que no existe arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, pues en la prueba confesional el representante de la demandada reconoce que los amparistas reúnen las condiciones para ser socios de la entidad accionada, pero agrega que están reformando el estatuto; que los actores en forma reiterada solicitaron ingresar a la entidad demandada pero que se les dijo que esperaran a la modificación del estatuto.

Destaca que el propio presidente del club demandado reconoció que a la fecha en que los actores pidieron ser aceptados como miembros de la entidad, ésta estaba compuesta por 31 socios; que el valor de la cuota no alcanzaba para cubrir siquiera los gastos de luz, agua y gas; que tales servicios, excepto el agua, habían sido cortados por falta de pago, y que la incorporación de nuevos socios permitiría paliar la crisis económica de la entidad, por lo que no se entiende por qué razón se impidió la asociación de los amparistas.

Dice que la excusa esgrimida por la demandada de no aceptar la asociación hasta tanto se reformen los estatutos se constituye en una verdadera arbitrariedad e ilegalidad. Agrega que el contrasentido entre la excusa y la necesidad de mayores asociados revela que la comisión directiva de la entidad demandada trató por todos los medios de impedir que los actores gozaran de los bienes y servicios del club, toda vez que la participación en ese tipo de asociaciones no está sujeta al requisito de la afinidad íntima con el resto de los afiliados, o la consideración de creencias o de ideas con



los otros miembros.

Hace referencia a la testimonial de Marcelo Blasco y a la convocatoria a Asamblea Extraordinaria del 5 de diciembre de 2014, pruebas de las que surge que los socios que participaron en dicha asamblea extraordinaria modificaron los artículos del estatuto con el objeto de impedir definitivamente la incorporación de los accionantes.

Señala que en el punto IV de la demanda, avizorando la parte actora que la intencionalidad de los socios de la demandada estaba dirigida a conculcar el legítimo derecho de los amparistas, se solicitó medida cautelar de no innovar con el objeto de evitar la reforma. Enuncia los avatares de la petición cautelar.

Formula queja respecto a que la apelación ante la asamblea de socios no puede imponerse como impedimento a la inmediata intervención judicial, ante situaciones que conculcan en forma directa y sustancial derechos y garantías constitucionales.

b) La demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 330/333.

Señala que el amparo de autos tuvo como objeto inicial evitar e impedir la celebración de la Asamblea General Extraordinaria del día 5 de diciembre de 2014. Agrega que la convocatoria a esta asamblea estuvo realizada con todos los recaudos formales.

Dice que, de no ser por las demoras de la autoridad de aplicación, sumado al cambio de autoridades que han demorado la inscripción del estatuto cuya reforma fuera tratada y aprobada en la asamblea referida, al momento de responder los agravios se estaría en el punto de la implementación de la campaña de socios.

Sigue diciendo que al contestar la demanda se señaló que los amparistas, en desorganizada unión, formalizaron la petición de ingreso exponiendo su derecho a asociarse por ser empleados de casinos y porque la institución atraviesa dificultades económicas.

Afirma que a ese momento, los actores omitieron considerar que las dificultades económicas fueron directa consecuencia de la falta de pago de las cuotas sociales; que la falta de ingresos se hizo evidente en las obras inconclusas, todas en marcha hasta junio de 2012, momento en que, como quedó probado, la empleadora dejó de facilitar la percepción de las cuotas sociales.

Sostiene que la percepción de la cuota social mensual había estado garantizada desde la conformación de la entidad demandada, mediante descuentos que la empleadora realizaba y depositaba en cuenta bancaria de la accionada, lo que dejó de ser así a partir del quite de colaboración fehacientemente notificado a la asociación y rotundamente ejecutado.

Señala que durante marzo y abril de 2014 se mantuvo la incertidumbre sobre si la Dirección de Personas Jurídicas se expediría o no a tenor de la presentación formalizada por los actores, quienes pedían la intervención de la autoridad de aplicación.

Explica que, como surge de las actas glosadas a autos, los miembros de la institución se avocaron a las necesarias reformas estatutarias, análisis obligado como consecuencia del colapso económico que había generado la gran pérdida de asociados, los que simplemente renunciaron o fueron dados de baja por falta de pago.

Llama la atención sobre que no es un dato menor que los amparistas son antiguos socios, algunos fundacionales, renunciantes y/o dados de baja por falta de pago, quienes juntamente con nuevos empleados de la sala de casino, solicitaron el ingreso a la entidad.

Reitera que a tenor del nuevo estatuto se organizará la campaña de socios.

Manifiesta que el aplazamiento de la membresía no resultó en mayor perjuicio de la institución del que ya padecía, siendo, por el contrario, en beneficio de la asociación la reglamentación adecuada para morosos, para los reingresos, para ampliar derechos a las categorías de socios, para otorgar derechos a quienes una vez desplazados o jubilados de la actividad común deseen permanecer, y la tendencia a evitar que el ingreso de dinero quede a merced de la versátil voluntad de la empleadora.

Expresa que la confesional y las testimoniales son contestes en que nunca se les negó a los amparistas el derecho a ingresar, sino que simplemente se les requería de tiempo para implementar una campaña acorde a la realidad que había puesto en crisis la institución.



Enumera prueba producida en la causa, y precisa que los cuestionamientos a la sentencia de primera instancia son meras disconformidades.

Concluye en que el derecho a asociarse con fines útiles previsto en el art. 14 de la Constitución Nacional ha estado cabalmente cumplido.

II.- De la lectura de las constancias de la causa surge que la decisión de la a quo resulta ajustada a derecho.

En realidad, ninguna de las partes ha sido lo suficientemente clara en cuanto a los intereses comprometidos en la situación que los involucra, posición que impide advertir claramente cuál ha sido el objetivo real de cada uno de los litigantes. Y ello proyecta incertidumbre sobre la configuración del acto lesivo.

Adolfo A. Rivas señala que la conducta imputada resulta de imprescindible presencia para justificar la protección judicial, en tanto el juez no podrá conceder el amparo si no llega a una plena convicción acerca de su existencia (cfr. aut. cit., "Aspectos procesales del amparo. Breve teoría general de la prueba en materia de amparo", en "Tratado de Derecho Procesal Constitucional", Ed. La Ley, 2010, T. I, pág. 771).

De las constancias de la causa surge que no ha existido una negativa absoluta al ingreso de los amparistas como asociados de la entidad demandada, sino que se ha diferido en el tiempo la concreción de su incorporación, subordinándola a la reforma estatutaria que finalmente se sancionó y que hoy tendría que estar vigente.

En estos términos no puede predicarse que la conducta de la demandada reúna las condiciones de arbitraria o ilegal que permitan la procedencia de la acción de amparo.

La jurisprudencia tiene dicho que es un principio rector del derecho que estudia a los grupos asociativos, la aptitud para elegir sus componentes como condición indispensable a su desenvolvimiento, autonomía y facultad de autogobierno: "Siendo un derecho implícito de la asociación admitir sus nuevos miembros (art. 38, Código Civil), va de suyo que no se puede hablar de un derecho preexistente del solicitante el de ingresar como miembro de una persona jurídica, sino que su derecho se limita al de concretar a su arbitrio una declaración unilateral de voluntad de su intención de formar una relación jurídica de subordinación a la voluntad de la colectividad. Pero el acto de incorporación debe resultar de las voluntades concordantes, aunque paralelas, de la persona jurídica y de quién pretende ingresar...los grupos asociativos están siempre en aptitud de elegir sus componentes...Es en nombre de ese derecho que ella puede rechazar a aquellos que por una u otra causa o sin causa ostensible, estime que no deben ser sus asociados...en esta aspecto la entidad goza de facultades discrecionales, insusceptibles de cualquier tipo de control, o revisión, pues en última instancia son los propios estatutos los que deben disponer sobre el particular...no se encuentran razones para que jurisdiccionalmente se pueda suplir la voluntad de la asociación...por estar ello conteste con las facultades propias de la institución. Distinto sería el caso que se invocaran causales de rechazo que luzcan arbitrarias, arteras o lesivas para el solicitante, por no resultar comprobadas" (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Santa Fe, Sala I, "Man c/ Círculo Odontológico Santafesino", 4/3/2003, LL on line AR/JUR/5971/2003).

En autos, reitero, no existe negativa a la incorporación de los amparistas, sino posposición de la decisión en el tiempo. Por otra parte, el motivo alegado –modificación estatutaria–, si bien no aparece objetivamente como enteramente razonable, de todos modos de él no surge que hayan existido razones de discriminación, o trato desigual respecto de los actores. Adviértase que la prueba colectada ha demostrado que la suspensión de la incorporación de asociados hasta tanto se contara con el estatuto reformado fue una decisión de carácter general, adoptada respecto de toda persona que hubiera pretendido la asociación la entidad, y no solamente en torno de los amparistas.

Se trata, entonces, de una decisión de la entidad demandada que se enmarca en sus facultades de autogobierno (art. 38, Código Civil, vigente al momento de los hechos que aquí se analizan), con la cual se podrá o no estar de acuerdo, pero que no aparece manifiestamente arbitraria, ni mucho menos ilegal.

Es por ello que la vía asociativa es la más adecuada para resolver la controversia, conforme lo ha señalado la a quo. Desde esta última perspectiva, la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Criminal y Correccional de Pergamino (autos "Club Sirio Libanés c/ Federación Bonaerense de Voleibol", 1/8/2000, LL on line AR/JUR//2000) determinó que es improcedente la acción de amparo si no se agotaron todos los mecanismos internos de la instancia corporativa.

Es cierto que esta última regla puede ser dejada de lado en atención a la gravedad de la lesión a derechos o



garantías de raigambre constitucional que se ocasionaría, pero no es el caso de autos, donde no se advierte que el tránsito por el carril asociacional provoque una afectación gravísima o de imposible o difícil reparación ulterior del derecho que se denuncia como conculcado (a asociarse con fines útiles).

Por lo dicho, entonces, es que ha de confirmarse el resolutorio apelado.

III.- Por tanto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y confirmar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen a los apelantes vencidos (art. 68, CPCyC), regulando los honorarios profesionales en la suma de \$ 7.390,00 para la Dra. ... y \$ 3.700,00 para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la Ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 309/315 vta., en lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a los apelantes vencidos (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales en las siguientes sumas: de PESOS SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA (\$ 7.390,00) para la Dra. ... y de PESOS TRES MIL SETECIENTOS (\$ 3.700,00) para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la Ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"VOLANTE MONICA PAOLA C/ SANCHEZ SIERRA DAGOBERTO S/ DESPIDO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 447481/2011) – Sentencia: 43/16 – Fecha: 07/04/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO CON CAUSA. INJURIA LABORAL. FALTA DE ACREDITACION. INDEMNIZACION POR DESPIDO. MULTAS.

1.- Resulta injustificado el despido dispuesto pues "...Constituye una carga del empleador especificar con claridad, al comunicar la cesantía, la causa de ella, imposibilidad de alegación o completamiento posterior en juicio..."; y del contenido de la CD, existe una individualización clara del hecho y conducta atribuida a la trabajadora y que resulta ser: la ofensa que le provocó al empleador que la actora le haya reprochado tener hacia ella actitudes de persecución laboral iniciada con cambios de condiciones laborales y mobbing, perjudicándola psicológicamente con manifestaciones físicas y la divulgación de todas estas circunstancias, con lo cual se



habrá de disentir con la a-quo, en tal afirmación y que ha sido motivo de agravio del demandado, pero no en cuanto a la decisión arribada, no fue acreditado injuria de la trabajadora que justifique la ruptura del vínculo. El trato no muy cordial era bilateral, a veces provenía de la trabajadora y otras del empleador y que el contexto laboral fue agravándose, y "cambios en las condiciones laborales" hubo, ya que aumentaron las tareas administrativas que debió absorber la actora (las tareas contables que realizaba la esposa del demandado), a la par de la atención del gran cúmulo de pacientes, estando ella sola como secretaria de todos los profesionales. Por otra parte, y a la luz del contenido de las declaraciones testimoniales, las expresiones de "mobbing laboral", "consideraciones totalmente descabelladas" (y carentes de todo sustento fáctico y jurídico) y "actitud de persecución laboral", no tuvieron por efecto divulgación en el ámbito laboral de tales situaciones mencionadas, como lo invoca el demandado para sentirse agraviado, porque ningún testigo hizo referencia a ello; sino más bien las veo empleadas (de manera poco feliz, por cierto) a una refutación a las imputaciones del demandado, con relación al uso y goce de las licencias.

2.- En cuanto a la queja sobre la admisión de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, no prosperará ya que no existió una causa que justificara el despido, y si bien el despido fue desproporcionado a la conducta de la trabajadora, las circunstancias pudieron llevar al demandado a creer que tenía derecho a decidir tal ruptura de buena fe, razón por la cual corresponde hacer lugar a esta queja y reducir la multa fijada de conformidad a la norma transcrita, a la suma de pesos siete mil ciento cincuenta y dos (\$ 7.152).

3.- No prospera la multa fijada y prevista en el art. 8 de la ley 24.013, porque a través de ella se persigue castigar los contratos sin registración, es decir, los llamados "contratos en negro" y de la documentación obrante en la causa, esto es, informe de AFIP pericial contable, surge que el demandado registró la relación laboral con la actora, y si hubo alguna irregularidad, ya no se aplica este supuesto.

4.- La multa fijada por aplicación del art. 15 de la Ley 24.013, no prosperará, pues la actora intimó en los términos del art. 11 de LNE con anterioridad al despido que le notificara el demandado invocando "justa causa", sin embargo, no pudo acreditar en autos, causas que justificaran su decisión rupturista. Surgiendo así, que la extinción fue comunicada dentro de los dos años desde que se le cursó la intimación prevista en el art. 11 de la ley 24.013, la multa prevista en el art. 15 resulta ajustada a derecho.

Texto completo:

NEUQUEN, 7 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VOLANTE MONICA PAOLA C/ SANCHEZ SIERRA DAGOBERTO S/DESPIDO POR



CAUSALES GENERICAS", (Expte. N° 447481/2011), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 2 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaría actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 408/416, que hace lugar a la demanda y condena a la empleadora a abonar a la actora la suma de \$ 126.862 en concepto de distintos rubros indemnizatorio (antigüedad, preaviso, SAC s/ preaviso, diferencias salariales, multa arts. 8 y 15 de la ley 24013, art. 80 LCT y art. 2 ley 25323), el demandado interpone recurso de apelación a fs. 421/433, cuyo traslado se ordena a fs. 434, contestando la actora a fs. 440/442, donde solicita el rechazo del recurso y confirmación de la sentencia dictada.

II.- Como primer agravio, critica que no se haya tenido por justificado el despido porque las causales reflejadas en el telegrama resultan imprecisas a tenor de lo dispuesto por el art. 243 de la LCT.

Manifiesta que las tres salas de esta cámara de apelaciones interpretan que el art. 243 de la LCT no representa un formulismo excesivo y basta con que el trabajador despedido pueda conocer cual fue el hecho determinante del despido.

Expresa que mediante carta documento de fecha 16/09/10, la actora fue suspendida por 3 días consecutivos y sin goce de haberes (por inasistencias sin aviso) y que para ello tuvo en cuenta llamadas de atenciones previas, y exhortándola a que adecuara su conducta a los principios de dirección, diligencia y colaboración propios del trabajo, habiéndose negado a dar explicaciones por escrito sobre los hechos que motivaron tal suspensión.

Manifiesta que contextualizados los hechos, no hay hesitación de que la causa del despido es precisa en cuanto a los hechos injuriosos y a la normativa laboral que se pretende hacer valer.

Sostiene que de la simple lectura se desprende que la causal de despido consiste en: a) injurias y descalificaciones proferidas al Sr. Sánchez Sierra las cuales fueron transcriptas para que no haya duda o diversas interpretaciones, b) antecedentes y c) la conducta de la Sra. Volante luego de que se le aplicara la sanción disciplinaria de suspensión.

Invoca que si bien la actora impugna la suspensión comunicada por TCL, nada fundamentó al impugnarla con lo cual debe tenérsela por reconocida, máxime que de la prueba testimonial se corroboró que cumplía sus obligaciones contractuales, desatendiendo el principio de buena fe, fidelidad, y solidaridad que exige el art. 62 de la LCT.

Señala que los testimonios de Martínez, Blas, Martino y Forma son coincidentes en la falta de respeto que le deparaba la actora al demandado, los malos modos y modales en el trato de los pacientes, falta de contracción al trabajo y cumplimiento de sus obligaciones laborales.

Expresa que las alegaciones de violencia psíquica y física por parte del demandado hacia la actora, sumada a la ausencia de ofrecimiento de prueba, revela el ejercicio abusivo del derecho en contra de las exigencias del estándar de un buen empleado con una clara finalidad rupturista.

Invoca en apoyo a su postura la interpretación del TSJ en la causa "Monje Laura" (expte. N° 107/2003).

Se pregunta de qué otra manera podría haber actuado frente a la conducta de la actora que luego de tomarse días de vacaciones sin previo aviso teniendo antecedentes de incumplimientos laborales, descalifica con injurias a su empleador por ejercer su derecho a imponer sanciones disciplinarias?

Como segundo agravio critica los rubros indemnizatorios y multas, comenzando por la procedencia del art. 2 de la ley 25323 frente a lo que critica que se haya considerado que el despido fue realizado en forma genérica, alegando que fue preciso en base a lo ya expuesto en el agravio anterior.

Eventualmente solicita se exima al demandado de la multa por haber existido causas que justificaren la conducta del empleador, conforme lo expresado en el agravio sobre la causa del despido.

Respecto a la multa prevista en el art. 8 de la ley 24.013, critica que se haya considerado que no estaba registrada, ya que la Sra. Volante reconoció (a fs. 129) la documental acompañada por su parte (a fs. 103/1066) mediante la cual solicita cambio y reducción horaria por superponerse con sus estudios, además de que en el mismo escrito de demanda en fs. 2 afirma la actora que accedió "en el mes de agosto de 2010 a una reducción de horario, para ayudar a la empresa".

Invoca que también que con la declaración de Martino la jornada de trabajo fue reducida a 6 hs. el día 01/04/2010,



encontrándose registrado debidamente ya que perito contador dictaminó que la relación laboral siempre se encontró registrada en un primer momento por 8 hs. diarias y desde el 01/04/2010, reducida a 6 hs.

Eventualmente solicita se establezca correctamente la multa conforme el 25% de las remuneraciones que se consideraron registradas y no sobre la totalidad de las que relación laboral toda vez que se encuentra debidamente registrada.

Se agravia por la procedencia del art. 15 de la ley 24.013, ya que no fue despedida sin justa causa, conforme ya se expresara en al desarrollar los agravios sobre la causal de despido.

Cita jurisprudencia de la causa "Colotta Artysuk" (expte. N° 370729 de la Sala I).

Hace reserva del caso Federal.

III.- Entrando al estudio de los agravios comenzaré por el relacionado con el rechazo de causa justificada de despido, adelantando que esta queja no prosperará.

En primer lugar, y respecto a la interpretación del art. 243 de la LCT, ya hemos dicho en la causa "Zannini" (Expte.355796/7, 09/06/11), adhiriéndome al voto de mi colega Dra. Clerici que;

"...Cuando son varias las causales invocadas en la notificación del auto de despido, la acreditación de alguna de ellas, que tenga bastante entidad como injuria, es suficiente para justificar la medida y admitir el reclamo indemnizatorio pertinente." (C.N.A.T., Sala VII, 1998/08/06- Galeano Zamudio L c/Treutel, Jorge N y otro –DT 1998-B, 2442. Ahora bien, la comunicación del despido no debe, según la jurisprudencia, atenerse a fórmulas especiales, pero sí describir con claridad, sencillez y precisión el incumplimiento contractual imputado. No debe tratarse de expresiones "genéricas o abstractas" sino de la descripción de hechos concretos y bien ubicados en el tiempo tanto como para que por lo menos, sea invariable el contenido de los hechos descritos y no se los pueda reubicar o redefinir a conveniencia, después de transmitidos. (Ley de Contrato de Trabajo, Comentada, anotada y concordada Jorge Rodríguez Manzini, Tomo IV, LA LEY). Específicamente ha dicho la jurisprudencia sobre el contenido de la comunicación del despido (Extraído de la Ley de contrato de Trabajo Comentada, anotada y concordada Jorge Rodríguez Manzini, tomo IV, Pág. 377/378): "...Constituye una carga del empleador especificar con claridad, al comunicar la cesantía, la causa de ella, imposibilidad de alegación o completamiento posterior en juicio...".

Así las cosas, a mi criterio del contenido de la CD, existe una individualización clara del hecho y conducta atribuida a la trabajadora y que resulta ser: la ofensa que le provocó al empleador que la actora le haya reprochado tener hacia ella actitudes de persecución laboral iniciada con cambios de condiciones laborales y mobbing, perjudicándola psicológicamente con manifestaciones físicas y la divulgación de todas estas circunstancias, con lo cual voy a disentir con la a-quo, en tal afirmación y que ha sido motivo de agravio del demandado, pero no en cuanto a la decisión arribada, ya que coincido en que no fue acreditado injuria de la trabajadora que justifique la ruptura del vínculo.

Respecto de la causal de despido, hemos señalado en numerosas causas ("Ríos Sebastián", expte. N° 330.419/05, entre otras) que;

"El empleador que dispone el despido de un dependiente mediante la invocación de una causal que a su criterio es injuriosa y de entidad tal que impide la prosecución del vinculo laboral, debe agotar todos los extremos a fin de acreditar sus afirmaciones".(SCBA, L 34858 S 10-9-85, JUBA). Además: "No debe considerarse justificado el despido del trabajador, si aun teniendo antecedentes disciplinarios, no se acredita la última falta que se le imputa como determinante de la extinción del contrato ya que de ese modo no se configura la gravedad cuantitativa que legitima la ruptura del vínculo laboral". (SCBA, L 34748 S 29-10-85, JUBA). Y también: "Quien invoca la injuria como causal de despido, debe acreditarla" (arts 242 LCT y 375 CPCC). CPCB Art. 375, LEY 20744 Art. 242 (t.o.)(SCBA, L 37830 S 8-9-87, JUBA)" (Expte.N° 330.419/05, Sala II del 29/05/08).

El demandado a través de la carta documento obrante a fs. 81, notifica el despido "con justa causa", aduciendo "impacto que producen en ese ámbito sus imputaciones de: consideraciones totalmente descabelladas... actitud de persecución laboral iniciada con cambios de condiciones laborales... actitudes propias de un mobbing laboral... Perjudicando psicológicamente con manifestaciones físicas..." y que se han divulgado, siendo que como profesional de la salud con muchos años de experiencia y acreditado prestigio, con formación espiritual y práctica de fe, en todo



momento me esfuerzo por humanizar todas las relaciones ...sus antecedentes y su conducta posterior a la sanción me causan (teniendo UD. conciencia de ello), una ofensa y afectación personal que configuran grave injuria laboral derivada de un grave incumplimiento de las obligaciones a su cargo (art. 62, 63, 84, 86), que impiden la prosecución del vínculo"...

Ahora bien, advierto que de las declaraciones testimoniales no surge trato injurioso de la actora con el demandado. Así, Martínez, odontólogo que trabajaba en el policonsultorio del demandado (a fs. 156 vta), resulta contradictorio en sus dichos, ya que por una lado declara "por bonachón o por inexperiencia al demandado se le había escapado el manejo del secretariado" y por el otro cuando es interrogado acerca del trato de la actora con el demandado "un mundo aparte..." por lo que veía que "el demandado era muy absorbente, muy demandante. La actora era muy despectiva con sus palabras con el demandado".

Padilla, quien se desempeñó como maestranza (a fs. 158 y vta.), comenta que "Había mucho conflicto en el ámbito de la administración, había demasiada presión porque había mucha demanda de trabajo porque había mucho desorden en el ámbito administrativo y empezaron a entrar otras personas, otras secretarías como Fabiola y muchas mas que vinieron por temporadas, fueron muchas niñas. El desempeño de la actora era perfecto era la única que estaba trabajando y tenía que hacer todo, con el laboratorio con el odontólogo, con el Dr. Sánchez Sierra. El trato de la actora con los pacientes era bueno, hasta recibía flores y la actividad era mucha".

La testigo Forma, paciente que concurrió durante un tiempo para diagnóstico, declara (a fs. 322 y vta.), que la actora la atendía mal a ella por lo que redactó una nota de queja dirigida al demandado, y que también maltrataba a los pacientes, aunque "no puede precisar en qué consistía tal maltrato".

También la testigo Martino, psicóloga que trabaja en el policonsultorio del demandado (a fs. 318/319 vta), declaró "la actora dejó de trabajar por conflictos con Sánchez Sierra estaban los dos muy molestos el uno con el otro, no sabe detalles. El demandado planteaba que la actora no hacía lo que le correspondía que llegaba tarde, que maltrataba a los pacientes..." la actora planteaba que el demandado le quería cambiar los horarios y perjudicarla. No sabe la testigo si ese cambio de horario se concretó". Aclara que la actora tuvo conflictos con Martínez y con el demandado, que si este pedía algo o no lo hacía o sí, pero de mala gana.

Sin embargo, también ilustró que eran seis los profesionales (médica, odontólogo, kinesiólogo, cirujano, psicólogo y el demandado) que le alquilaban consultorio y contribuían con el sueldo de la actora, que les recibía a los pacientes.

Detalla, las tareas de Volante: daba turnos a sus pacientes y a los de Martínez y Sánchez Sierra y respecto de este, además, "llamaba a la empresa" (de medicina laboral que realizaba el demandado y completaba los "periódicos", informes laborales), cobraba alquiler de los consultorios y de las cuentas a pagar; y que a su criterio una sola persona no alcanzaba para atender a todos los profesionales, ya que "como Sánchez Sierra además es gastroenterólogo la Secretaria tenía mucho trabajo y se descuidaban las otras tareas como atender el teléfono o los pacientes debían esperar porque la actora tenía que terminar algún informe de Sánchez Sierra".

En igual sentido, Blas (terapeuta ocupacional, a fs. 320/321), describe que había días que durante la mañana concurrían 15 o 20 pacientes laborales y a la tarde 15 o 20 en la parte clínica, porque había días que Sánchez Sierra a la mañana no atendía la parte clínica y que contando los pacientes de todos los profesionales, iban aproximadamente 100 personas por día..." agregando que "Luego que fallece (la mujer del demandado) gran parte del trabajo lo empezó a hacer la actora y fue allí donde comenzaron los reclamos de los otros profesionales porque la Secretaria no estaba disponible porque tenía que hacer cuestiones de administración..." Normalmente la actora respondía bien, puede ser que alguna vez mal como cualquier empleado. No era una general que respondiera bien y no era una general que respondiera mal (el agregado entre paréntesis me pertenece). Surge entonces de esta prueba examinada, que el trato no muy cordial era bilateral, a veces provenía de la trabajadora y otras del empleador y que el contexto laboral fue agravándose, y "cambios en las condiciones laborales" hubo, ya que aumentaron las tareas administrativas que debió absorber la actora (las tareas contables que realizaba la esposa del demandado), a la par de la atención del gran cúmulo de pacientes, estando ella sola como secretaria de todos los profesionales, ya Fabiola (según Martino ingresa en el último tiempo).



Por otra parte, y a la luz del contenido de las declaraciones testimoniales ya reseñadas, considero que las expresiones de "mobbing laboral", "consideraciones totalmente descabelladas" (y carentes de todo sustento fáctico y jurídico) y "actitud de persecución laboral", no tuvieron por efecto divulgación en el ámbito laboral de tales situaciones mencionadas, como lo invoca el demandado para sentirse agraviado, porque ningún testigo hizo referencia a ello; sino más bien las veo empleadas (de manera poco feliz, por cierto) a una refutación a las imputaciones del demandado, con relación al uso y goce de las licencias.

Y en cuanto a este tema, la actora sostuvo que eran solicitadas de manera verbal, lo cual es confirmado por la testigo Padilla quien interrogada sobre la modalidad de tal régimen expresó "Los pedidos y autorizaciones eran verbales" y "con anticipación".

Si bien el demandado alega a fs. 388, que era habitual que se realizara por escrito esgrimiendo constancias obrantes a fs. 103 a 107, llama la atención que existiera solamente un pedido de licencia (el de fs. 106, del 10/06/2010 al 25/06/2010) durante los 6 años que duró la relación laboral (septiembre/2004 a septiembre /2010). También, que ninguno de los profesionales tuviera conocimiento del tema, en cuanto a su modalidad, ya que actora realizaba tareas de secretariado para ellos también, y aunque no fueran quienes la contrataron, su ausencia les repercutía en la atención administrativa de consultorio.

Asimismo, considero que la falta de aviso previo para ausentarse que invoca el demandado tampoco pudo probarse, porque los profesionales de la salud que declararon, que el demandado era el único que manejaba los horarios y licencias de la actora.

Por lo tanto, y aún para el caso de que la actora se hubiera ausentado sin aviso los 3 días de septiembre que señala el demandado, considero que la decisión patronal resulta desproporcionada.

Vale la pena remarcar que se trató de una relación laboral de 6 años y que de las actuaciones solo surge un apercibimiento con fecha 29/06/2010 (conf. fs. 105) y por el otro un reconocimiento de "buenos antecedentes laborales", con conforme instrumental obrante a fs. 107 (y reconocida a fs. 116 y 129) realizado "seis meses antes del despido", con lo cual, es lógico interpretar que no hubo inconvenientes en el tiempo anterior, ya que no se explica el contenido del reconocimiento que efectúa el demandado en la nota por el suscrita con fecha de marzo de 2010.

Es en virtud de todo lo señalado, es que coincido con la decisión de la jueza de grado, razón por la que será rechazado este agravio.

IV.- En cuanto a la queja sobre la admisión de la multa prevista en el art. 2 de la ley 25323, no prosperará ya que me he expedido precedentemente en cuanto a que no existió una causa que justificara el despido.

Además, sobre el ámbito de aplicación del art. 2 de la ley 25323, Grisóla ilustra que "En principio, no cabe aceptar que el empleador se exime de la aplicación de la norma por la mera invocación de una causa para despedir, lo cual implicaría esgrimir cualquier causa al solo efecto de no pagar el incremento. Sin embargo la ley no se refiere a la causa del despido, sino que apunta a las causas que justifiquen la conducta del empleador respecto de la omisión del pago de la indemnización. En definitiva, entiendo que resulta aplicable a los siguientes casos: despido directo sin invocación de causa, despido indirecto, despido directo con causa no probada en juicio o que existió pero no justificada el despido (facultad del juez de reducir prudencialmente el incremento o eximirlo) y despido directo con causa inverosímil (excusa para no pagar el incremento): si quedara excluida se premiaría una ilicitud adicional (el pretexto)" (en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, T. II, p. 1067, la negrita me pertenece).

Respecto al monto de condena, el apelante solicitó eventualmente la morigeración, bajo el encuadre de la situación en el segundo párrafo del artículo 2 de la ley 25323: "...Si hubieran existido causas que justificaren la conducta del empleador, los jueces, mediante resolución fundada, podrán reducir prudencialmente el incremento indemnizatorio dispuesto por el presente artículo hasta la eximición de su pago".

Al respecto, hemos dicho en esta Sala, en la causa "PERTICONE" (Expte. 375237/8, del 13/03/14), que:

"Así, en relación a la multa del artículo 2 de la Ley 25323, entiendo aplicable lo previsto por el segundo párrafo de la norma en cuestión."

"Ello por cuanto la falta existió, se abonó la indemnización pertinente y fundamentalmente por cuanto el despido



deviene injustificado en virtud de la valoración de los hechos con lo cual el empleador pudo entender que había actuado correctamente."

"Se ha dicho que la norma faculta a los jueces, mediante resolución fundada, a reducir prudencialmente –lo cual revela razonabilidad y análisis restrictivo– dicho incremento indemnizatorio hasta la eximición de su pago, si hubieran existido causas que justifiquen la conducta del empleador (Grisolía, "Derecho del trabajo y de la seguridad social", tomo II, páginas 1064 y siguientes, transcribiéndose jurisprudencia de la Sala 6° de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que sostuvo la improcedencia de la condena si el hecho generador del despido pudo conducir a la entonces empleadora a entender que estaba obrando de acuerdo a derecho".

"En el mismo sentido se ha sostenido que corresponde la exoneración de la sanción o su reducción en los casos que exista una controversia seria y fundada sobre la causal del despido, por ejemplo en el supuesto de que el empleador que invocó una justa causa para despedir logre acreditar los hechos y el juzgador, atendiendo a las circunstancias del caso, hubiera concluido que la medida no resulta de gravedad como para impedir la prosecución del vínculo (Manual de jurisprudencia de derecho del trabajo y la seguridad social, 2011, Revista de Derecho laboral y seguridad social, números 2898 y siguientes y jurisprudencia allí citada)".

Aplicando estos conceptos al caso de autos y como ya señalara, si bien el despido fue desproporcionado a la conducta de la trabajadora, considero que las circunstancias ya señaladas, pudieron llevar al demandado a creer que tenía derecho a decidir tal ruptura de buena fe, razón por la cual considero que corresponde hacer lugar a esta queja y reducir la multa fijada de conformidad a la norma transcrita, a la suma de pesos siete mil ciento cincuenta y dos (\$ 7.152).

V.- Igual suerte correrá, la queja sobre la multa fijada y prevista en el art. 8 de la ley 24.013, ya que será admitida.

Así será, porque a través de esta multa se persigue castigar los contratos sin registración, es decir, los llamados "contratos en negro" y de la documentación obrante en la causa, esto es, informe de AFIP a fs. 298/299, pericial contable obrante a fs. 361/368, surge que el demandado registró la relación laboral con la actora, y si hubo alguna irregularidad, ya no se aplica este supuesto.

Explica Grisolía al comentar las multas de la ley 24.013 que "La ausencia total de registración no puede coexistir con una registración defectuosa, ya que una excluye a la otra. Por ello la multa del art. 8° no puede ser consagrada conjuntamente con la del 9° y/o el 10, pero estas dos últimas pueden proceder por separada o en forma conjunta, ya que la doble irregularidad (registración postdatando la fecha de ingreso y consignando una remuneración inferior a la devengada) puede validamente verificarse al ser recibido el emplazamiento cursado en los términos del art. 11" (Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, "Registración del contrato. Empleo no registrado.", T.I, p 283).

Por lo tanto, y si bien del contenido de la hoja "mi simplificación" enviada por la AFIP (fs. 298), podría señalarse alguna irregularidad en la registración, por ejemplo que con fecha 01/07/2005 se continuaba con un nuevo periodo de prueba, cuando la actora ingresó el 01/09/2004, situación que está prevista en el art. 9 de la Ley 24.013, en la Cd. De fs. 79 se incluyó dicha intimación, más no, al demandar (pto. II, fs. 84 y pto. IV, fs. 86), expresa y exclusivamente fueron solicitadas las multas previstas en los arts. 8 y 15 de la ley mencionada.

Por consiguiente, es que disiento con la a-quo, porque no basta con que la actora haya intimado al empleador en los términos del art. 11 de la Ley 24.013, sino que además, debe verificarse el supuesto previsto en cada artículo invocado.

De modo que no tratándose el caso de autos de un contrato de trabajo "en negro", corresponde hacer lugar a esta queja y dejar sin efecto la multa de \$ 52.717,68 fijada por aplicación del art. 8 de la ley 24.013.

VI.- Abordando la queja respecto de la multa fijada por aplicación del art. 15 de la Ley 24.013, adelanto que no prosperará.

La actora intimó en los términos del art. 11 de LNE con anterioridad al despido que le notificara el demandado invocando "justa causa". Sin embargo, no pudo acreditar en autos, causas que justificaran su decisión rupturista.

Surgiendo así, que la extinción fue comunicada dentro de los dos años desde que se le cursó la intimación prevista en el art. 11 de la ley 24.013, la multa prevista en el art. 15 resulta ajustada a derecho.

VII.- Consecuentemente, en función de lo señalado, propongo al Acuerdo se haga lugar parcialmente al recurso



interpuesto, modificándose la sentencia dictada a fs. 408/416, dejando sin efecto la multa fijada por aplicación del art. 8 de la Ley 24.013 (\$52.717,68), y reducir el importe de la multa prevista en el art. 2 de la Ley 25323, a la suma de \$ 7.152, disminuyendo el monto de condena por capital a la suma de \$ 66.991,90 y la de intereses a la suma de \$ 72.713 dejándose sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, debiendo procederse a una nueva regulación (art. 279 del Código Procesal y 58 de la ley 921). Costas de Alzada en el orden causado, atento al resultado del recurso (art. 17 ley 921 del Código Procesal), debiendo regularse los honorarios profesionales de esta instancia bajo las pautas del art. 15 de la L.A.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta SALA II;

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia dictada a fs. 408/416 dejando sin efecto la multa fijada por aplicación del art. 8 de la Ley 24.013 (\$52.717,68) y disminuyendo el importe de la multa de la ley 25323 art. 2 a la suma de \$ 7.152, reduciéndose la condena por capital a la suma de \$ 66.991,90 y la de intereses a la suma de \$72.713, dejándose sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, debiendo procederse a una nueva regulación (arts. 279 del Código Procesal y 58 de la ley 921).

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento el resultado del recurso (art. 17, ley 921).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la instancia de grado del Dr. ... -en el doble carácter por la parte actora- de pesos treinta y un mil doscientos noventa y cuatro (\$31.294) y los de los Dres. ... y ... -apoderada y patrocinante del demandado, respectivamente- en pesos seis mil doscientos cincuenta y nueve (\$6.259) y en pesos quince mil seiscientos cuarenta y siete (\$16.647) en igual orden. Asimismo, los honorarios de la perito contadora ..., en la suma de pesos nueve setecientos ochenta (\$ 9.780).

IV.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en esta instancia del Dr. ... -en el doble carácter por la parte actora-, de pesos nueve mil trescientos ochenta y ocho (\$ 9.388) y los de los Dres. ... y ... -apoderada y patrocinante del demandado, respectivamente- en pesos un mil ochocientos setenta y ocho (\$1.878) y en pesos cuatro mil novecientos noventa y cuatro (\$4.994) en igual orden, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 1.594.

V.- 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](#)

"NAHUEL PAN MONICA LILIANA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial -
Sala II - (Expte.: 506811/2015) - Sentencia: 44/16 - Fecha: 12/04/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

AMPARO. SENTENCIA. CUESTION ABSTRACTA. COSTAS A LA DEMANDADA.

Cabe confirmar la sentencia que en un proceso de amparo a pesar de haber sido declarado abstracto le impuso las costas a la demandada, ya que no tenemos dudas de que la demandada reviste la condición de vencida. Si bien es cierto que la



cuestión devino abstracta, lo fue porque aquella cumplimentó, durante el trámite del proceso, la pretensión deducida por los accionantes, la que por otro lado, reconoce en su conteste.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de abril de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "NAHUEL PAN MONICA LILIANA Y OTRO C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 506811/2015), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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,

CONSIDERANDO:

I.- La parte demandada, a fs. 61/62 vta., apeló la imposición de costas a su cargo decidida en la sentencia de fs. 54/57. Por su parte, los accionantes no contestaron el traslado corrido a fs. 63.

II.- Ingresando al análisis del recurso, observamos que el argumento central del quejoso radica en que al haberse declarado abstracto el amparo, las costas deberían ser impuestas por su orden.

Como integrantes de esta Sala, y en materia de distribución de las costas procesales, hemos señalado que rige el principio objetivo de la derrota, que es el que determina que quién obligó a otro a litigar, por resultar perdedora su posición, debe cargar con los gastos que le demandó a su contraria la participación en el proceso.

Sin embargo, tal principio reconoce excepciones, que se vinculan con las particulares circunstancias que se dan en cada caso concreto.

En efecto, el art. 68 de la legislación procesal local contempla esta morigeración, otorgando a los jueces un margen de arbitrio, que deberá ser ponderado en cada caso particular.

En la situación de autos, no tenemos dudas de que la demandada reviste la condición de vencida. Si bien es cierto que la cuestión devino abstracta, lo fue porque aquella cumplimentó, durante el trámite del proceso, la pretensión deducida por los accionantes, la que por otro lado, reconoce en su conteste.

Es así que, frente a la actitud de la empleadora en no abonar los salarios en tiempo y forma, y ante la excesiva demora, los actores se vieron obligados a promover esta acción, sumado a que jurídicamente tuvieron razón al hacerlo.

III.- Por las razones expuestas, confirmaremos la imposición de costas dispuesta en la sentencia, imponiéndose también las de Alzada a la accionada vencida (art. 68, CPCyC; art. 2, ley 1594).

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 141/143 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la accionada vencida (art. 68, CPCyC; art. 2, ley 1594).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"RAIMONDO ELENA C/ C.A.L.F. Y OTRO 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.: 443896/2011) – Sentencia: 45/16 – Fecha: 12/04/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ELECTRICIDAD. INCENDIO. EMPRESA PRESTATARIA DEL SERVICIO ELECTRICO. RESPONSABILIDAD OBJETIVA. EXIMIENTE DE CULPABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. CULPA DE LA PROVEEDORA DEL SERVICIO ELECTRICO. COSA RIESGOSA. RELACION DE CAUSALIDAD. INDEMNIZACION POR DAÑO.

- 1.- Cabe confirmar la sentencia de grado en orden a que responsabilizó exclusivamente a la empresa proveedora de energía eléctrica por los daños y perjuicios sufridos por la actora, pues su responsabilidad deriva del carácter de proveedora de la energía eléctrica y el carácter riesgosa de la misma, no habiendo probado que la conducta de la actora causara el daño con una entidad tal que pudiera quebrar la relación de causalidad entre el incendio y el carácter riesgoso de la electricidad proveída por la demandada. En definitiva, en el esquema de la responsabilidad objetiva la actora cumplió con acreditar que hubo un incendio en su hogar y que se produjo por la intervención de una cosa riesgosa, pues no solo están acreditados la mayor parte de los daños en la zona de la cocina donde estaba el microondas lugar pudiéndose así afirmar, con un alto grado de probabilidad, que se inició el incendio, sino también que el hecho de que el resto de los artefactos eléctricos hayan resultado dañados dan certeza a la versión que funda la demanda. No advierto ninguna conducta de las actoras, ausentes del lugar cuando ocurrió el hecho, que tenga posibilidad de asumir el carácter de “causa” del incendio, resultando aventurado conjeturar qué hubiera pasado si existían las medidas que reputa ausente la co-demandada, pues la pericia no arrojó ninguna constancia que permita concluir que se trataba de una instalación eléctrica precaria y tampoco existe, más allá de lo sostenido por la empresa prestataria del suministro eléctrico, certeza de lo que pudo haber ocurrido si la instalación tenía las medidas que señala.
- 2.- La carga probatoria de quien es demandado, bajo la pauta normativa del artículo 1113 del Cód. Civil, supone acreditar con certeza que el daño lo produjo quien lo padeció o un tercero por quien no debe responder.
- 3.- Los elementos probatorios, que conduzcan a tener rigurosamente acreditado el eximente, deben ser analizados a la luz de los principios que fundan la sana crítica.
- 4.- El vínculo de los asociados de la empresa proveedora de energía eléctrica es obligatorio, ya que no existe posibilidad de evitarlo si lo que se busca es tener suministro eléctrico. La relación se instrumenta a través de un contrato por adhesión, respecto del cual y ante la duda debe prevalecer la interpretación que mejor resguarde los derechos del consumidor.



Texto completo:

NEUQUEN, 12 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "RAIMONDO ELENA C/ C.A.L.F. Y OTRO S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.", (Expte. N° 443896/2011), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 940/951, decisión que es apelada por todas las partes.

A fs. 964/969 vta., Paraná Seguros S.A se agravia de lo que entiende ha sido una equivocada determinación de responsabilidad a partir de una incorrecta apreciación probatoria, pues no considera debidamente la responsabilidad que le correspondió a la actora en el siniestro.

Destaca que hay una contradicción al sostener que hubo daños por sobretensión por corte del neutro y, a la vez, señala que no hubo impericia por parte de la actora, ya que al afirmar eso queda sin respuesta por qué motivo sólo hubo daños en la casa de la actora y no en la de los vecinos.

Cita testimoniales que expresan que el día en que ocurrió el hecho no hubo reclamos de la actora ni de ningún otro usuario.

Agrega que la falta de elementos de seguridad obligatorios se encuentra acreditada, circunstancia que es reconocida por la sentencia, pero a la que se le resta importancia.

Destaca que está probado que la casa no tenía disyuntor diferencial ni puestas a tierra, agregando que el argumento de la sentencia relativo a la falta de entrega a la actora del reglamento de intimación para readecuar las instalaciones es erróneo pues tratándose de una ordenanza y por aplicación del artículo 20 del Código Civil, se presume su conocimiento.

Transcribe testimoniales que abundan en relación a la mencionada Ordenanza en la que, según señalan, la responsabilidad de la Cooperativa es hasta los bornes de entrada de la llave termomagnética ubicada en el pilar.

Subsidiariamente, se agravia porque entiende que se condenó a la indemnización de daños no acreditados y por montos muy elevados, lo cual a su juicio sucede pues se confunde la presunción de responsabilidad derivada del artículo 1113 del Código Civil, con la presunción de daños los que sí deben contar con prueba idónea para tener por configurada su existencia.

Bajo esa pauta, sostiene que los gastos de refacción general de la vivienda sólo encuentran sustento en las fotografías desconocidas por su parte, al igual que los relativos a reposición de mobiliario y electrodomésticos, indicando que la sentencia hace un uso abusivo del artículo 165 del C.P.C. y C.

En cuanto al daño moral señala su improcedencia en razón de que las actoras no estaban presentes al momento del siniestro, por lo cual, no sufrieron lesiones ni estuvieron expuestas a ningún peligro, solicitando así que se deje sin efecto o se reduzca considerablemente.

A fs. 970/971 se presentan las actoras agraviándose por el monto determinado por el daño moral, ya que entienden que se englobó en una sola suma el derivado de la pérdida de su mascota y los sufridos en su hogar, lugar donde no solo desarrollaba su vida sino que contenía numerosos recuerdos de sus padres y de su hija.

Alude a la angustia que sufrió y continúa sufriendo por aspectos relacionados con la vida cotidiana que se desarrolla en una casa: desde cocinar, hasta recibir familiares.

Cita un precedente de este Cuerpo para destacar que la suma es insuficiente, solicitando en consecuencia que sea elevada.

A fs. 972/983 vta. expresa agravios C.A.L.F quien señala que la sentencia parte de dos premisas equivocadas: que el foco ígneo se inició por una sobretensión en la línea, generada por el corte del neutro en el cableado que ingresa en la acometida y que no existió culpa de la víctima que permita eximir total o parcialmente de responsabilidad a su parte.

A continuación, expresa el modo en que a su juicio cabe interpretar la prueba rendida en las presentes, todo lo cual



debe conducir a afirmar que en realidad el corte del neutro pudo ocasionarse a raíz de un desperfecto originado en la instalación interna de la actora, posiblemente por mal uso del electrodoméstico y/o su alimentación a lo que suma la ausencia de elementos de seguridad.

También se agravia por el modo en que la sentencia tuvo por acreditados los daños y el monto por el que prosperaran los rubros.

En ese sentido, entiende que la procedencia de la indemnización por refacción de la vivienda no se encuentra fundada y afirma que las refacciones de la vivienda no pueden quedar supeditadas a un presupuesto realizado a pedido de la contraria.

Sintetiza señalando que los actores no produjeron prueba idónea y conducente para acreditar la extensión del daño.

Impugna en términos similares la procedencia e importe de las sumas acordadas por reposición de mobiliario, electrodomésticos, ropa personal, conceptos varios y gastos.

A continuación, argumenta en torno a la fundamentación de las sentencias como requisito de validez constitucional emparentado inescindiblemente con el ejercicio del derecho de defensa.

Se agravia también por el monto otorgado en concepto de daño moral y luego de citar algunos antecedentes de este Cuerpo, solicita que dicha suma sea moderada.

Argumenta acerca de la necesidad que se haya dado curso a la imposición de intereses desde la fecha del siniestro, sobre un monto actualizado de daño moral señalando que se trata de una deuda de valor determinada y actualizada en la sentencia.

Cita un antecedente del Superior Tribunal de Río Negro, que efectúa una distinción entre obligaciones dinerarias y obligaciones de valor, afirmando que las indemnizaciones por daños y perjuicios son obligaciones de valor que se encuentran al margen del nominalismo pues lo que se debe es un valor que se traduce en dinero, lo cual admite que pueda actualizarse hasta alcanzar aquel valor al que se refiere.

Extiende su agravio a la cuestión de la tasa de interés aplicada, solicitando que no sea aplicada desde la fecha de mora cuando lo reclamado son deudas de valor cuya determinación cuantitativa se hace al momento de la sentencia.

Agrega que no es obstáculo a la solución propuesta la prohibición de actualizar ya que en el caso de este tipo de deudas no se trata de una actualización sino de la evaluación del valor que reemplaza el dinero, al momento del fallo.

Concluye que en las deudas de valor es preciso aplicar la tasa activa a partir de la sentencia que recepte la pretensión revocatoria que finalmente quede firme lo cual se dirige a evitar que se vea alterado el resultado económico del pleito.

A fs. 985/986; 988/996; 998/1002 y 1003/1004 contestan los agravios la citada en garantía, la actora y C.A.L.F.

II.- Por una cuestión metodológica es preciso abordar en primer término la determinación de responsabilidad y luego, sólo en el caso de confirmarse la sentencia, abordar el resto de los agravios.

En tal sentido, no se encuentra discutido el encuadre legal adoptado en la sentencia, pues las quejas de los recurrentes giran en torno al modo que interpretara la jueza la plataforma probatoria y de allí a la conclusión acerca de la responsabilidad exclusiva de C.A.L.F.

En ese sentido, la interpretación de la prueba guarda una relación esencial con el mencionado marco legal brindado en la sentencia, pues en el caso de la responsabilidad objetiva, la culpa de la víctima como eximente de responsabilidad es un hecho que debe asumir una entidad tal que lleve a concluir que ese hecho ha sido el causante del daño y como tal, debe encontrarse probado.

Distinto es el enfoque en relación a la circunstancia que funda la responsabilidad objetiva, pues en el caso de quien la ley indica como responsable, su responsabilidad se presume.

Esta diferencia, presunción frente a hecho eximente, es sustancial en orden a la interpretación probatoria.

Así: "En cuanto a la prueba, la Corte Federal ha resuelto que cuando la controversia tiene su marco jurídico en el art. 1113 párrafo 2º del Código Civil, a la parte actora le incumbe la prueba del hecho y su relación de causalidad con el daño sufrido, mientras que para eximirse de responsabilidad corresponden a las demandadas la acreditación de la



culpa de la víctima o la de un tercero por quien no deban responder. Así entonces, aportar la prueba que acredite la liberación de la responsabilidad es una carga del demandado, quien debe demostrar que la conducta de la víctima que la causa única o –en su caso– concurrente del hecho ilícito. Por último, cabe señalar que las eximentes previstas en el art. 1113 del Código Civil deben ser apreciadas con criterio restrictivo en tanto los factores de imputación han sido establecidos con una finalidad social típica, destacando la jurisprudencia la necesidad de su rigurosa acreditación.” (“Daños causados por la energía eléctrica y el hecho de la víctima como eximente de responsabilidad civil”-Rugna Agustín-AR/DOC/1927/2009)

La carga probatoria de quien es demandado, bajo la pauta normativa del artículo 1113 del Cód. Civil, supone acreditar con certeza que el daño lo produjo quien lo padeció o un tercero por quien no debe responder.

A mayor abundamiento, señala Pizarro: “No hay que olvidar que en esta materia, el fundamento de la responsabilidad por daños radica en el riesgo creado. Con abstracción de toda idea de culpa del sujeto pasivo de la obligación de resarcir, y que el régimen “especial” previsto por la legislación argentina tiende a brindar una protección adecuada a la víctima, procurando dotarla de medios que le posibiliten una reparación real y efectiva del daño. Por ese motivo, el legislador ha colocado frente a ella un “conjunto” de posibles obligados a resarcir, a quienes los responsabiliza de manera concurrente, facilitando sensiblemente la ejecución de aquella prerrogativa. Esto nos lleva a pensar que el tema de los eximentes debe ser valorado con criterio restrictivo, evitando darle una extensión desmedida, que exceda los límites que le ha fijado la propia ley” (Pizarro, Ramón Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, pp. 466).

Y luego “... el caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no se debe responder, más que producir una “eximición” propiamente dicha de una responsabilidad presumida... “impiden” que ésta llegue a configurarse. En efecto, al no haber vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, la obligación de indemnizar no puede nacer, por eso es más razonable hablar de circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad que de hechos que “eximen” de la obligación de reparar el daño causado.” (ob. cit. Pág. 467).

A lo dicho, cabe agregar que los elementos probatorios, que conduzcan a tener rigurosamente acreditado el eximente, deben ser analizados a la luz de los principios que fundan la sana crítica: “... los que sirven para ilustrar al órgano jurisdiccional acerca del significado de los hechos individuales que importan al proceso, saber cuáles se han producido, que consecuencias jurídicas derivan de ellos y arribar así a la decisión final areca de tales fundamentos.

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano: contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la sentencia.... Tales principios, deben, además, adecuarse con las circunstancias de hecho y de derecho del caso y con las máximas de la experiencia que, al decir de Kisch, es el conocimiento que tiene el juez de la vida y de las personas. (aut.cit., “Elementos de Derecgo Procesal Civil”, trad.de L.Prieto Castro, 1º ed.,Madrid, pág. 189).”

“A su vez, cabe recordar que es misión del juzgador, quien no ha presenciado el hecho, reproducir a la luz de las probanzas aportadas, la forma en que verosíblemente pudo éste acaecer para determinar en función de ello la responsabilidad que pudiere haber. No es la certeza moral que se refiere al estado de ánimo en virtud del cual el sujeto aprecia el grado sumo de probabilidad acerca de la verdad.” (Cámara Nacional de Apelaciones Civil-SalaJ, Hong Byong Soo c. Edesur Distribuidora Sur S.A AR/JUR/84770/2010)

Bajo los conceptos apuntados, es posible afirmar que en el concreto supuesto de autos y a fin de tener por acreditada la eximente pesaba sobre la co-demandada la carga de probar que hubo de parte de las actoras una conducta que causó el daño con una entidad tal que pudiera quebrar la relación de causalidad entre el incendio y el carácter riesgoso de la electricidad proveída por C.A.L.F..

Recuérdese que a la luz del carácter restrictivo con el que cabe analizar la cuestión, para que la culpa de la víctima aparezca con virtualidad tal que exima de responsabilidad, es preciso que asuma el carácter de causa del siniestro, ya que es de ese modo que se rompe el nexo causal.

Confrontando lo dicho con las constancias de autos, no advierto ninguna conducta de las actoras, ausentes del lugar cuando ocurrió el hecho, que tenga posibilidad de asumir el carácter de “causa” del incendio, resultando aventurado



conjeturar qué hubiera pasado si existían las medidas que reputa ausente la co-demandada, pues la pericia no arrojó ninguna constancia que permita concluir que se trataba de una instalación eléctrica precaria y tampoco existe, más allá de lo sostenido por C.A.L.F., certeza de lo que pudo haber ocurrido si la instalación tenía las medidas que señala.

En relación a las medidas aludidas, la pericia no es concluyente en cuanto a que las mismas hubieran evitado el evento, pues se refieren más que nada a que se trata de cuestiones relacionadas con la seguridad de las personas cuando operan con electricidad.

En cuanto a los testimonios sobre los que funda su ausencia de responsabilidad la demandada C.A.L.F., es preciso señalar que le asiste razón a la actora cuando al contestar los agravios destaca que no solo no estuvieron presentes en el lugar del hecho, sino que se trata de dependientes de la empresa, lo cual debe llevar a que sus testimonios sean valorados con mucha precaución pues se encuentra claramente afectados por las generales de la ley.

Igualmente la posibilidad de incorporar cuestiones técnicas relativas a las características de la instalación eléctrica tampoco podrían extraerse de los testimonios, pues en ese orden de ideas la prueba pertinente es la pericial.

En cuanto a la prueba pericial, es claro que la misma puede tener las limitaciones derivadas de haber sido realizada tiempo después de ocurrido los hechos, sin embargo algunas de las apreciaciones técnicas que allí se indican resultan conducentes a la solución del litigio.

Señalado ello, entiendo que la pericia es contundente al señalar que el incendio no pudo ocurrir por mal uso de un artefacto eléctrico pues al momento del hecho no había nadie en la casa, pese a que a lo largo de las impugnaciones C.A.L.F. afirmara que aún en la ausencia el artefacto pudo haber sido puesto en funcionamiento por la actora.

A fs. 472, la accionada, alude a la posibilidad de que un artefacto eléctrico puede ser operado en ausencia a través del "timer" y agrega: "... la activación del microondas y el inmediato abandono del lugar por parte de la persona responsable encuadraría una típica conducta negligente pues todo elemento potencialmente peligroso, debe estar siempre al amparo de su dueño o guardián para el caso que suceda un desperfecto".

Insiste a fs. 486 vta. "...la circunstancia de la activación del microondas y el inmediato abandono del lugar por parte de la persona responsable encuadraría una típica conducta negligente pues un elemento cuyo consumo y tensión es alto CUANDO SE ENCUENTRA CONECTADO Y ACTIVADO MEDIANTE SU RESPECTIVO INTERRUPTOR debe estar siempre al amparo de su dueño o guardián para el caso en que suceda un desperfecto, MÁXIME SI LA INSTALACION ELÉCTRICA ADOLECE DE ELEMENTOS DE PROTECCION Y SEGURIDAD ADECUADAS A LA CARGA..."

La impugnación gira nuevamente en la conjetura de atribuir a las actoras una conducta negligente, sin embargo y aún cuando es cierta la existencia del denominado "timer" en los artefactos eléctricos, nada en la causa indica la posibilidad de que eso haya ocurrido realmente.

Así, el argumento defensivo de C.A.L.F., se construye sobre la posibilidad de que el artefacto haya sido operado incorrectamente o que la existencia de medidas de seguridad hubieran impedido el incendio, quedando ambas en un carácter de hipótesis sin haber alcanzado el grado de certeza suficiente para otorgarles la posibilidad de ser interrupción del nexo causal hábil para fundar la eximición de responsabilidad.

El perito afirma, y luego ratifica en la audiencia, que se ha acreditado que el incendio se originó por un cortocircuito en el tomacorrientes del microondas, el cual en ese momento no estaba siendo operado por ninguna de las víctimas por lo que es razonable, de conformidad a las reglas del correcto entendimiento humano, concluir que el incendio se produjo por la intervención de la cosa riesgosa, la cual asumió en el evento el carácter de causa razón y que ese nexo de causalidad no fue interrumpido por las víctimas.

Es importante destacar que no nos encontramos juzgando la responsabilidad de C.A.L.F. en base a una falta imputable a su culpa, esto es por una mayor o menor negligencia o directamente la ausencia de la misma, sino que su responsabilidad deriva del carácter de proveedora de la energía eléctrica y el carácter riesgosa de la misma.

En definitiva, en el esquema de la responsabilidad objetiva la actora cumplió con acreditar que hubo un incendio en su hogar y que se produjo por la intervención de una cosa riesgosa, pues no solo están acreditados la mayor parte de los daños en la zona de la cocina donde estaba el microondas lugar pudiéndose así afirmar, con un alto grado de probabilidad, que se inició el incendio, sino también que el hecho de que el resto de los artefactos eléctricos hayan



resultado dañados dan certeza a la versión que funda la demanda.

Esta última circunstancia es la que expresa el perito a fs. 516 vta. cuando en la audiencia afirma: "el hecho de que se hayan quemado fuentes de alimentación de equipos que no estaban en el lugar del foco de incendio, pone de manifiesto que estuvieron sometidos a una sobretensión ... La deducción que me lleva a concluir que el inicio del incendio fue en la instalación eléctrica es porque se quemaron lámparas, fuentes de alimentación de equipos que no estaban en ese ámbito, en el foco del incendio, reitero, lo que permite determinar que hubo una sobre tensión en la alimentación del domicilio"

Tampoco es posible afirmar, de las pruebas colectadas que haya habido de parte de la actora la asunción de un riesgo extraordinario en el modo en que se encontraba la instalación eléctrica.

En esa senda, ante la pregunta: "Indique el estado de las instalaciones del usuario al momento del hecho y en su caso si cumplían con las exigencias reglamentarias" responde: "Dado que transcurrió mucho tiempo desde la fecha del incendio, este perito solo puede informar sobre el estado actual de las instalaciones. Durante el peritaje se comprobó que el área de la vivienda que fue afectada en mayor proporción por el incendio, no fue habilitada hasta la fecha y se mantiene, salvo limpieza, en las mismas condiciones posteriores al siniestro... Tal como se puede observar en las fotos del Anexo 1 (fotos N° 8 a 12), la instalación eléctrica del área incendiada, es una instalación a la vista con cañería de hierro, cajas y accesorios todos de hierro. Los restos de los tomacorrientes e interruptores que todavía se mantienen (ver fotos 8; 11 y 12) hacen presumir que se tratan de elementos de tipo comercial para uso domiciliario. El resto de los conductores que aún se pueden observar y que fue imposible extraerlos por encontrarse fusionados a los caños, permiten determinar que la sección de los cables que disponía la instalación estaban dimensionados para una carga eléctrica acorde al consumo de la los equipos que se mencionan en los informes del accidente. No se pudo determinar la marca ni las características de los cables por encontrarse fusionados a las cañerías y con la aislación muy deteriorada. Por lo mencionado precedentemente, este perito puede señalar que se trata de una instalación eléctrica con canalizaciones interiores a la vista que cumplen con la Reglamentación Para la Ejecución de Instalaciones Eléctricas de la Asociación Electrotécnica Argentina, y realizada bajo las normas del buen arte".

A continuación expresa: "Tal lo mencionado en el punto anterior, no pudo determinarse el fabricante ni las características de los cables de la instalación eléctrica dañada. Lo que se puede apreciar es que la sección de los cables que quedaron, tienen una sección adecuada para las cargas eléctricas de los electrodomésticos que se usaban y para la protección instalada."

También cabe destacar que la afirmación que pretende instalar la demandada acerca de que la actora fue la única que sufrió perjuicios sólo encuentra respaldo en sus propios dichos, pues no existen constancias en estas actuaciones.

Tampoco la imputación de la falta de cumplimiento de una condición que a juicio de la Cooperativa y según se establece como deber legal le cabe a la generalidad de los asociados, no alcanza a revestir el carácter de hecho interruptor de la relación causal.

Por último y relacionado con lo anterior, tampoco tendrá acogida el agravio relativo a que no resultarán aplicables los fundamentos de la sentencia relacionados con la aplicación de la Ley de Defensa al Consumidor a la actora, en razón de que su vínculo con C.A.L.F debe enfocarse bajo el vértice normativo del derecho cooperativo.

En el caso particular del vínculo de los asociados de C.A.L.F es preciso tener en cuenta que el mismo es obligatorio, ya que no existe posibilidad de evitarlo si lo que se busca es tener suministro eléctrico.

La relación se instrumenta a través de un contrato por adhesión, respecto del cual y ante la duda debe prevalecer la interpretación que mejor resguarde los derechos del consumidor.

El carácter forzoso del vínculo hace que prevalezcan sin dudas las normas del derecho del consumidor frente a las que cita la demandada relativas al carácter asociativo, solidario y de gestión democrática de las cooperativas.

Igualmente la jurisprudencia citada por la recurrente está referida a una demanda en la que se perseguía un resarcimiento por haberse descontado erróneamente una cuota de afiliación extra a la cooperativa demandada a dos personas que habían contratado un mutuo con la misma, siendo en este caso sí un vínculo voluntario que pudo haber tenido mas presentes las notas que intenta destacar la demandada y que por lo ya dicho no resultan aplicables



al caso en debate.

En consecuencia, y al no haberse acreditado la eximición alegada, propongo se confirme la atribución de responsabilidad a la co-demandada C.A.L.F.

En cuanto a los daños, encuentro que el certificado policial de fs. 136 asume un carácter esencial en orden a tenerlos por acreditados.

En tal sentido, destaco que fue emitido por la Dirección de Bomberos de la Policía del Neuquén que tuvo participación directa con la extinción del incendio y que fue elaborado inmediatamente después de ocurrido los hechos.

Así, se señala: "En el lugar del siniestro se constataron daños materiales totales, producto de la acción del fuego y la elevada temperatura reinante en el sector, tales como en una heladera con freezer, un freezer, un microondas, dos procesadoras, un equipo de música con parlantes, un teléfono, una plancha, un cargador de celular, una máquina para hacer helado, vajillas, muebles de la cocina, una barra de madera con bajo mesada, tres banquetas de madera, un mueble aparador antiguo, el entepiso de madera, una escalera de madera, las aberturas de madera de la cocina, vidrios, un sillón con almohadones, una caja con cds, fotos, documentación varía, mercadería, medicamentos, la instalación eléctrica en general, producto de una sobretensión, plafones, muebles varios, azulejos, una puerta de madera del baño, canastos para ropa de plástico, un televisor de 29" marca Philips y una computadora, los cuales se quemaron producto de la sobreintensidad, lámparas en el sector del comedor, una mesa de madera, raquetas de tenis, libros, estanterías, prendas de vestir, ahumamiento generalizado de paredes y techo de la vivienda... Asimismo un can sufrió asfixia por intoxicación producto el ahumamiento generalizado en el interior de la morada."

De esta manera, y sin que los dichos de la policía revistan el carácter de una pericia técnica, sí resultan una expresión verosímil que permite tener en cuenta que lo reclamado efectivamente existía en la vivienda y resultó afectado por el incendio.

En cuanto al cuestionamiento que se efectúa al monto por el que prosperan los daños materiales: "...probado el daño pero no su monto, corresponde al tribunal fijarlo según su prudente arbitrio. Es decir que lo importante es que la prueba haya sido cabal respecto de la procedencia del daño demandado, sin haber obrado de manera negligente. La condición exigida es que se encuentre exteriorizada la configuración y sustancia del perjuicio a resarcir, aunque la medida económica de la indemnización no haya quedado determinada con igual certeza. La extensión de la indemnización es una circunstancia de algo ya reconocido y comprobado, que procesalmente puede quedar sujeta a la estimación jurisdiccional (art. 335 del CPC). Si bien la posibilidad de realizar una estimación judicial opera de manera objetiva e independiente de las razones por las que el actor no acreditó el monto que reclama, la apreciación pecuniaria del daño debe realizarse con un criterio sancionatorio de la posible negligencia probatoria en que pudo incurrir el peticionante, por que el tribunal subsana tal falencia a través de sus facultades, por lo que la estimación debe ser mesurada o estricta" ("La ruptura del nexo causal, entre el principio de congruencia y de iura novit curia. Los fines de la ley y los límites de la aplicación judicial del derecho"- María Inés Ferreyra-AR/DOC/2962/2014).

La demandada sostiene que al haber impugnado el presupuesto presentado por la actora, ello pone necesariamente a la actora en la necesidad de acreditar dicha circunstancia por otro medio fehaciente sin embargo y a la luz de lo expuesto ello no es del todo exacto, pues es posible tener en cuenta dicho presupuesto a título indiciario.

Es extensivo el razonamiento en cuanto a la crítica que efectúa la recurrente a los montos otorgados en concepto de gastos de reposición de mobiliario, electrodomésticos, ropa personal y demás enseres que componen el denominado ajuar de un hogar.

Así, los tickets de compra y facturas acompañados son contemporáneos a la fecha del siniestro y es una conclusión derivada de las máximas de experiencia que quien sufre un hecho de este tipo no va a ir inmediatamente de ocurrido a reponer todas y cada una de las cosas que tenía y que tampoco van a ser exactamente idénticas.

De este modo, la valoración por un monto global que efectúa la sentenciante es una respuesta jurisdiccional razonable y que encuentra sustento en las constancias del expediente, de modo tal que propongo se confirmen las sumas así dispuestas.

Corresponde ahora que aborde los agravios relativos al daño moral, aspecto sobre el cual, y como ya señalé, ambas



partes expresaron su disconformidad.

Al respecto, y siendo que el monto ha dejado insatisfechas a ambas partes resultará oportuno recordar: "...Como bien se ha señalado: mientras que en el daño patrimonial la valuación se averigua mediante un vínculo de equivalencia con la indemnización, la cual ingresa "en lugar" del perjuicio; en el daño moral la indemnización se decide sin ningún elemento que permita traducir la entidad de aquél en la magnitud de ésta, que se coloca "a su lado" No media nexo demostrable entre la entidad del daño y la importancia de la condena, porque no puede haberlo entre un mal espiritual y un bien dinerario ..." ("Cuantificación de la indemnización por daño moral en la jurisprudencia actual de la sala civil y comercial del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba" Pizarro-Viramonte) AR/DOC/1929/2007)

En orden a determinar el monto que en definitiva se otorgue, es importante explicitar las pautas que llevan a ello "... De allí que sea descalificable el fallo que al determinar el monto adopta como pauta generalidades que no permiten la apreciación certera del proceso racional seguido por el sentenciante"

De esta manera ya a fin de escapar de las generalizaciones continúan los autores: "...la motivación no tiene pautas asépticamente jurídicas, sino que al juzgar prudencialmente sobre la fijación del resarcimiento, no deben desatenderse las reglas de la propia experiencia y del conocimiento de la realidad", y agregan: "son justamente las reglas de la experiencia como contenido efectivo de la sana crítica racional, a la sazón modo prescripto para la ponderación de las pruebas, las que imponen que las respuestas judiciales, que si bien no pueden ser de consenso tengan una base de sustentación en la cual la mayoría de las personas estén acordando y que, en gran medida y en esta especie tan particular de cuantificar el daño moral, pasa por atender reflexivamente a las mismas dictadas en cuestiones análogas si existieran" .

En esa senda, la suma por daño moral en este caso se encuentra destinada a paliar, de alguna manera, dos cuestiones bien diferenciadas, por un lado la pérdida de la mascota de las actoras y por otro, no sólo la angustia padecida a raíz de haberse visto sorprendidas por la noticia de que su casa se estaba incendiando, sino también los posteriores padecimientos a raíz de no poder recuperar el lugar donde habitaban y con ello la rutina de vida diaria.

Los bienes espirituales afectados en el caso se refieren afecto que vincula a un ser humano con un animal y que en el caso, considero adecuadamente probado a partir de la evaluación efectuada en la pericia psicológica.

Allí la profesional indica: "Lala era parte de sus vidas, compañera de Julia en gran parte de su vida. Con ella había desarrollado habilidades que son inherentes a este tipo de relación, había aprendido a cuidarla, a tratarla con cariño y paciencia y este trato es sabido es que beneficia a ambas partes. La acompañaba en su vida hogareña, formaba parte de la "familia". Su pérdida repercutió desfavorablemente en ambas, especialmente en Julia".-fs. 502-

En ese sentido, la propia expresión: era "parte de la familia", otorga una pauta que evidencia un lazo muy fuerte con el animal y que sin llegar a la polémica doctrinaria acerca de la personificación o no de los animales, justifica que el monto sea elevado.

Así, propongo que se acoja en concepto de daño moral por la pérdida de la mascota la suma oportunamente solicitada por las actoras, elevándose así a \$ 10.000 para cada una de ellas.

En cuanto al daño que les causara la angustia, dificultades e intranquilidad padecidas por el incendio en la vivienda también entiendo que cabe elevar la suma, pues es máxima de experiencia que el hogar de una persona es el sitio donde no solo se desarrolla gran parte de su vida, sino que es un lugar que se caracteriza por sus notas de protección y resguardo de la propia existencia, frente a cuya pérdida es razonable tener por acreditado un padecimiento importante.

Lo dicho no se ve enervado por la razón expresada por la citada en garantía en cuanto a que ninguna de las actoras estaban presentes al momento del hecho, por lo que no sufrieron lesiones físicas ni estuvieron expuestas a peligro, pues lo que se indemniza en el rubro es aquel sentimiento de resguardo y protección que se vio afectado más allá de no haber padecido lesiones físicas.

En consecuencia, propongo elevar la suma en concepto de daño moral por el tema en examen a \$ 30.000 para cada una de ellas.

En cuanto al planteo de diferenciar la fecha a partir de la que correrán los intereses, y teniendo en cuenta que tanto



las sumas concedidas en concepto de daño emergente como las determinadas por daño moral son acordes a las peticionadas en la demanda, interpuesta en un plazo muy cercano al siniestro no habré de hacer lugar al agravio, confirmando así la aplicación de los intereses según los guarismos expresados en la denominada tasa activa desde la fecha del siniestro.

Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar los recursos de las co-demandadas y hacer lugar al de las actoras, elevando la suma en concepto de daño moral a \$ 40.000 para cada una de las actoras, imponiéndose las costas de esta instancia a las co-demandadas vencidas.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto de mi colega de Sala, y me permito agregar en torno al tema, siempre ríspido, de la aplicación de las normas del derecho del consumo a las cooperativas que, conforme se señalara en autos "ACUDEN c/ CALF" (expte. n° 473.646/2013, P.S. 2015-V, n° 107), "nada impide que el asociado de la cooperativa obtenga una doble protección, la brindada por su calidad de asociado del ente cooperativo y la proveniente del régimen general de protección para consumidores y usuarios, en tanto estas últimas sean compatibles con las primeras. Se trata de integrar ambos regímenes, en pos de una protección plena del asociado de la cooperativa...El art. 3 de la Ley 24.240 determina la integración de las normas del régimen que regula con la restante normativa que conforma el sistema jurídico nacional... Integración que, por otra parte, es siempre necesaria y obligada para el intérprete, ya que se trata de considerar al sistema jurídico interno como un todo coherente".

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 940/951, elevando la suma de condena que deberán abonar a la Sra. Raimondo a PESOS CIENTO SETENTA Y UN MIL NOVECIENTOS (\$ 171.900) y a Julia Petrelli a PESOS CUARENTA MIL (\$ 40.000), confirmando en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, a las co-demandadas vencidas.

III.- Regular los honorarios de los profesionales actuantes Dres. ..., ... y ... en el 30% de la suma que por igual concepto se determine para cada uno de ellos por su labor en la primera instancia.

IV.- 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](#)

"BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503699/2014) – Sentencia: 46/16 – Fecha: 12/04/2016

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

PARTES DEL PROCESO. LEGITIMACIÓN ACTIVA. LEGITIMACION PASIVA. IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Cualquier resolución de la Cámara de Apelaciones sobre los agravios del apelante referidos a la cuestión objeto de la litis deviene hoy inoficiosa. El recurrente señala que, más allá que la a quo acepta la legitimación activa de la parte actora por derecho



propio, por ser afectados directamente por el impuesto a las ganancias, éste ya no puede invocar representación popular alguna, toda vez que ha dejado de ser legislador de la Provincia del Neuquén, más allá de los discutibles alcances que pretende dar a la manda del art. 8 de la Constitución neuquina; y si bien al quejoso no ha denunciado cuál es el organismo otorgante de la jubilación (ANSES o Instituto de Seguridad Social del Neuquén), de todos modos cualquiera sea el régimen previsional otorgante del beneficio, aparece claro que la Provincia del Neuquén no es la persona contra quién puede útilmente dictarse la sentencia de la Cámara de Apelaciones. "Es que, como reiteradamente se ha señalado, el Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma (cfr. R.I. 2979/00)" (autos "Colegio Médico de Neuquén c/ Provincia del Neuquén", Acuerdo n° 10/2011, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BAUM DANIEL Y OTRO C/ PODER EJECUTIVO DE LA PROVINCIA DE NEUQUEN Y OTRO S/ ACCION DE AMPARO", (Expte. N° 503699/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 6 - NEUQUEN a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaría actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- El coaparrista Daniel Baum plantea recurso de apelación contra la sentencia de fs. 109/113 vta., que rechaza la acción de amparo, con costas a los vencidos.

A) El recurrente señala que, más allá que la a quo acepta la legitimación activa de la parte actora por derecho propio, por ser afectados directamente por el impuesto a las ganancias, no es correcto entender que no tienen legitimación amplia como representantes del pueblo, en los términos del art. 8 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, por ser diputados provinciales, aunque aclara que el actor Daniel Baum era diputado provincial al momento de interponer la acción, encontrándose actualmente jubilado.

Luego, cuestiona la afirmación de la jueza de grado respecto a que no existe una conducta ilegal o arbitraria de manera manifiesta. Agrega que la rigurosidad que exige la sentencia recurrida excede de lo que se requiere para admitir la procedencia de la acción de amparo, sosteniendo que con tal criterio nada se podría discutir por vía de amparo.

Dice que el hecho que la cuestión se pueda discutir no quiere decir que necesariamente no haya ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, recordando que el amparo tiene un trámite contencioso adversarial, por lo que no es extraño que la contraparte discuta lo alegado por la actora.

Reitera los argumentos oportunamente dados en la demandada, entendiendo que ninguno de ellos ha sido refutado por la demandada.

Sostiene que lo manifiesto de la ilegalidad y de la arbitrariedad parte de considerar que se está hablando de cuestiones que nadie discute, por surgir de criterios jurisprudenciales unánimes, la ley y la propia realidad conocida por todos –diferencias en el costo de vida–.

Rebate también la conclusión de la jueza de primera instancia referida a que tampoco se configura la urgencia y



sencillez que requiere el art. 43 de la Constitución Nacional.

Afirma que del texto del art. 43 de la Constitución Nacional no surge que la sencillez y la urgencia sean requisitos de admisibilidad del amparo, ya que la calificación "expedita y rápida" se refiere a la forma de tramitación de la acción de amparo.

Cita el art. 59 de la Constitución de la Provincia y señala que esta norma tampoco hace referencia a la sencillez y a la urgencia. Agrega que la Ley 1.981 no contiene ninguna referencia a la urgencia y a la sencillez.

No obstante ello, considera que, de todos modos, estos extremos se advierten presentes en este caso.

Así, manifiesta que la urgencia deriva de la necesidad de dar solución a una cuestión que afecta los salarios de los empleados públicos y de los jubilados y pensionados, que tienen naturaleza alimentaria.

Entiende que si no se discute que el sueldo tiene naturaleza alimentaria y está destinado a cubrir las necesidades básicas, ello resulta más que suficiente para acreditar la urgencia.

Respecto de la sencillez, considera que el planteo es más que sencillo. Agrega que la complejidad puede ser política, en tanto existen sectores con intereses contrapuestos, que exceden el ámbito judicial, pero que no pueden presionar al magistrado o magistrada, quién debe actuar en forma independiente.

Argumenta que menos aún puede entenderse que se trata de una cuestión que requiere de mayor debate o prueba, en tanto se trata de una controversia de puro derecho.

Subsidiariamente cuestiona la imposición de las costas procesales.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 122/123.

Denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Dice que la jueza de grado coincide con el argumento dado al contestar la acción, referido a la falta de legitimación pasiva planteada por su parte, toda vez que la Ley 20.628, que regla el impuesto a las ganancias, es una ley nacional, por lo que el Poder Ejecutivo provincial, en su carácter de empleador actúa como agente de retención frente al impuesto, efectuando la interpretación de la conformación de la base imponible del tributo y el consecuente descuento, de acuerdo con lo dispuesto en la misma ley y la Resolución General AFIP 2.437/2008; en tanto que los fondos retenidos son remitidos a la AFIP por aplicación de la propia ley que regula el impuesto de rango nacional. Entiende que todo cuestionamiento sobre dicho impuesto debe ser realizado, en su caso, ante el Estado Nacional y la AFIP.

II.- A poco que se avance en el análisis de las constancias de la causa, se advierte la aparición de un problema relacionado con la legitimación, tanto del apelante como de la demandada, derivado del cambio de situación jurídica del amparista recurrente frente al hecho denunciado como lesivo, y que obliga a confirmar la resolución de grado, aunque por los motivos que seguidamente se desarrollarán.

Adolfo Alvarado Velloso enseña que para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte esencialmente justa, lo que allí decida el juzgador acerca del litigio debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto. Agrega el autor citado, "De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia, o si quién demandó o fue demandado es o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor. Resulta así de la mayor importancia saber... si quién adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto... se trata aquí de investigar si el actor o el demandado... si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia" (cfr. aut. cit., "Lecciones de Derecho Procesal", Ed. Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, 2012, pág. 324/325).

Se trata de la legitimación para obrar, o *legitimatío ad causam*, y ella es la que se encuentra ausente, hoy, en las partes que llegan a la segunda instancia, fundamentalmente en la demandada.

Si bien la demandada no ha formulado cuestionamiento alguno a su legitimación, con base en la situación del recurrente, la importancia de dictar una sentencia válida y útil, evitando dispendios jurisdiccionales inconducentes, permite que la existencia o inexistencia de legitimación para obrar pueda ser revisada de oficio por el juzgador.



Quienes integramos esta Sala II tenemos dicho que la legitimación de los litigantes para estar en el proceso, en cuanto titulares de la relación jurídica sustancial que se debate en el expediente, es una cuestión que puede y debe ser controlada de oficio por la magistratura (autos "González c/ Paglione", expte. n° 339.824/2006, Sala I P.S. 2011-III, n° 82, entre otros).

III.- De las constancias del expediente surge que la acción de amparo fue promovida por Daniel Baum y Jesús Arnaldo Escobar, en su condición de legisladores de la Provincia del Neuquén, "por derecho propio y en ejercicio de la representación popular de sus cargos" (fs. 1).

La sentencia de grado rechaza la representación popular invocada por los amparistas, y considera que éstos accionan únicamente por derecho propio, en cuanto sujetos afectados directamente por el acto lesivo denunciado.

Esta decisión ha sido consentida por el actor Jesús Arnaldo Escobar, toda vez que el recurso de apelación es planteado solamente por el actor Daniel Baum.

Ahora bien, al expresar agravios el recurrente denuncia que, a ese momento, se encuentra jubilado, por lo que no es más diputado provincial, cargo que solamente es ejercido hoy por el actor Escobar, quién, como se dijo, consintió la sentencia de primera instancia.

De ello se sigue que el apelante ya no puede invocar representación popular alguna, toda vez que ha dejado de ser legislador de la Provincia del Neuquén, más allá de los discutibles alcances que pretende dar a la manda del art. 8 de la Constitución neuquina.

Si bien es cierto que este extremo del decisorio de grado se encuentra apelado por el señor Baum, su tratamiento en esta instancia deviene abstracto en atención a la pérdida de su condición de diputado provincial, por lo que no puede invocar la disposición del art. 8 de la Constitución de la Provincia. El único amparista que conserva esta condición es el señor Escobar pero, como se dijo, él ha aceptado la decisión de la jueza de grado, por lo que a su respecto la sentencia de primera instancia se encuentra firme.

Por ende, el apelante acciona en autos por derecho propio (como afectado directo) y esta circunstancia, a partir de su jubilación, determina la pérdida de la legitimación para obrar de la demandada.

Si bien al quejoso no ha denunciado cuál es el organismo otorgante de la jubilación (ANSES o Instituto de Seguridad Social del Neuquén), de todos modos cualquiera sea el régimen previsional otorgante del beneficio, aparece claro que la Provincia del Neuquén no es la persona contra quién puede útilmente dictarse la sentencia de la Cámara de Apelaciones.

En efecto, la conducta lesiva, de existir, ya no puede ser achacada a la Provincia del Neuquén, sino al organismo otorgante de la jubilación, que es quién liquida el haber previsional.

Para el supuesto que el ente otorgante sea la ANSES, ni siquiera la justicia provincial sería competente para resolver, ya que la conducta lesiva provendría de un organismo nacional.

Y para el supuesto que el ente otorgante sea el órgano previsional provincial, éste último es quién debe ser demandado. Esta afirmación es doctrina de larga data del Tribunal Superior de Justicia local. A título ilustrativo, y entre otros muchos casos, el máximo tribunal de la Provincia del Neuquén ha resuelto que "...el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (artículo 214 incisos 1° y 17°) no es obstáculo para ello en tanto tal actividad, no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. art. 28, 29 y 190 de la Ley 1284).

"Consecuentemente, por mandato constitucional y legal, corresponde que la demanda se dirija contra el ente autárquico -Instituto de Seguridad Social del Neuquén- que se encuentra legitimado pasivamente porque es de quien emanan los actos administrativos cuestionados.

"Es que, como reiteradamente se ha señalado, el Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en



actos propios de la misma (cfr. R.I. 2979/00)" (autos "Colegio Médico de Neuquén c/ Provincia del Neuquén", Acuerdo n° 10/2011, del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Si bien es cierto que el Tribunal Superior de Justicia, en algunos supuestos, ha reencauzado la acción, citando al ente autárquico, no encuentro que ello se pueda llevar a cabo en el sub lite, cuando el trámite en la primera instancia se encuentra concluido.

No dejo de advertir que la ausencia actual de legitimación pasiva de la parte demandada es consecuencia del tiempo transcurrido entre la interposición de la demanda y el momento en que esta Cámara debe resolver, demora producida por las distintas instancias por las que transitó este amparo (Tribunal Superior de Justicia, justicia civil provincial, justicia federal local, Corte Suprema de Justicia de la Nación y nuevamente justicia civil provincial), pero, conforme reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando las circunstancias fácticas y jurídicas varían sustancialmente desde la interposición de la demanda, el fallo debe adecuarse a las circunstancias actuales (cfr. CSJN, "Ediciones La Urraca S.A. c/ Nación Argentina", 5/12/1983, Fallos 305:2.228; ídem., "María de la Cruz Rachid y otro c/ Registro Nacional de Estado Civil y Capacidad de las Personas", 24/8/2010, Fallos 333:1.474; Trib. Sup. CABA, "Gottschau", 11/4/2007, LL on line AR/JUR/2034/2007).

Conforme lo dicho, cualquier resolución de la Cámara de Apelaciones sobre los agravios del apelante referidos a la cuestión objeto de la litis deviene hoy inoficiosa, por lo que, como se adelantó, no cabe sino confirmar la decisión adoptada en la instancia de grado, aunque por los motivos aquí señalados.

IV.- En cuanto a la apelación subsidiaria referida a la imposición de las costas procesales por la actuación en la primera instancia, por los motivos señalados en los acápites anteriores y en lo que refiere a la persona del actor apelante, se han de imponer en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), considerando también que el planteo formulado no carece de seriedad, tratándose de una cuestión controvertida y novedosa, que llega a la justicia por la inacción de los órganos estatales habilitados para legislar en materia tributaria, ante los reclamos de los contribuyentes.

Consecuentemente se hace lugar al presente agravio y se modifica el fallo de grado en el sentido señalado.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo, hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de autos y modificar, también parcialmente, la sentencia de grado, disponiendo que las costas generadas por la actuación del coamparista Daniel Baum se imponen en el orden causado, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios por los motivos precedentemente indicados.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a las razones que determinan el rechazo en lo sustancial del recurso de apelación, se imponen en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC), regulando los honorarios profesionales del Dr. ... en la suma de \$ 2.610,00 (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. 109/113 vta., disponiendo que las costas generadas por la actuación del coamparista ... se imponen en el orden causado, y confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios por los motivos precedentemente indicados.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a las razones que determinan el rechazo en lo sustancial del recurso de apelación, en el orden causado (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales para el Dr. ... en la suma de PESOS DOS MIL SEISCIENTOS DIEZ (\$ 2.610,00) (art. 15, Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIO - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria



[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" -
Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial –
Sala II – (Expte.: 416735/2010) – Sentencia: 47/16 – Fecha: 12/04/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCION CIVIL. COSA RIESGOSA. ENFERMEDAD AUDITIVA. ENFERMEDADES PROFESIONALES. DEBER DE SEGURIDAD. CONDENA A LA ASEGURADORA. CONTRATACION SUCESIVA DE ASEGURADORAS. AFECCION PSICOLOGICA. REPARACION. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION. RESPONSABILIDAD POR EL PAGO DE LAS COSTAS.

1.- El trabajador que vio disminuida su capacidad auditiva –en el caso hipoacusia- debe ser indemnizado por aplicación del artículo 1.113 del Código, pues, aun aceptando que se le hayan entregado protectores auditivos, lo cierto es que no existe sanción alguna al trabajador por su falta de uso, y ello desvirtúa lo alegado por la empresa quien no ha dudado en sancionar otras faltas cometidas por el actor. En tal sentido, el uso de los protectores no desvirtúa su responsabilidad, toda vez que el daño derivado del ruido del camión se produjo, lo cual demuestra, en todo caso, la insuficiencia del protector. Y su falta de uso en modo alguno ha sido demostrada, ya que no hay mención alguna en relación al tema.

2.- La condena a las Aseguradoras de Riesgos del Trabajo sólo es procedente en los términos de la L.R.T, toda vez que la actora en momento alguno planteó que se condenara a ellas en los términos de la ley civil, ya que siempre pidió la aplicación a su respecto de la normativa de la ley de riesgos, como claramente se desprende de los términos de la demanda, la contestación de las defensas interpuestas por las aseguradoras y al responder los agravios.

3.- Como dentro del ámbito de la Ley de riesgos no es posible la existencia simultánea de dos aseguradoras con respecto a un mismo empleador, es que la condena comprenderá exclusivamente a la que se encontraba vigente cuando se desarrolló la patología del actor, y por compartirse lo manifestado por la restante aseguradora al expresar agravios.

4.- Destaco que el hecho que la depresión no haya sido causado por el trabajo no significa que no deba ser reparada en el ámbito civil, toda vez que si bien comparto el análisis que al respecto formula la sentenciante, entiendo que constituye una consecuencia que debe ser considerada dentro de la reparación civil, ya que obedece a la situación generada por la hipoacusia y el despido consecuente, como



al rechazo a la renovación del carnet para conducir y así como el actor no se beneficia de las ventajas derivadas del sistema de la Ley de riesgos del trabajo, tampoco puede ser perjudicado por la falta de relación laboral de ellas.

5.- En cuanto al porcentaje de incapacidad por el que debe responder la A.R.T., considero que debe estarse al informado en la pericia médica, esto es, el 34%. Ello por cuanto, la incapacidad derivada del cuadro depresivo no guarda relación con el trabajo dado que conforme lo señala la perito, la misma obedece al despido y a la pérdida auditiva, conforme se puede advertir del informe pericial aludido.

6.- En cuanto al daño moral, y tomando en consideración los informes psicológicos, así como las pautas habituales de esta Cámara, entiendo que debe ser elevado a la suma de \$100.000.

7.- Corresponde rechazar el agravio de la aseguradora en cuanto a que las costas no superen el 25 % del monto de la sentencia establecido por el artículo 277 de la LCT – incorporado por Ley 24.432-. Ello es así, mas allá de que deberán readecuarse los honorarios de los profesionales intervinientes por no darse los supuestos invocados por el quejoso y por cuanto para la consideración de una posible confiscatoriedad, deben tenerse en cuenta los honorarios de los profesionales de la parte ganadora y no los de quienes han representado a la parte perdidosa, por lo cual, no se arriba al porcentaje señalado por el quejoso.

Texto completo:

NEUQUEN, 12 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ABELLO MENDEZ FIDEL DONATO C/ QBE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL", (Expte. N° 416735/2010), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 2354/2371 hace lugar a la demanda y, en consecuencia, condena a SERVICIOS PETROLEROS URIBE S.A., QBE ARGENTINA ART S.A., y a FEDERACION PATRONAL SEGUROS S.A. a abonar la suma de \$212.814 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por todas las partes.

II.- Agravios de QBE Aseguradora de riesgos de trabajo ART SA de fs. 2397/2403.

Sostiene en primer término que se ha establecido la responsabilidad solidaria de ambas aseguradoras de riesgos, siendo ello improcedente ya que las pólizas son consecutivas y no coexistentes, debiéndose tener en cuenta que el empleador solo puede estar asegurado en una.

Así dice que al emitirse el primer dictamen de la comisión médica el 1/12/08 la póliza que lo vinculaba al empleador ya había sido rescindida, por lo que ninguna posibilidad tenía de verificar si la empleadora cumplía con sus obligaciones.

El segundo agravio se refiere a la cuantificación del daño, señalándose que no se tuvo en cuenta lo dispuesto por el artículo 12 de la Ley de riesgos y que el cálculo del salario que correspondía era de \$3.446,24 según la pericial contable y no los \$4.500 indicados por la sentenciante.

Asimismo, destaca que no se tuvo en cuenta el pago realizado y que se encuentra reconocido.

El tercer agravio cuestiona el carácter solidario de la obligación al pago que pareciera surgir de la sentencia ya que no



hay comunidad de causa fuente y que, por lo tanto, estamos en presencia de una obligación concurrente o conexas.

El cuarto agravio alude a que se computen los intereses en la base regulatoria y, por último, que las costas superan el porcentaje permitido por la ley 20.744 en su artículo 277.

III.- Agravios de la actora de fs. 2.404/2.407.

Comienza por señalar las pautas legales en base a las cuales la indemnización debe reparar en forma justa los daños causados, para concretar luego en cuestionar el salario tomado en cuenta por la jueza.

Así, dice que el sueldo que percibió con anterioridad a la manifestación invalidante era de \$8.343,99 (agosto de 2.009), que incluso el promedio del período 2.008 era superior conforme resulta de la pericial contable y que obra a fs. 1.901.

Agrega que el IBM que determinó el perito en función de la ley de riesgos ascendió a \$6.604,83, por lo cual, se ha producido un apartamiento de las constancias de la causa.

Alude luego a la incapacidad psicológica y psiquiátrica, y así señala que el trabajador se jubiló por invalidez por incapacidad absoluta ocasionada por la sordera total y el desorden psiquiátrico provocada por ella, por lo que la distinción que se formula en la sentencia resulta irrelevante.

Sustenta sus afirmaciones en la pericial psicológica de fs. 1666/, ya que el perito señala que la afección psicológica tiene origen en la pérdida auditiva.

En el mismo sentido se expide el dictamen de fs. 932/934 y el de fs. 1127/1129, así como el informe producido por tres médicos designados por la empleadora y que obra a fs. 385/386, entre otros elementos probatorios.

Concluye que a los efectos del cómputo de la incapacidad debe tenerse en cuenta la incapacidad psicológica del 40% y que sumadas ambas son superiores al 66%, por lo que la incapacidad debe ser fijada en el 100%.

IV.- Agravios de la demandada Servicios Petroleros Uribe SA de fs. 2408/2417.

El primer agravio se refiere a que la jueza no se pronunció en relación a la existencia de petición inexcusable, por lo que pide un pronunciamiento al respecto.

El segundo alude a que la edad jubilatoria es determinada por el artículo 1 de la ley 20.740 en consideración a la atención que la conducción conlleva y el desgaste propio de la edad, por lo cual, no existió reconocimiento de actividad riesgosa como se afirma en la sentencia.

El tercero es porque en la sentencia se confunde audífonos con protectores auditivos y que hizo entrega de los segundos, y su falta de uso es culpa del actor dado que negó su entrega.

El cuarto agravio se refiere a que no está facultada a entregar audífonos, toda vez que deben ser prescriptos por un médico.

El quinto agravio está encaminado a demostrar que el nexo causal se encuentra interrumpido en virtud del accionar del propio actor, ya que la empresa cumplió con su deber de seguridad.

El sexto agravio se basa en señalar que la actividad del actor radicaba en ser chofer y que el tiempo sometido a ruidos basado en las testimoniales y lo consignado por el perito en seguridad no superaba las 4 horas.

El séptimo consiste en que los protectores auditivos poseen una durabilidad de diez años y reposición de repuestos en forma anual de ser necesario, lo cual resulta del informe técnico y la pericia.

El octavo agravio alude a que cumplió con sus obligaciones contractuales, tal como resulta de la documental que cita.

El noveno agravio solicita que se descuenten las sumas percibidas por el actor por un total de \$54.396.

El décimo agravio consiste en afirmar que las dolencias del actor son simuladas y que tuvo un juicio previo contra su ex empleador.

Finalmente, alude a las constancias del beneficio de litigar sin gastos que demuestran la existencia de otros trabajos por parte del actor y cita jurisprudencia en abono de su postura.

V.- Agravios de la aseguradora Federación Patronal Seguros SA de fs. 2418/2424.

En primer lugar, cuestiona la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos, toda vez que la jueza no ha confrontado los sistemas resarcitorios.

En segundo término afirma que ha sido condenada por no denunciar ante la Superintendencia de seguros de la



Nación, y al respecto afirma que no tiene ningún deber de información ni de denuncia con relación a dicho ente, quien además carece de potestad de contralor.

Añade además que cumplió con las obligaciones a su cargo conforme resulta de los propios términos de la sentencia.

El tercer agravio se dirige a cuestionar el monto fijado en concepto de incapacidad y a requerir que se descuente lo percibido por el actor de la otra aseguradora de riesgos.

Objeta la fecha a partir de la cual deben computarse los intereses, ya que la primera manifestación invalidante no puede confundirse con la fecha de consolidación máxime si se trata de una enfermedad profesional.

Por último, cuestiona que las costas superan el 33% del juicio.

VI.- Tal como resulta de los términos de la demanda, a los que cabe remitirse a fin de respetar el principio de congruencia, el actor señala que se desempeñó para la empleadora a partir del mes de febrero de 1.996 manejando un camión güincherero que producía ruidos superiores a 92db medidos en el escape y de más de 100 decibeles en la cabina. y que hasta el año 2.005 trabajaba entre 18 y 22 horas por día pero que luego de ese año la jornada laboral se redujo a 12 horas de lunes a sábado.

Afirma que ni la empresa ni las aseguradoras efectuaron controles con respecto al ambiente laboral, ni tomaron medidas para morigerar las condiciones de trabajo.

Es así que en julio del 2.008 la comisión médica regional dictaminó hipoacusia inducida por ruido, asignándole una incapacidad del 18,45% y considerándola como enfermedad profesional.

Agrega que el 13 de enero del 2.009 la ART Federación realizó un examen físico en el que detectó la dolencia, pero no se le adecuaron las tareas ni se le dieron elementos de seguridad.

Luego de reseñar los padecimientos que habría sufrido, indica que la comisión médica le fijó una incapacidad del 11,7% acumulativa a la anterior abonándole la suma de \$21.186 por el artículo 14 de la Ley de riesgos.

Indica que la responsabilidad civil de la empresa y las ART derivan de que ingresó a trabajar en perfectas condiciones y que la incapacidad auditiva se ocasionó por los ruidos excesivos y prolongados del trajo y que no se controló el ambiente, no se le realizaron exámenes periódicos, no se le brindó capacitación, ni se le otorgaron elementos de seguridad.

Añade que la empresa no cumplió con el deber de seguridad y ello fue causa eficiente del daño.

Asimismo, encuadra la responsabilidad de la empleadora en la responsabilidad contractual de la violación del deber de seguridad previsto por el artículo 75 de la Ley de contrato de trabajo, se encuadra la acción en la esfera de responsabilidad extra contractual por violación del deber genérico de no causar daño prevista por el artículo 1.109 del Código Civil.

VII.- Tal como surge de los términos de la sentencia la jueza considera que la empleadora es responsable civilmente, con fundamento tanto en lo dispuesto por el artículo 1.113 del Código Civil como en la responsabilidad derivada del artículo 1.074 del igual norma.

En relación al primer punto, sustenta su postura en que el actor trabajaba en un ambiente ruidoso y que existe nexo causal entre el ruido y la hipoacusia que padece, sin que la accionada hubiera acreditado la culpa de la víctima.

En relación a lo segundo la sentenciante parte de la base de la existencia del ambiente ruidoso y que aún en el supuesto de que le hubieran entregado protectores auditivos, dada la existencia de una disminución en la audición debió ser trasladado a otro ámbito, lo que no se efectuó.

Si bien se reconoce la existencia de capacitaciones y exámenes periódicos, señala que se acreditan a partir del año 2.005, entiende que existieron omisiones tanto de la empleadora como de las aseguradoras que justifican su responsabilidad en los términos del artículo 1.074 del Código citado.

En cuanto a las aseguradoras de riesgos, indica que su responsabilidad deriva de no haber efectuado la correspondiente denuncia a la superintendencia de seguros de la nación.

VIII.- Luego de la reseña realizada en los puntos que antecede, entiendo pertinente analizar los agravios vertidos por la ex empleadora dado que de su procedencia dependen los agravios de las aseguradoras y, finalmente, los vertidos por el actor.



Así, se advierte que la empleadora en momento alguno cuestionó la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos que le impedía al actor recurrir a la vía civil para reparar los perjuicios que se le ocasionaron.

En tales condiciones y sin perjuicio de lo que manifiesta al respecto la aseguradora "Federación Patronal", entiendo que ello ha quedado firme.

De todas maneras y nuevamente sin perjuicio del agravio antes aludido, cabe señalar que sobre el tema hemos dicho en el precedente mencionado por la jueza:

Primeramente, y como sostuviera el Dr. Federico Gigena Basombrío -en voto al que la suscripta adhiriera- "cabe efectuar una digresión que resultará de utilidad en el tratamiento del resto de los agravios y que se refiere a los modos de acceder a la acción civil cuando la letra del artículo 39 de la mencionada ley lo impide expresamente.

Pues bien, existen dos caminos, el primero es imputando dolo eventual al empleador, y el segundo es solicitar la declaración de inconstitucionalidad de ese artículo en cuanto admite la opción por la acción civil para ese único supuesto.

En este último sentido, la jurisprudencia ha ido evolucionando desde el inicio del sistema estableciéndose distintas pautas". (LEIVA JULIO CESAR CONTRA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTRO S/COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD 16/06/2001, Sala II)

En el caso de autos la actora reclama la indemnización por la vía del derecho común solicitando la inconstitucionalidad del art. 39 de la ley de Riesgos del Trabajo.

Al respecto esta Cámara ha dicho: "Digamos en primer lugar que el criterio de esta Cámara fue plasmado desde el primer momento en el de por sí relevante litigio "GOROSITO JUAN RAMON CONTRA RIVA S.A. Y OTRO SOBRE DAÑOS Y PERJUICIOS" (Ex. n° 415-CA-1.998), opinión que como es sabido fue dejada de lado por la anterior composición de la Corte Suprema, declarando la validez constitucional del sistema creado por la ley 24.557 y particularmente de lo normado por el art.39."

"Sostuvo esta Cámara por ambas Salas siguiendo el voto de la Dra. Osti de Esquivel que: "La responsabilidad, tanto en la culpa leve como grave, no puede ser dispensada sin afectarse el principio de igualdad. Por otra parte, el principio general en materia de daños es el de la responsabilidad plena, porque la reparación no tiene carácter de pena sino de indemnización, no correspondiendo hacer diferencias respecto de la gravedad de la culpa en que incurrió el responsable ya que la indemnización no se mide por la culpa sino por el daño. Este principio se encuentra implícitamente incorporado en los arts. 1068, 1069, 1077, 1079, 1082, 1109 y 1113 del Código Civil. El límite de tal responsabilidad está dado por la relación de causalidad jurídica y no por la gravedad de la culpa, tanto en la responsabilidad subjetiva como en la objetiva. Si bien este principio general tiene excepciones contempladas en la ley, no deben de manera alguna vulnerar principios constitucionales, tal como se da en el caso del art.39° de la ley 24.557".

"Ahora bien, sin perjuicio de ello y a partir del dictado del fallo de la Corte en "Gorosito", esta Cámara adoptó un criterio distinto al que venía sosteniendo, por lo que entendió que era la doctrina del Máximo Tribunal, fundado en razones de economía procesal y de respeto a la investidura de la Corte Suprema, que obligaba a seguir su criterio.

Sin embargo, tal y como lo refiere el apelante, existen en la actualidad nuevas circunstancias que ameritan el reexamen de la cuestión, a raíz del fallo dictado por la nueva composición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos: "Aquino, Ignacio c. Cargo Servicios Industriales S.A. s/Accidente ley 9688, (A.2652. XXX-VIII- del 21 de septiembre de 2004).

Si en su momento, como lo señalamos, declaramos la improponibilidad de la demanda, rechazando los planteos de inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24.557 fundado exclusivamente en razones de economía procesal y respeto al Alto Tribunal, la nueva doctrina sentada por éste -en su actual composición- nos devuelve a la vieja senda que impulsáramos y adoptáramos inicialmente en la causa "Gorosito" y que hoy tiene más asidero que nunca.

La vigente decisión de la Corte en la causa "Aquino" no deja margen de dudas en cuanto establece en forma definitiva que la validez o invalidez constitucional de la normativa de la ley 24.557, recae para cada caso en el cotejo concreto entre la indemnización a la que accede el trabajador como consecuencia de la aplicación del sistema de riesgos del trabajo y la que tendría derecho a percibir en caso de sujetarnos a las normas de derecho común.



Resulta pertinente traer algunas de las consideraciones en que se sustentó la decisión en el caso "Aquino" para ver hasta qué punto no sólo se vuelve al criterio originario que sostuviéramos en la causa "Gorosito" sino que ello se ve enriquecido con el aporte de quien constituye la cabeza del Poder Judicial de la Nación.

Ha dicho la Corte que: "el valor de la vida humana no resulta apreciable con criterios exclusivamente económicos. Tal concepción materialista debe ceder frente a una comprensión integral de los valores materiales y espirituales, unidos inescindiblemente en la vida humana y a cuya reparación debe, al menos, tender la justicia. No se trata, pues, de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia distributiva de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo.

Resulta incuestionable que en tales aspectos no se agota la significación de la vida de las personas, pues las manifestaciones del espíritu insusceptibles de medida económica integran también aquel valor vital de los hombres..."

Como lógica consecuencia de lo expuesto, el Máximo Tribunal también señaló que: "...la reparación también habrá de comprender, de haberse producido, el "daño moral". Más aún: la incapacidad debe ser objeto de reparación, al margen de lo que pueda corresponder por el menoscabo de actividad productiva y por el daño moral, pues la integridad física en sí misma tiene un valor indemnizable...no sólo cabe justipreciar el aspecto laboral sino también las consecuencias que afecten a la víctima, tanto desde el punto de vista individual como desde el social, lo que le confiere un marco de valoración más amplio" (considerando 3ero. del voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni)(VELAZQUEZ HORACIO EDGARDO CONTRA CEDICOM S.A.C.I.F.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS, 07/04/2005, Sala I, Expte. N° 243906-CA-0, voto del Dr. Luis SILVA ZAMBRANO).

Como señalé, si bien puede aludirse a la comparación entre ambos sistemas, en el caso concreto de autos no encuentro controvertida la declaración de inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley de riesgos por parte de la demandada empleadora, por lo cual, dicha cuestión no resulta necesaria tratarla.

Siguiendo con los agravios vertidos por el apelante, entiendo que la situación debe analizarse dentro del supuesto previsto por el artículo 1.113 del Código Civil y ello tampoco ha merecido objeción por parte del apelante, toda vez que sus agravios se dirigen a imputarle culpa a la víctima por el daño ocasionado, por lo que está aceptando claramente la aplicación al caso del artículo 1.113 mencionado y la relación de causalidad entre el daño y el riesgo de la cosa, en el caso, el ruido ocasionado por el camión manejado por el actor mientras duró la relación laboral ya que, recordemos, era el chofer de uno de ellos.

Así en el fallo citado se dijo:

Al respecto cabe señalar que al establecer el art. 1113 la atribución objetiva por los daños causados por el riesgo o vicio de una cosa, el dueño o guardián sólo se exime de responsabilidad acreditando la "culpa" de la víctima o de un tercero por el que no debe responder. En tal supuesto, entonces, el juez no se encuentra condicionado por la valoración sobre la conducta de la demandada, desde que -como surge de la norma- aquella conducta resulta indiferente a los fines de establecer la obligación civil de reparar.

Ahora bien, el núcleo a decidir es la existencia o no de relación de causalidad entre el trabajo y la dolencia del actor, lo cual se relaciona con el segundo de los agravios esgrimidos por la recurrente; al respecto cabe señalar "En conclusión, el problema jurídico de la conexión causal consiste en determinar, conforme a la ley, cuándo y con qué criterio un resultado debe ser atribuido a una persona determinada. Según nuestra ley, hay conexión causal entre un acto y un resultado cuando ese acto ha contribuido de hecho a producir un resultado, esto es, ha sido una de las condiciones sine qua non de él y, además, debía normalmente producirlo de acuerdo con el orden natural y ordinario de las cosas." ("La responsabilidad extracontractual de las ART", Marcelo Claudio Pérez, pág. 144).

Asimismo: "ya se trate de un hecho traumático como consecuencia directa e inmediata del accionar de la cosa inanimada, o del efecto microtraumático de las cosas en sí o de sus propiedades, o deletéreo que se origine por el enrarecimiento del ambiente de trabajo, lo que debe computarse a los fines de la responsabilidad, es la existencia de un nexo causal adecuado entre la acción agresiva del agente dañoso y el desmedro físico o funcional ocasionado en tanto aquél resulte ser la causa eficiente de éste (Isidoro H. Goldenberg, Responsabilidad Civil y su aplicación en los



infortunios laborales, Tomo 2, pág. 208).

Además: "Entendemos que existiendo riesgo o vicio el problema se desplaza al nexo de causalidad y, por lo tanto, sólo puede exonerarse el destinatario de la imputación legal acreditando la falta de causación entre el riesgo o vicios de la cosa y el daño sufrido (Obra citada, pág. 112).

Se ha dicho que "para que se configure la responsabilidad por un daño no es necesario que la cosa que lo produce sea la causa exclusiva del perjuicio, antes bien, es suficiente que ella haya sido uno de los factores que contribuyeron a producir el efecto dañoso" y "Basta la determinación de existencia de un vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, aunque existan otros factores que también presenten una relación de antecedente-consecuente con ese daño, circunstancia esta que podría tener incidencia en cuanto a la extensión de responsabilidad del dueño o guardián de la cosa que fue el factor concausal del resultado prejudicial" (Utge Aguilar Mariana c/Internacional Health Services Argentina SA y otro, 24/09/2007, La Ley).

En el caso, me parece importante resaltar que el riesgo deriva de los ruidos producidos por el camión en marcha y que la relación de causalidad se encuentra debidamente acreditada en base a las constancias médicas obrantes en la causa y a las que alude la sentenciante, en prolijo detalle, y a las que me remito.

Ahora bien, en modo alguno encuentro culpa de la víctima como sostiene el quejoso, y examinada su conducta en base a los parámetros a que se aludiera, esto es, que dicha culpa debe ser examinada estrictamente y surgir con claridad.

Así se ha pronunciado en sentido coincidente la Sala I al señalar en la causa 343.739:

En efecto: el artículo 1113 del Código Civil, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, invocar y 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.

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).

En igual línea ha sostenido el TSJ: "... la norma referida consagró, como factor de atribución de la responsabilidad, al riesgo creado. Este factor objetivo atiende a los comportamientos que, siendo lícitos, son creadores de riesgos o peligros. En este caso quien aprovecha de la cosa considerada peligrosa, sólo puede liberarse acreditando la incidencia de factores extraños que interrumpan la relación causal (cfr. Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras Miguel A. (Directores), Código Civil Comentado... Responsabilidad Civil. Artículos 1066 a 1136, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2003, pág. 333 y s.s.). La finalidad de esta regla es lograr el cumplimiento efectivo del deber jurídico de reparar (S.C. Mza, 28/12/1999, L.L. Gran Cuyo 2000-211)... la eximente de culpa de la víctima, alegada en autos por la accionada, debe ser suficientemente probada por ésta. Y debe ser la única causa del hecho para eximir, totalmente, de responsabilidad, además de reunir los caracteres de inevitabilidad e imprevisibilidad (C.S.J.N, 4/9/2001, D.J. 2001-3-1022, L.L. 2002-A-488).

Y en el mismo sentido esta Sala sostuvo en la causa 330738/5:

Tal como fue reconstruido el siniestro, de lo que no hay lugar a dudas es que el colectivo así dispuesto, y, el hecho que quien cambió la goma se ubicó por debajo del mismo, asume el carácter de cosa riesgosa, de modo tal que acreditado el daño como se encuentra y que fue producto del contacto con esa cosa, es a la demandada a quien incumbe la carga de probar la culpa de la víctima en un grado tal que resulte apta para cortar el nexo de causalidad entre aquella actividad y el concreto perjuicio padecido.

Así, el marco jurídico que cabe otorgar a la cuestión es el que brinda el artículo 1113 del Código Civil, por medio del cual se responsabiliza al dueño o guardián de la cosa riesgosa del daño que dicha cosa haya producido, pudiendo eximirse únicamente en el caso que acredite la culpa de la víctima o de un tercero por el que no debe responder.



En la vinculación de ambos conceptos he destacado: "... Sentada la responsabilidad en los términos del artículo 1.113, parte 2, parr. 2º del Código Civil, es preciso analizar la causal de eximición alegada por la co-demandada atribuyendo culpa a la víctima."

"En la materia que hemos delimitado como "responsabilidad objetiva" por el riesgo o vicio de la cosa, el fundamento de la misma es precisamente el señalado riesgo o vicio desvinculando ello de toda idea de culpa en el responsable."

"Señala Pizarro: "No hay que olvidar que en esta materia, el fundamento de la responsabilidad por daños radica en el riesgo creado. Con abstracción de toda idea de culpa del sujeto pasivo de la obligación de resarcir, y que el régimen "especial" previsto por la legislación argentina tiende a brindar una protección adecuada a la víctima, procurando dotarla de medios que le posibiliten una reparación real y efectiva del daño. Por ese motivo, el legislador ha colocado frente a ella un "conjunto" de posibles obligados a resarcir, a quienes los responsabiliza de manera concurrente, facilitando sensiblemente la ejecución de aquella prerrogativa. Esto nos lleva a pensar que el tema de los eximentes debe ser valorado con criterio restrictivo, evitando darle una extensión desmedida, que exceda los límites que le ha fijado la propia ley" (Pizarro, Ramón Responsabilidad por el riesgo o vicio de la cosa, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1983, pp. 466)."

"Y luego "... el caso fortuito, la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no se debe responder, más que producir una "eximición" propiamente dicha de una responsabilidad presumida... "impiden" que ésta llegue a configurarse. En efecto, al no haber vínculo de causalidad adecuado entre el riesgo o vicio de la cosa y el daño, la obligación de indemnizar no puede nacer, por eso es más razonable hablar de circunstancias que impiden la configuración de la responsabilidad que de hechos que "eximen" de la obligación de reparar el daño causado." (ob. cit. Pág. 467)". (autos: "T. S. B. C/ C. N. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 330911/5) del 7 de julio de 2011)

Y respecto a la características que debe revestir la culpa de la víctima:

"...Probada la responsabilidad del demandado sea por presunciones legales o por otros medios probatorios (hecho constitutivo), la culpa de la víctima debe ser acreditada certera, claramente, pues se trata de un hecho impeditivo cuya prueba incumbe a quien lo alega, constituyendo una excepción al régimen de la responsabilidad. En tal sentido, se ha resuelto que el art. 1111 funciona para una situación de certeza, por lo que se incurre en una errónea interpretación cuando se lo aplica sin que se dé este elemento; los presupuestos deben ser claramente acreditados, y es un estado de duda" (Kemelmajer de Carlucci en Código Civil y leyes complementarias, comentado, anotado y concordado, dirigido por Belluscio, Bs. As. Astrea, Tomo 5, pág. 393).

En el caso de autos, y como bien se indica en la sentencia y aun aceptando que se le hayan entregado protectores auditivos, lo cierto es que no existe sanción alguna al trabajador por su falta de uso, y ello desvirtúa lo alegado por la empresa quien no ha dudado en sancionar otras faltas cometidas por el actor.

En tal sentido, el uso de los protectores no desvirtúa su responsabilidad, toda vez que el daño derivado del ruido del camión se produjo, lo cual demuestra, en todo caso, la insuficiencia del protector. Y su falta de uso en modo alguno ha sido demostrada, ya que no hay mención alguna en relación al tema.

Destaco que en sus agravios es la propia demandada la que señala que entregó los elementos de protección y que ejerció el control de su utilización (ver fs. 2410) y, sin embargo, no ha podido demostrar una sanción al actor durante la vigencia de la relación laboral que demuestre que por su accionar no utilizaba los protectores auditivos.

Así, es que cabe responsabilizarla civilmente por aplicación del artículo 1.113 del Código Civil.

IX.- Si bien lo expuesto en el considerando que antecede resulta suficiente para la condena con fundamento en la normativa civil, también entiendo que debe ser responsabilizada la empleadora con fundamento en el incumplimiento del deber de seguridad, sin que ello importe entrar a considerar la naturaleza jurídica de dicha responsabilidad, dado que no existe controversia al respecto.

En ese orden, el demandado ha basado su crítica a la sentencia tratando de demostrar que cumplió con la normativa vigente, y para ello, refirió a la entrega de los protectores auditivos, los cursos y capacitaciones efectuadas y lo que resulta de la prueba pertinente que le fuera favorable a su postura.

Ahora bien, sin dejar de reconocer que gran parte de lo afirmado por el quejoso es cierto, ya que se ha demostrado la



entrega de protectores auditivos, la realización de cursos y capacitaciones varias y el resultado de la pericial pertinente, entiendo que dos son las razones por las cuales no corresponde eximirlo de responsabilidad.

En primer lugar, y si como señaló, entregó protectores auditivos, lo cierto es que no se encuentra demostrada su pertinencia en función de las tareas y ruidos que debía soportar el trabajador.

Ello por cuanto, de los propios folletos adjuntados por la apelante surge que existen varios modelos del protector "copa" según las necesidades y en el caso, como dijo, no se sabe cual fue el modelo entregado.

Por otra parte, tampoco está acreditada su durabilidad, ya que el folleto señala que "la vida útil del protector auditivo se maximiza gracias a la disponibilidad de repuestos..." (ver fs. 663), lo cual revela que no necesariamente duran lo que manifestara la parte en su momento y que queda desvirtuado con la entrega en varias ocasiones de dichos aparatos.

Y por otro lado, lo cierto es que pareciera que su eficacia depende de la vida útil de sus componentes, dado que de lo contrario no hubiese resultado necesario aludir a dicho tema por parte del fabricante como se desprende del folleto aludido.

Pero de todas maneras, el argumento central por el cual no cabe eximirlo de responsabilidad es que el juez arriba a dicha conclusión con fundamento en que conocida la hipoacusia debió ser trasladado, el actor, a otras tareas no ruidosas conforme la normativa que menciona, y en relación a ello, no se advierte crítica alguna, con lo cual, dicho razonamiento ha quedado firme ante la Alzada.

Por lo tanto y en función de lo expuesto, es que entiendo pertinente la condena con fundamento en el incumplimiento del deber de seguridad.

X.- Corresponde a continuación examinar la situación de las aseguradoras de riesgos.

Sobre el punto, la jueza considera que las aseguradoras son responsables civil y solidariamente por el incumplimiento al deber de seguridad.

Dicha condena debe ser revocada, toda vez que la actora en momento alguno planteó que se condenara a ellas en los términos de la ley civil, ya que siempre pidió la aplicación a su respecto de la normativa de la ley de riesgos, como claramente se desprende de los términos de la demanda, la contestación de las defensas interpuestas por las aseguradoras y al responder los agravios.

En consecuencia, solamente corresponde que se las condene en los términos de la Ley de riesgos, tal como se postula en los respectivos escritos recursivos que dedujeran.

Como dentro del ámbito de la Ley de riesgos no es posible la existencia simultánea de dos aseguradoras con respecto a un mismo empleador, es que la condena comprenderá exclusivamente a la "Federación Patronal" dado que era la vigente cuando se desarrolló la patología del actor, y por compartirse lo manifestado por la restante aseguradora al expresar agravios.

En tales condiciones, y tal como hemos postulado en el precedente antes mencionado:

No obstante ello, cabe realizar ciertas precisiones, teniendo en cuenta que, como dijera anteriormente, la ART sólo habrá de responder en la medida del seguro.

Así se ha dicho: "La CSJN en el fallo "Recurso de Hecho Aquino Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ Accidente Ley 9688" de fecha 21/09/04, sostiene la inconstitucionalidad de lo dispuesto en el art. 39 LRT sobre la eximición de responsabilidad civil, aclarando que no acarrea la frustración de los elevados propósitos de automaticidad y celeridad del otorgamiento de las prestaciones perseguido por la ley 24557, y de allí no se sigue que las ART queden relevadas de satisfacer las obligaciones que han contraído en el marco de la citada ley, dejando el pronunciamiento intacta la posibilidad de que el empleador pueda encontrar protección en la medida de su aseguramiento." Autos: Guerra Segundo Antonio c/Deca Piazza S.A. s/Accidente Ley 9688. Magistrados: García Margalejo. Morell. Sala V- 24/02/2005 Exp.nº 16595/04. Sent.nº s.d. 67453. Idem Scba, L 85991 S. 12/10/2005. Juez: Kogan (op) "Vila, Dardo Osvaldo C/Fisco de la Provincia de Buenos Aires y Otro S/Declaración de Inconstitucionalidad y Daños y Perjuicios. Mag. Votantes: Roncoroni-Pettigiani-Kogan-Genoud-Hitters-Soria. También Scba, L 84402 S. 13/09/2006. Juez: Kogan (ma). "Barrientos, Eleno C/Transportes La Perlita S.A. S/Accidente de Trabajo. Mag. Votantes: Pettigiani-Kogan-Genoud-Hitters-Soria-Roncoroni-de Lázzari-Negri.



“Cabe concluir, pues, que lleva razón la apelante al resistir la condena solidaria con la empleadora por el total del monto reconocido como indemnización adecuada del daño, habida cuenta que la responsabilidad de la ART se encuentra limitada a los términos del seguro y no puede excederla.”

(“GONZALEZ ARIAS JOSE LISANDRO CONTRA LA GANADERA COLLON CURA S.A. S/ DAÑOS Y PERJUICIOS” del 19/6/07 Sala I).

En el mismo sentido, la Sala I de esta Cámara ha expresado en la causa N° 343.739/06:

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 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 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..."

Lo expuesto determina que los restantes agravios manifestados por la apelante QBE Argentina ART S.A. resulten abstractos, así como el planteo formulado por la otra aseguradora en relación a los cuestionamientos que formula en los tres primeros agravios, toda vez que ellos se encuentran fundados en la condena de Primera Instancia por la acción civil, pero no tienen relación si la condena es en los términos de la Ley de riesgos.

XI.- Corresponde examinar a continuación, el monto de la reparación.

Sobre el punto, la jueza considera pertinentes dos rubros indemnizatorios.

En primer lugar, concluye que la incapacidad sobreviniente del actor es del 34%, y tomando en cuenta su edad y los ingresos que resultan de los recibos de haberes de fs. 2041/2071, certificado de trabajo de fs. 2035, informe pericial contable de fs. 1628/1630, lo informado por la AFIP a fs. 1526/1528 y la facultad del artículo 165 del Código de rito, fija en \$4.500 el ingreso mensual y arriba a la suma total de \$194.000, procediendo a descontar lo abonado por la ART por un importe de \$21.186.

El segundo rubro se refiere al daño moral que determina en \$40.000.

La actora cuestiona el primer rubro con fundamento en el salario considerado.

Así, dice que la remuneración anterior a la invalidez ascendió a \$8.242,99 de agosto del 2.009 y que incluso el promedio mensual anterior era de \$6.604,83, conforme lo informa el perito contable.

También considera que debe sumarse la incapacidad psíquica del 40% según los elementos probatorios que indica, y que por ende, la incapacidad, al superar el 66% debe ser considerada como absoluta.

A su vez, la demandada considera que el actor había demandado con anterioridad a otra empleadora por incapacidad por una afección en su columna, y que no tiene la situación económica que alega en el juicio en función de las probanzas existentes en el beneficio de litigar sin gastos.

También "Federación Patronal" cuestiona el monto fijado por incapacidad, ya que entiende que la fórmula de la matemática financiera arroja un resultado menor.

Principio por señalar que la actora ha elegido voluntariamente la vía civil para lograr la reparación de los daños que se le ocasionaran, por lo cual, debe atenerse a los principios que rigen dicha órbita legal y sin que por ende pueda alegar a su favor los principios laborales; por lo que su pretensión de que se considere la existencia de una incapacidad absoluta no tendrá andamio por estar la reparación dentro de la órbita civil.

Tampoco tendrán andamios los cuestionamientos de la demandada.

Ello por cuanto, el hecho que haya padecido una incapacidad laboral en la columna y cuyo reclamo habría prosperado, ninguna relación tiene con el presente reclamo dado que se trata de dos afecciones distintas.

Tampoco puede admitirse los agravios referidos a su situación económica, toda vez que en el ámbito civil y para la aplicación de la fórmula de la matemática financiera como pauta de referencia a fin de determinar los daños derivados de su incapacidad se considera, entre otros elementos, el salario que percibía.

Con respecto a la aseguradora, y tal como señalé, dado el alcance de su condena, lo decidido no le causa agravio.

Corresponde ahora determinar el porcentaje de incapacidad, dado que mientras la sentenciante lo fija en un 34%, la actora plantea que debe considerarse el daño psicológico.

Pues bien, conforme los términos de la pericia psiquiátrica, así como los restantes informes psicológicos, en especial el informe de la Comisión Médica que consideró una incapacidad del 67,72% (de fs. 1325/1330), advierto que asiste razón parcialmente a la quejosa.



Ello por cuanto, los informes médicos son claros en señalar que la depresión que padece el actor tiene repercusión en distintas esferas de su persona y una de ellas es el ámbito laboral.

Así, la perito señala que tiene repercusiones en el ámbito psicológico, social y laboral, y lo mismo puede advertirse en los restantes informes.

Si bien en la pericia no se determinan los porcentajes en que se afecta cada esfera, considero que el mismo debe ser dividido por partes iguales, por lo cual, la incapacidad que afecta a su desempeño laboral asciende al 47,33%.

Ello no significa que los restantes ámbitos no merezcan ser indemnizados, pero lo serán dentro del daño moral dada que afectan la parte espiritual y no la económica.

En cuanto al sueldo a considerar también asiste razón al quejoso, toda vez que al aplicar la fórmula de la matemática financiera conforme las pautas que tiene sentadas esta Sala, debe tomarse el salario que corresponde a la fecha en que se determina la existencia de la incapacidad, y por lo tanto, debe estarse al informado a fs. 2064 que asciende a \$8.343,99.

Destaco que examinados períodos salariales anteriores y posteriores no advierto que exista elemento alguno que me permita apartarme de dicho importe, toda vez que los sueldos contienen ítems que persisten en la relación laboral.

Por lo tanto, y aplicando los demás parámetros que menciona la jueza y que no fueron cuestionados, reitero que los objetados por la actora eran el porcentaje y el salario, concluyo a que debe elevarse el monto en cuestión a la suma total de \$400.000,00.

Destaco que el hecho que la depresión no haya sido causado por el trabajo no significa que no deba ser reparada en el ámbito civil, toda vez que si bien comparto el análisis que al respecto formula la sentenciante, entiendo que constituye una consecuencia que debe ser considerada dentro de la reparación civil, ya que obedece a la situación generada por la hipoacusia y el despido consecuente, como al rechazo a la renovación del carnet para conducir y así como el actor no se beneficia de las ventajas derivadas del sistema de la Ley de riesgos del trabajo, tampoco puede ser perjudicado por la falta de relación laboral de ellas.

En cuanto al daño moral, y tomando en consideración los informes psicológicos, así como las pautas habituales de esta Cámara, entiendo que debe ser elevado a la suma de \$100.000.

Al monto final de \$500.000 debe descontarse lo percibido por el trabajador de las aseguradoras, tal como lo postula en su escrito de demanda y por un monto total de \$54.396, por lo cual, el monto de condena en relación a la empleadora se determina en la suma de \$445.604,00.

XII.- En relación a la aseguradora, ya se señaló que respondía en la medida del seguro.

Ahora bien, debe determinarse el porcentaje de incapacidad por el cual debe responder, y al respecto, considero que debe estarse al informado en la pericia médica, esto es, el 34%.

Ello por cuanto, la incapacidad derivada del cuadro depresivo no guarda relación con el trabajo dado que conforme lo señala la perito, la misma obedece al despido y a la pérdida auditiva, conforme se puede advertir del informe pericial aludido.

En tal supuesto, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial contable en cuanto determina un ingreso base de \$6.604,83 –que no se encuentra cuestionado– y conforme la normativa vigente y aplicando el decreto 1694/09, es que la suma que deberá abonar la ART asciende a \$140.442,45 que se reduce por lo ya pagado al actor al importe de \$86.046,45.

XIII.- En cuanto al agravio de la demandada relacionada con la pluspetición debe ser desestimado, por no darse los presupuestos de la norma en cuestión, habiendo señalado esta Sala con anterioridad que el presente no era un reclamo por monto determinado.

En cuanto al agravio de la aseguradora relacionado con las costas, tampoco puede prosperar. Ello, y mas allá de que deberán readecuarse los honorarios de los profesionales intervinientes por no darse los supuestos invocados por el quejoso y por cuanto para la consideración de una posible confiscatoriedad, deben tenerse en cuenta los honorarios de los profesionales de la parte ganadora y no los de quienes han representado a la parte perdidosa, por lo cual, no se arriba al porcentaje señalado por el quejoso.



Finalmente, y en lo que se refiere a los intereses, deben computarse desde que se determinó la existencia de la incapacidad y se fijaron los importes indemnizatorios, esto es, desde el primero de septiembre del 2.009, ya que el propio actor requirió la determinación de la incapacidad en dicha fecha (al requerir el salario de agosto del 2.009) y por tratarse de una enfermedad con causa laboral. La tasa que se aplicará será la activa del Banco Provincia del Neuquén, conforme criterio unánime de la Cámara.

XIV.- Por las razones expuestas propongo: 1) se confirme la sentencia en lo sustancial, 2) se desestime la demanda contra QBE Argentina ART SA, con costas en el orden causado y tomando como base el monto que debió haber pagado de haber sido condenada, con más sus intereses, 3) se condene a Servicios Petroleros Uribe SA a abonar la suma de \$445.604,00 con más sus intereses en la forma fijada en el considerando XIII, 4) se condene a Federación Patronal Seguros SA a abonar la suma de \$86.046,45, con más sus intereses a la tasa fijada en el considerando XIII, importe éste que al ser pagado se deducirá de la suma de condena de la demandada aludida en el punto 3, 5) se impongan las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora en relación al monto de condena de cada una, 6) se dejen sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a su determinación para cuando se practique la correspondiente liquidación; correspondiendo tomar como base regulatoria el monto de condena que se fija en el punto 3 con más sus intereses, y en relación a los profesionales de la aseguradora se determinarán en base al monto de condena de su cliente con más sus intereses.

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 de fs. 2354/2371, en lo sustancial, desestimándose la demanda contra QBE Argentina ART SA, con costas en el orden causado y tomando como base el monto que debió haber pagado de haber sido condenada, con más sus intereses, condenándose a Servicios Petroleros Uribe SA a abonar la suma de \$445.604,00 con más sus intereses en la forma fijada en el considerando XIII, y condenándose a Federación Patronal Seguros SA a abonar la suma de \$86.046,45 con más sus intereses a la tasa fijada en el considerando XIII, importe éste que al ser pagado se deducirá de la suma de condena de la demandada aludida en el punto 3.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada y su aseguradora, en relación al monto de condena de cada una.

III.- Dejar sin efecto los honorarios de los profesionales intervinientes, procediéndose a su determinación para cuando se practique la correspondiente liquidación en el modo y sobre la base indicada en el considerando XIV punto 6).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO C/ MORENO CARLOS EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"
y los acumulados "VAZQUEZ ESTELA Y OTRO C/ DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 390658/2009) – Sentencia: 48/16 – Fecha: 19/04/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.



ACCIDENTE DE TRANSITO. CRUCE DE RUTA. CULPA DE LA VICTIMA. VELOCIDAD. SEMAFORO EN LUZ ROJA. PRIORIDAD DE PASO. PERDIDA DE LA PRIORIDAD DE PASO. INDEMNIZACION. VALORACION DE LA PRUEBA.

- 1.- El actor resulta ser el responsable del accidente de tránsito, pues, si bien el demandado circulaba a una velocidad superior a la permitida, ninguna relación de causalidad tiene ello frente a la gravedad de la falta cometida por el actor, quien desaprensivamente cruza una ruta nacional con el semáforo en rojo.
- 2.- La prioridad de paso del actor que circulaba por la derecha y cruzó con el semáforo en luz roja resulta inaplicable al sub lite atento lo claramente previsto por el artículo 41 inciso a y 44 inciso a) apartado 2 de la Ley de tránsito.
- 3.- En cuanto al monto que corresponde otorgar por la incapacidad física -de la madre-, cabe recordar que las Salas de esta Cámara y con independencia de la fórmula aplicable, siempre han sostenido que las mismas constituyen una pauta de referencia, razón por la cual, el resultado puede ser aumentado o disminuido en función de las circunstancias del caso, no resultando admisible el supuesto error en el resultado a que alude la quejosa.
- 4.- Con respecto a la cuantía de la indemnización -del menor-, y más allá de que en la demanda no se indicaron los parámetros que se postulaban, toda vez que en relación al tema no medió crítica por la obligada al pago -ya que cuestionó su procedencia por violación del principio de congruencia- entiendo que caben iguales consideraciones que se hicieran al analizar el tema por parte de la madre. Esto es, no hay error, toda vez que la fórmula de la matemática financiera es una pauta orientativa y no significa que deba acaerse su resultado exacto.

Texto completo:

NEUQUEN, 19 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO C/ MORENO CARLOS EDUARDO Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 390658/2009) y los acumulados "VAZQUEZ ESTELA Y OTRO C/ DE LAURENTIS NICOLAS ROBERTO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. N° 418357/2010), 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 590/600 rechaza la demanda deducida por Nicolás Roberto De Laurentis, con costas. Asimismo, hace lugar a la pretensión de Estela Vázquez e Ignacio Sebastián Cabeza y, en consecuencia, condena a Nicolás Roberto De Laurentis y La Caja de Seguros SA a abonar la suma de \$70.989 a la primera y de \$113.278 al segundo, con costas.

La decisión es apelada por la aseguradora en los términos que resultan del escrito de fs. 629/631, la actora De Laurentis a fs. 632/643 y la actora Vázquez a fs. 637/643.

II.- Agravios del actor De Laurentis.

En primer lugar, sostiene que la jueza interpretó erróneamente el informe pericial de fs. 336/342 ya que surge que el demandado Moreno circulaba a una velocidad superior a la máxima permitida, fundando luego las razones por las



cuales el juez no puede apartarse de lo dictaminado por el perito.

Agrega luego que existió errónea valoración de la prueba producida, por cuanto se valoró a la prueba testimonial por encima de la pericial.

Afirma que existió errónea determinación de la responsabilidad de la víctima, y que si hubiera circulado a velocidad reglamentaria el accidente no se hubiera producido, no habiendo el demandado obrado con cuidado y previsión.

Por último considera que la jueza no ha tenido en cuenta los precedentes del Tribunal Superior de Justicia y la Cámara con relación a la prioridad de paso.

III.- Agravios del actor Vázquez.

El primer agravio se refiere a que se consideró una errónea valoración e interpretación de los rubros daño moral y psicológico, al subsumir el primero en el segundo.

Así, dice que el licenciado ... demuestra que la patología es permanente y que afectó la psiquis de los damnificados, por lo que se debió incluir en el caso de la progenitora el grado de minusvalía fijado por el experto.

Alude luego a lo que considera que es el daño moral, y las diferencias entre este y el daño psicológico, máxime que el primero no requiere de prueba.

El segundo agravio consiste en considerar que hubo error u omisión en el monto del cálculo de la incapacidad, ya que debió considerar el grado de incapacidad psicológico.

Señala que aun tomando como incapacidad la minusvalía física, existe un error en el resultado ya que la aplicación de la fórmula arriba a \$24.736,57 y no el monto consignado en la sentencia.

En cuanto al cálculo de la incapacidad relacionada con el menor, considera que también existe un error ya que el resultado de la fórmula asciende a \$70.718.

IV.- Agravios de la aseguradora del actor de Laurentis referidos a la demanda deducida por Vázquez.

Cuestiona la procedencia del reclamo por incapacidad del menor dado que el mismo no fue reclamado, por lo cual, se viola el principio de congruencia.

En segundo lugar, cuestiona el monto del daño moral fijado para el menor.

V.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, corresponde considerar los agravios deducidos por De Laurentis referidos a la responsabilidad que le cabe al demandado Moreno en el accidente.

Pues bien, de la sentencia dictada por la jueza interviniente resulta que se consideró responsable del hecho a De Laurentis, por cuanto cruzo el semáforo cuando no le estaba permitido.

Dicho hecho, el cruce indebido por no permitirlo la señal luminosa, no se encuentra cuestionado por el quejoso dado que solamente argumenta para fundar la responsabilidad del otro partícipe del hecho en la velocidad a la que circulaba y en no respetar la prioridad de paso.

En relación al primer argumento, y si bien Moreno circulaba a una velocidad superior a la permitida, ninguna relación de causalidad tiene ello frente a la gravedad de la falta cometida por el actor De Laurentis, quien desaprensivamente cruza una ruta nacional con el semáforo en rojo.

Considero que resulta inadmisibles pretender que quien circula contando a su favor con la señal luminosa que le habilita el paso por una ruta no puede prever que exista un conductor que desafíe tranquilamente la prohibición derivada de tener impedido el paso por la existencia del semáforo en rojo, y que la gravedad de dicha falta importa asegurar la responsabilidad total en la conducta manifiestamente imprudente de dicho conductor, tal como lo señaláramos recientemente en la causa N° 467450/2012 del 22 de diciembre del 2015 en un supuesto similar.

Con respecto al segundo agravio, tampoco tendrá andamio, toda vez que la prioridad de paso del que circula por la derecha es inaplicable en el supuesto en análisis atento lo claramente previsto por el artículo 41 inciso a y 44 inciso a) apartado 2 de la Ley de tránsito.

VI.- Determinación de la indemnización a favor de Estela Vázquez.

En primer lugar, y con relación al planteo formulado por la actora que se considere en forma autónoma al daño psicológico, no tendrá andamio conforme lo ha señalado en reiteradas oportunidades esta Sala.

Así en el precedente 431193/2010 del 17 de marzo del corriente año se dijo:



Con respecto al daño estético y psicológico como autónomos cabe recordar que, esta Sala, desde hace tiempo, ha señalado que los mismos no tienen dicha categoría y que, por ende, no constituyen daños que deban ser reparados en forma independiente, sin perjuicio, claro está, que deban ser considerados y ponderados según que incidan en el daño patrimonial o moral.

Así dijimos:

"Respecto a la falta de autonomía del daño psicológico con relación al daño moral, hemos sostenido en la causa "VALDEBENITO" (Expte. n° 350755/7, entre tantas otras).

"Esta Sala ha desestimado en reiteradas oportunidades el reclamo del daño psicológico como daño autónomo, sin perjuicio de valorarlo dentro del daño moral o patrimonial según corresponda."

"Así hemos dicho en la causa 325778/5: "Respecto a la cuestión del daño psicológico, la sentencia apelada recepta la doctrina de esta Sala respecto a no reconocer su carácter autónomo."

"...El daño psíquico no tiene entidad autónoma distinta del daño material y moral. Además de generar daño moral por lesionar la espiritualidad del sujeto, que es lo que se repara con la indemnización por daño moral, puede ocasionar lucro cesante si afecta la capacidad para obtener ganancias en una actividad lucrativa. Cuando ello no ocurra se trata de un daño extrapatrimonial que debe considerarse para la fijación del daño moral (Cfe. CNCiv., Sala G 22-3-95, DJ del 7-2-96). Si bien no se desconoce la existencia de posturas contrarias a la aquí expuesta, destaco que esta Cámara no las comparte (PS.-94-I-157-Sala II).

Es que debe tenerse en cuenta que el hombre es un compuesto de cuerpo y alma pero que no interviene un tercer componente y que, la psiquis, en definitiva constituye una manifestación de su espíritu cuyas lesiones se encuentran compensadas por el daño moral." (OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -III- 421/427, SALA II, CC0002 NQ, CA 932 RSD-421-96 S 4-7-96, Juez GIGENA BASOMBRIO (SD), CABRERA RAMON CARLOS c/ EMPRESA EL ÑANDU S.R.L. Y OTRO s/ DAÑOS Y PERJUICIOS, MAG. VOTANTES: GIGENA BASOMBRIO – GARCIA)."

En el mismo sentido se ha pronunciado la Sala I, al indicar en la causa sentenciada el 15 de diciembre de 2015, expediente N° 398329/2009:

Además: "según insistimos más adelante, emplazar un daño psíquico, estético u otro biológico como resarcible per se, con abstracción de secuelas vitales, conduciría a automatizar las indemnizaciones, que se fijarían sin más, según la gravedad intrínseca de la patología, pero ignorando indebidamente como incide en la situación concreta de la víctima... (cfr. ZAVALA de GONZÁLEZ Matilde, Relevancia cuantitativa del daño, RCyS 2012-II,95)". (cfr. MONSALVEZ GABRIELA ELIZABETH C/ SANTAMARINA RAUL HORACIO Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", EXP N° 395793/9. Ver también criterio de esta Sala en "PARRA MATIAS c. VICTORIA ZAMORA ESTEBAN s/ D.Y P.", EXP N° 411950/10, "BARAVALLE MIGUEL c. DELGADO ACUÑA JORGE S/ D. Y P.", EXP N° 351035/7, "JARA JAIME c. NAVARRO RUBEN S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXP N° 321577/5).

Como se observa, la comprensión del tema exige recurrir a una distinción: la lesión –en el caso, detrimento psicológico- y sus consecuencias, patrimoniales o morales. Estas últimas configuran, propiamente, el daño resarcible y sus especies. Debe discriminarse la materia afectada por el hecho y la materia sobre la cual versa el resarcimiento, la cual consiste en un resultado de aquélla (cfr., ob. cit., p. 257).

En esta línea, como ha señalado la Sala II: "el daño psíquico y otros cuya autonomía parte de la doctrina reclama -los daños estéticos, sexuales "al proyecto de vida"- encuentran adecuada proyección al ámbito de lo patrimonial o de lo moral, sin que para su justa compensación se requiera su conceptualización autónoma.

Así: "La pretendida autonomía de estas categorías deviene (en nuestra opinión) de una incorrecta valoración del concepto de daño, ya que apunta a la entidad de los bienes menoscabados más que a los intereses conculcados y, especialmente, a las consecuencias que genera la lesión" ("Daño Moral" Ramón Daniel Pizarro- Hammurabi- pág. 71)...." (cfr. autos "Defrini" 19/08/2008).

Por estas consideraciones, que son trasladables al caso, entiendo que la ponderación de la afectación psicológica incidirá en el plano moral, pero su resarcimiento en forma autónoma, en términos generales, determinaría una duplicación indemnizatoria sin causa y por lo tanto, injusta.



7.2. Como lo adelantara, el hecho de que no pueda propiciarse una duplicación de las indemnizaciones, no significa que no deba meritarse bajo un correcto encuadre como daño moral.

Porque, en definitiva, si se otorga una indemnización por un daño que no sufrió, aquél que percibiera la indemnización estaría enriqueciéndose sin causa. Pero igualmente claro es que la indemnización a otorgar por los daños sufridos debe ser la del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos. (la negrita me pertenece).

En tal sentido, los agravios dirigidos a cuestionar la postura de la jueza en relación al tema no tendrán andamio, sin perjuicio de examinar su incidencia con respecto a la posible afectación en el ámbito patrimonial o extra patrimonial.

De ese modo, y tomando en consideración lo que resulta de la pericial psicológica en cuanto expresa que "la herida de la que debemos ocuparnos es de tipo moral" (fs. 315), resulta claro que el daño tiene incidencia en forma exclusiva en el aspecto espiritual y por lo tanto la postura de la jueza de incluirlo dentro del rubro daño moral es correcta.

Cabe acotar que la jueza admitió el reclamo derivado de los gastos de sesiones para el tratamiento psicológico por el importe pretendido de \$18.000, razón por la cual, ningún agravio le ocasiona a la actora.

En cuanto al monto que corresponde otorgar por la incapacidad física, cabe recordar que las Salas de esta Cámara y con independencia de la fórmula aplicable, siempre han sostenido que las mismas constituyen una pauta de referencia, razón por la cual, el resultado puede ser aumentado o disminuido en función de las circunstancias del caso, no resultando admisible el supuesto error en el resultado a que alude la quejosa.

Finalmente, y en lo que se refiere al daño moral y su monto dado que no se esgrimió crítica alguna, no resulta pertinente su modificación.

VII.- Determinación de la indemnización del menor.

Cuestiona la aseguradora de De Laurentis la procedencia de la incapacidad del menor por violación del principio de congruencia, dado que dicho rubro no fue reclamado.

No comparto la crítica que vierte el apelante, por cuanto estimo que, si bien en forma poco clara, lo cierto es que de los términos de la pretensión surge que dicho rubro fue reclamado.

Así la actora Vázquez demanda por sí y en representación de su hijo menor extremo este que no encuentro cuestionado durante el proceso.

De acuerdo a lo expresado a fs. 7 último párrafo, señala la existencia del infortunio del que fuera víctima con su pequeño hijo, a fs. 7 vta. último párrafo señala que deben evaluarse las consecuencias psicológicas que presenta el menor como consecuencia del accidente, a fs. 12 punto VI -al comienzo- señala que "viene por este medio a solicitar la reparación integral por los daños y perjuicios que el evitable accidente ocasionara: a saber el daño físico sufrido por la Sra. Vázquez y su pequeño hijo Cabezas" y a fs. 20 vta. al ofrecer la prueba pericial médica alude expresamente a la situación médica del menor.

Tales manifestaciones permiten sustentar que el reclamo por incapacidad física fue efectivamente introducido por la demandante, si bien es cierto que en momento alguno los letrados de la actora indican el monto que reclaman o las pautas a tener en cuenta para determinar su cuantía.

Así las cosas, considero que los cuestionamientos que formula la quejosa en relación al ítem en cuestión no pueden tener andamio, toda vez que el reclamo se introdujo bien que sin cuantificar, pero éste último aspecto no impide considerar su procedencia.

Con respecto a la cuantía de la indemnización, y más allá de que en la demanda no se indicaron los parámetros que se postulaban, toda vez que en relación al tema no medió crítica por la obligada al pago -ya que cuestionó su procedencia por violación del principio de congruencia- entiendo que caben iguales consideraciones que se hicieran al analizar el tema por parte de la madre. Esto es, no hay error, toda vez que la fórmula de la matemática financiera es una pauta orientativa y no significa que deba aceptarse su resultado exacto.

En cuanto al monto del daño moral, cuestionado por la aseguradora, entiendo que en función de los parámetros habitualmente utilizados por la Sala y lo que resulta de la pericial psicológica, la suma fijada es adecuada.

VII.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas en el orden causado en relación al proceso iniciado por Vázquez y el menor atento el resultado de los recursos deducidos, y a la



actora De Laurentis en el juicio que dedujera. Los honorarios se fijarán en base al artículo 15 de la ley 1.594 con respecto al segundo proceso citado, difiriéndose los del juicio deducido por Vázquez 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 de fs. 590/600, en todas sus partes.

II.- Imponer las costas en el orden causado en relación al proceso iniciado por Vázquez y el menor atento el resultado de los recursos deducidos y a la actora de Laurentis en el juicio que dedujera.

III.- Fijar los honorarios profesionales en base con respecto al proceso iniciado por De Laurentis, en el 30% de lo regulado en la primera instancia; difiriéndose los del juicio deducido por Vázquez, para su oportunidad (art. 15, ley 1.594).

IV.- 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](#)

"MARCOTE ALFREDO LUIS Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DEL NEUQUEN S/ SUMARISIMO ARTS. 47 Y 52 LEY 23551" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 503395/2014) – Sentencia: 49/16 – Fecha: 19/04/2016

DERECHO LABORAL: Derecho colectivo del trabajo.

SINDICATOS. CLAUSURA DE SEDE. PRACTICA DESLEAL. IMPROCEDENCIA.

Cabe confirmar la sentencia de grado que rechaza la demanda iniciada cuya pretensión por quien esgrime ser secretario general de la junta interna del EPEN y el secretario general de ATE nacional, consiste en que se disponga el cese de las actividades antisindicales del EPEN y que consiste en que la empresa decidió la clausura de la sede en que funcionaba la conducción del sindicato en su sede central, fundando su solicitud en lo dispuesto por el art. 53 de la Ley sindical, entre otras normas; pues el solo hecho de que la empresa hubiera modificado el lugar a otorgar a fin de que funcione el sindicato en modo alguno supone una práctica desleal desde el momento en que contó con la conformidad del sindicato, según se reconoce de la prueba producida y lo admiten los quejosos. Tampoco se advierte discriminación alguna en relación a la medida adoptada por la empresa, toda vez que si bien es cierto que el local no se encuentra en la sede central, lo que establece el convenio es una preferencia y no una decisión invariable.

Texto completo:



NEUQUEN, 19 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARCOTE ALFREDO LUIS Y OTRO C/ ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DEL NEUQUEN S/ SUMARISIMO ARTS. 47 Y 52 LEY 23551", (Expte. N° 503395/2014), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 263/270 rechaza la acción deducida por los actores, con costas.

La decisión fue apelada por la accionante en los términos que resultan del escrito de fs. 275/279, y cuyo traslado ha sido respondido a fs. 281/284.

II.- Sostienen los quejosos que son las singularidades empresariales las que toman de vital importancia el mantenimiento del espacio físico que les fue otorgado con anterioridad en la sede central, y que modificarlo no hace más que cumplir con las necesidades de la empresa quien se mete en la vida intrasindical, y la conformidad que presta un sector no representativo de las mayorías dentro de la empresa no hacen más que ratificar sus afirmaciones.

Si bien la jueza sostiene que la decisión contó con la conformidad del secretario general de ATE, omite considerar la expresa oposición formulada por la junta interna de la empresa y la del secretario general de ATE CDN.

Vuelve a reiterar que la empresa se metió en la vida interna del sindicato tomando partido por una de las partes, aprovechando para desalojar a la junta interna, y ello constituye una práctica desleal y violatoria de lo dispuesto por los art. 44.a y 53.b de la L.A.S. y el CCT en cuanto a la preferencia de otorgar un espacio físico en la sede central de la institución.

Alude luego a las declaraciones testimoniales que ratifican la intromisión de la empresa, y afirma que la expulsión desalojo configura una práctica desleal arbitraria y persecutoria de las actividades gremiales de quienes ostentan la mayor representatividad dentro de la empresa.

Finalmente, cuestiona los honorarios regulados por considerarlos elevados.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, y analizados los agravios en base a los términos de la pretensión y la prueba producida, considero que la sentencia resulta ajustada a derecho, y por ende, debe ser confirmada.

Como bien lo señala la jueza y lo remarca en forma reiterada el apelante, resulta evidente que existe un conflicto entre la conducción a la que pertenece Marcote y la nacional y la seccional local del sindicato pero, como se sostiene, dicha cuestión resulta ajena al presente proceso, sin perjuicio de que quizá explica la conducta de los involucrados.

Como no advierto que la jueza haya analizado el conflicto entre los distintos componentes del sindicato, las manifestaciones que al respecto se vierten no parecieran relevantes a los fines del análisis del recurso.

La demanda se inicia por la pretensión deducida por quien esgrime ser secretario general de la junta interna del EPEN y el secretario general de ATE nacional, a fin de que se disponga el cese de las actividades antisindicales del EPEN y que consiste en que la empresa decidió la clausura de la sede en que funcionaba la conducción del sindicato en su sede central. Se funda la solicitud en lo dispuesto por el art. 53 de la Ley sindical, entre otras normas.

Ahora bien, el hecho no se encuentra controvertido desde el momento en que la propia empresa lo admitió pero puntualizando que, además, se dispuso la existencia de un espacio físico para que funcione el sindicato en la sede de Zapala, hecho este que tampoco encuentro controvertido.

La cuestión a considerar es si dicha decisión empresaria constituye una práctica desleal.

Se ha dicho en la causa 354195/7 de la Sala I el 8 de julio del 2.009 que:

"Ingresando al estudio de la cuestión planteada, debemos aclarar que el tema en debate tiene la protección de la Constitución Nacional (Art. 14 bis) y del Convenio 98 de la OIT.

El mencionado convenio que ha sido ratificado por el decreto ley 11594/56 y que hoy se encuentra inserto dentro del Bloque Constitucional de las normativas de Derechos Humanos, establece en su Art. 1 "Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical con relación



al empleo." Y en su Art. 2 determina: "Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo."

Dicho convenio de la OIT refiere a la práctica antisindical; en cambio la ley 23551 alude a un concepto más amplio, cual es el de la práctica desleal.

Entonces: ¿Qué debe entenderse por prácticas desleales?

Se han definido así las prácticas desleales como "las acciones u omisiones contrarias a la ética de las relaciones del trabajo" (LOPEZ, G.A.F., Derecho de las asociaciones sindicales, Ed. La Ley, 1988, pág 114). "Máximo Daniel Monzón ha definido a las prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo como "toda conducta del empleador que directa e indirectamente se halle dirigida a menospreciar, perturbar u obstruir la acción y el desarrollo de las asociaciones profesionales y de los derechos que, en su consecuencia, se reconocen a los individuos." (Monzón, Máximo D., Las prácticas desleales a través de las decisiones del consejo Nacional de Relaciones Profesionales, DT 1952, p. 584, citado por Corte Néstor T., El modelo sindical argentino, pág. 504).

Elas están consagradas legislativamente en la norma del Artículo 53.— "Serán consideradas prácticas desleales y contrarias a la ética de las relaciones profesionales del trabajo por parte de los empleadores, o en su caso, de las asociaciones profesionales que los represente: a) Subvencionar en forma directa o indirecta a una asociación sindical de trabajadores; b) Intervenir o interferir en la constitución, funcionamiento o administración de un ente de este tipo; c) Obstruir, dificultar o impedir la afiliación de los trabajadores a una de las asociaciones por ésta reguladas; d) Promover o auspiciar la afiliación de los trabajadores a determinada asociación sindical; e) Adoptar represalias contra los trabajadores en razón de su participación en medidas legítimas de acción sindical o en otras actividades sindicales o de haber acusado, testimoniado o intervenido en los procedimientos vinculados a juzgamiento de las prácticas desleales; f) Rehusarse a negociar colectivamente con la asociación sindical capacitada para hacerlo o provocar dilaciones que tiendan a obstruir el proceso de negociación; g) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de su personal, con el fin de impedir o dificultar el ejercicio de los derechos a que se refiere esta ley; h) Negar a reservar el empleo o no permitir que el trabajador reanude la prestación de los servicios cuando hubiese terminado de estar en uso de la licencia por desempeño de funciones gremiales; i) Despedir, suspender o modificar las condiciones de trabajo de los representantes sindicales que gocen de estabilidad de acuerdo con los términos establecidos por este régimen cuando las causas del despido, suspensión o modificación no sean de aplicación general o simultánea a todo el personal; j) Practicar trato discriminatorio, cualquiera sea su forma, en razón del ejercicio de los derechos sindicales tutelados por este régimen; k) Negarse a suministrar la nómina del personal a los efectos de la elección de los delegados del mismo en los lugares de trabajo."

A su vez, el convenio colectivo para el personal del EPEN dispone que la empresa dispondrá para el uso del sindicato que posea mayor representatividad una oficina para el desarrollo de su gestión y que, de preferencia, se ubicará en la sede central.

Así, el solo hecho de que la empresa hubiera modificado el lugar a otorgar a fin de que funcione el sindicato en modo alguno supone una práctica desleal desde el momento en que contó con la conformidad del sindicato, según se reconoce de la prueba producida y lo admiten los quejosos.

Por otro lado, la situación de enfrentamiento entre la comisión interna de la empresa y el sindicato local, según se indica en la demanda y la expresión de agravios, además de resultar una cuestión ajena al análisis jurídico del presente proceso, si bien tal vez explica la postura de ambos, en modo alguno priva de efectos jurídicos a la conformidad brindada por el sindicato local.

El argumento de que no se habría decidido la conformidad en el plenario de delegados resulta ajeno al análisis del presente y a las partes, ya que ello supondría que la empresa podría intervenir en la vida interna del sindicato, algo que los propios actores rechazan.



Y en todo caso tampoco media conformidad de los integrantes de la comisión interna de la empresa, ya que Marcote esgrime su carácter de secretario general pero sin alegar ni adjuntar acta alguna que suponga un respaldo de la comisión a su gestión –sin perjuicio de señalar que su mandato se encuentra largamente vencido-. Y lo mismo sucede con Fuentes, por lo cual, si la objeción vale para el sindicato local, lo mismo sucede con respecto a los actores.

Tampoco se advierte discriminación alguna en relación a la medida adoptada por la empresa, toda vez que si bien es cierto que el local no se encuentra en la sede central, lo que establece el convenio es una preferencia y no una decisión invariable.

Por otra parte, y conforme se esgrime en la nota fundante en la decisión y sin que ello fuera rebatido, la mayoría de los delegados residen en el interior de la provincia, y se alude a una mejora en la distribución de los espacios en la sede central mejorando las condiciones de trabajo del personal, cuestiones estas que no fueron debidamente objetadas y desacreditadas por los apelantes.

En definitiva, no advierto que la decisión empresaria, con la conformidad gremial, constituya una práctica desleal en los términos del art. 53 de la ley y el convenio que rige la actividad de los trabajadores de la empresa.

En cuanto a la apelación arancelaria, tampoco tendrá andamio, toda vez que si bien los honorarios fijados superan el equivalente a 20 jus, lo que la ley fija es una suma mínima, por lo cual, y en función de las pautas del artículo 6 de la Ley arancelaria puede elevarse dicho importe, y en el caso y en función de los planteos existentes, considero acertada la decisión de la jueza.

III.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la actora, debiendo regularse los honorarios en base a lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 1.594.

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 de fs. 273/270, en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora, en su calidad de vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de lo regulado en la primera instancia (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. FEDERICO GIGENA BASOMBRIÓ - Dra. PATRICIA CLERICI

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN C/ IANTOSCA ANDREA SILVINA 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.: 470991/2012) – Sentencia: 52/16 – Fecha: 19/04/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. COLISION ENTRE AUTOMOVIL Y BICICLETA. PRIORIDAD DE PASO. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA DE LA VICTIMA.

1.- Desde la óptica de las normas legales que reglan la circulación vehicular, y



conforme lo ha entendido el a quo, ha existido una conducta de la víctima que tiene entidad suficiente como para romper el nexo causal entre la cosa riesgosa y el daño sufrido.

2.- El uso de la bicicleta, en cuanto vehículo autorizado a circular por la vía pública, obliga a su conductor a cumplir acabadamente con las normas de la Ley 24.449.

3.- La actora ha infringido, entonces, la regla primera del tránsito vehicular: la prioridad de paso la tenía el vehículo de la demandada. Pero, además, por conducir un vehículo de tracción a sangre, el ciclista carece de prioridad de paso en toda circunstancia.

4.- Si bien es cierto que puede asimilarse al conductor de la bicicleta con un peatón, la actora no estaba cruzando por la senda peatonal, circunstancia prevista como excepción a la regla antedicha en el art. 41 inc. e) de la Ley 24.449, sino que circulaba por la calzada como cualquier otro vehículo. La conclusión es, entonces, clara. La actora debió detener su marcha y ceder el paso al vehículo que cruzaba desde la derecha. Conclusión que se impone con mayor énfasis si se observa la ubicación de los vehículos en el momento del impacto que ilustra el croquis. El automotor de la demandada prácticamente había cruzado el boulevard, por lo que la actora no pudo advertir su presencia, si es que se encontraba atenta a las vicisitudes del tráfico.

5.- El no uso del casco por la conductora de la bicicleta no se encuentra acreditado, esta falta puede tener incidencia sobre la extensión del daño, pero no influye en la atribución de responsabilidad en la producción del accidente.

6.- Más allá que muchos de los hechos atribuidos a la víctima a efectos de demostrar su culpa no se encuentran probados, la mecánica del accidente determinada en el informe pericial en accidentología pone de manifiesto que ha existido, por parte de la demandante, una conducta antirreglamentaria e imprudente, que tiene entidad suficiente como para romper el nexo causal entre el riesgo de la cosa y el daño.

Texto completo:

NEUQUEN, 19 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CONTRERAS TRINIDAD DEL CARMEN C/ IANTOSCA ANDREA SILVINA S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. N° 470991/2012), 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. 231/235 vta., que hace lugar parcialmente a la demanda, con costas a la demandada.

a) La parte demandada se agravia por la distribución de responsabilidad que se realiza en el fallo de grado, en un 50% para cada uno de los intervinientes en el siniestro.

Dice que si bien es cierto que el perito en accidentología sostiene que la actora no circulaba por un lugar prohibido, resulta evidente que no observaba las normas que regulan el tránsito de vehículos de tracción a sangre sobre las rutas.



Sigue diciendo que resulta claro que la demandante circulaba por la Ruta Provincial n° 7, en su inicio, y agrega que un ciclista tiene que extremar las precauciones para circular por ese lugar.

Entiende que quizás debió circular por la banquina, y no por la calzada, y en sentido contrario a la circulación vehicular, en tanto se lo debe asimilar a un peatón.

Manifiesta que surge de autos que la actora carecía de luces y casco protector, incumpliendo las obligaciones del art. 40 de la Ley Nacional de Tránsito.

Se agravia porque el a quo ha considerado que el demandado fue el embistente cuando el perito no ha sido categórico en su afirmación. Aclara que los dichos del experto no se encuentran debidamente fundados, en tanto que la pericia fue impugnada oportunamente.

Sostiene que teniendo en cuenta los daños que presentan los vehículos, surge que la bicicleta embistió a manera de rozamiento al vehículo.

Concluye en que fue la actora quién, con su conducta, ocasionó el accidente. A todo evento, estima que el porcentaje de responsabilidad de la demandante en la producción del siniestro debe ser superior al determinado en el fallo recurrido.

Formula queja porque el a quo aceptó la pericia del Dr. ..., afirmando que la impugnación fue contestada en forma solvente y con rigurosidad científica.

Indica que la pericia fue presentada por un perito que había sido removido del cargo, y que el supuesto rigor científico del experto se basa en las manifestaciones de la actora referidas al dolor, las que son improbables.

Llama la atención sobre que la supuesta limitación funcional de la rodilla estaría ocasionada únicamente por el dolor, no habiendo sido comprobada científicamente, sino que fue la actora la que estableció el límite a la maniobra diciendo que sentía dolor.

Señala que el perito dijo que para determinar la etiología de la limitación funcional se debía realizar una RMN de rodilla izquierda, estudio que no solicitó.

Considera que el perito no pudo determinar en forma fehaciente si la limitación es consecuencia o no del accidente. Agrega que el experto dijo que la actora estuvo internada 24 horas, cuando ello no surge de la prueba informativa al Hospital Castro Rendón.

Se agravia por la suma de \$ 40.000,00 fijada por el juez de grado como indemnización por la incapacidad física; como así también por el reconocimiento del daño moral, psíquico y estético, cuando no existen pruebas sobre ello.

Afirma que el juez de primera instancia cita como única referencia lo dicho por el perito médico, lo que resulta insuficiente y carente de valor probatorio.

Se queja de la procedencia del reclamo por asistencia farmacéutica y terapéutica, entendiendo que los dichos del perito respecto a que los montos podrían ser verosímiles resultan insuficientes para acreditar la existencia de los gastos.

Cuestiona que la sentencia apelada haga lugar al pago de la bicicleta, cuando no está acreditado que la misma haya sufrido daños y que, en todos los casos, éstos resulten irreparables. Precisa que ni siquiera se ha probado que la bicicleta haya sido de las características de la tasada en el informe. Entiende que es injusto fijar el valor de reposición en una bicicleta nueva, cuando se trata de un birodado usado.

b) La parte actora se agravia por considerar que la sentencia de grado interpreta la prueba excediendo los límites de la razonabilidad, contradiciendo las constancias de la causa y prescindiendo de prueba esencial.

Señala que la demandada sentó su defensa en determinadas premisas, ninguna de ellas acreditada.

Dice que la pericia en accidentología determinó que el automóvil fue el embistente, no habiéndose probado que la actora circulara violando las reglas de tránsito, ni por un lugar prohibido para la circulación de bicicletas.

Agrega que tampoco fue probado que la actora circulara sin casco protector y sin luces reglamentarias, y bajo un tratamiento psicológico que le impedía conducir.

Precisa los recaudos para apartarse de los informes periciales, sosteniendo que el a quo ha transgredido las reglas de la sana crítica.

Califica como arbitraria la conclusión del sentenciante de grado respecto a la existencia de culpa concurrente.



Afirma que la sentencia apelada interpreta erróneamente el art. 1.113 del Código Civil, en tanto que para que la culpa de la víctima opere como eximente de responsabilidad, ésta debe tener una entidad superior a un mero descuido.

Sostiene que fue la conductora del vehículo embistente la que perdió el control del automotor.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 264/265; en tanto que la demandada no contesta el traslado del memorial de la demandante.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, no se encuentra controvertido en esta instancia el encuadramiento jurídico de la controversia realizado por el a quo en el art. 1.113 del Código Civil.

La manda citada permite al propietario o guardián de la cosa riesgosa –en este caso la demandada- eximirse total o parcialmente de responsabilidad, acreditando la culpa de la víctima, supuesto invocado en el sub lite.

Pues bien, desde la óptica de las normas legales que reglan la circulación vehicular, y conforme lo ha entendido el a quo, ha existido una conducta de la víctima que tiene entidad suficiente como para romper el nexo causal entre la cosa riesgosa y el daño sufrido.

A poco que se avance en el análisis de los croquis que acompañan al informe pericial en accidentología (fs. 147/149) se advierte que el accidente se ha producido en la intersección del Boulevard 9 de Julio y la calle República de Italia, circulando el vehículo de la demandada por esta última arteria, en dirección oeste, y la bicicleta conducida por la actora por el boulevard (o su continuación) en sentido norte.

Recientemente esta Sala II ha sentenciado un caso en el cual también se trataba de un accidente vehicular producido en la intersección de Boulevard 9 de Julio y República de Italia, en el mismo lugar en que se produjo el siniestro que hoy nos ocupa y con vehículos que circulaban en los mismos sentidos que los de autos.

En esa oportunidad se señaló que la rotonda Della Valentina se encuentra ubicada antes del cruce, y en nada influye respecto de la prioridad de paso en la encrucijada, que le corresponde al vehículo que circula por calle República de Italia, por llegar al cruce desde la derecha (autos "Padua c/ Galassi", expte. n° 444.802/2011, P.S. 2015-V, n° 117).

El uso de la bicicleta, en cuanto vehículo autorizado a circular por la vía pública, obliga a su conductor a cumplir acabadamente con las normas de la Ley 24.449.

La jurisprudencia es conteste en requerir al ciclista el acatamiento de las normas legales sobre circulación vehicular (cfr. Cám. Apel. Civ. y Com. Mar del Plata, Sala II, "Ramírez c/ Costa", 7/5/2015, LL AR/JUR/9941/2015; Cám. 1º. Apel. Civ. Com. Minas y Trib. Mendoza, "Fuentes c/ Rubén Aliana", 7/7/2014, LL AR/JUR/33240/2014).

La actora ha infringido, entonces, la regla primera del tránsito vehicular: la prioridad de paso la tenía el vehículo de la demandada. Pero, además, por conducir un vehículo de tracción a sangre, el ciclista carece de prioridad de paso en toda circunstancia.

La doctrina ha señalado que el conductor a cargo de una bicicleta –por tratarse de un vehículo de tracción a sangre- debe ceder siempre el paso a los vehículos de motor (cfr. Parellada Carlos, "Colisiones entre automotor y ciclista" en Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. II), y así lo ha receptado la Ley 24.449 en su art. 41 inc. g) apartado 4.

Si bien es cierto que puede asimilarse al conductor de la bicicleta con un peatón, la actora no estaba cruzando por la senda peatonal, circunstancia prevista como excepción a la regla antedicha en el art. 41 inc. e) de la Ley 24.449, sino que circulaba por la calzada como cualquier otro vehículo.

La conclusión es, entonces, clara. La actora debió detener su marcha y ceder el paso al vehículo que cruzaba desde la derecha. Conclusión que se impone con mayor énfasis si se observa la ubicación de los vehículos en el momento del impacto que ilustra el croquis de fs. 148. El automotor de la demandada prácticamente había cruzado Boulevard 9 de Julio, por lo que la actora no pudo no advertir su presencia, si es que se encontraba atenta a las vicisitudes del tráfico.

No se encuentra probado que el automotor de la demandada circulara en infracción al límite de velocidad establecido en el art. 51 inc. e) apartado 1 de la Ley Nacional de Tránsito, por lo que no puede presumirse que su aparición en el cruce haya sido sorpresiva.

Luego, el perito afirma que la bicicleta no circulaba por un lugar prohibido.

Sin embargo, no lo hacía por el carril adecuado.



En efecto, la Ley 24.449, en su art. 45 inc. f), dispone que los vehículos de tracción a sangre, cuando les está permitido circular y no tuvieren carril exclusivo, deben hacerlo únicamente por el derecho. La actora circulaba por el carril izquierdo.

La falta de elementos lumínicos en la bicicleta no sólo no se encuentra probada en autos, sino que teniendo en cuenta la hora del día en que se produjo el accidente (aproximadamente las 17,30 horas del mes de noviembre) no se advierte en que habría influido en su producción, lo que tampoco fue precisado por la parte accionada.

De igual modo, y si bien, al igual que en el caso anterior, el no uso del casco por la conductora de la bicicleta no se encuentra acreditado, esta falta puede tener incidencia sobre la extensión del daño, pero no influye en la atribución de responsabilidad en la producción del accidente.

El hecho que la demandante se encontrara bajo tratamiento psicológico con prohibición de conducir en la vía pública no se encuentra probado.

De lo dicho se sigue que más allá que muchos de los hechos atribuidos a la víctima a efectos de demostrar su culpa no se encuentran probados, la mecánica del accidente determinada en el informe pericial en accidentología pone de manifiesto que ha existido, por parte de la demandante, una conducta antirreglamentaria e imprudente, que tiene entidad suficiente como para romper el nexo causal entre el riesgo de la cosa y el daño.

Por el contrario, y en esto disiento con el juez de grado, no se ha demostrado que en la conducta de la conductora del vehículo automotor exista reproche alguno: tenía la prioridad de paso, no se probó que vulnerara el límite de velocidad para una encrucijada, y el perito en accidentología afirma que la accionada no perdió el control de su automotor.

El hecho que el vehículo automotor haya asumido en el accidente la calidad de embistente no resulta determinante a la luz de lo señalado en los párrafos anteriores, ya que tal calidad puede ser consecuencia, como entiendo se da en el sub lite, de que el vehículo menor y de tracción a sangre se interpuso indebidamente en su camino.

En definitiva, concluyo en que en el accidente de autos ha existido culpa exclusiva de la víctima, que exime de responsabilidad a la demandada (art. 1.113, Código Civil), por lo que la demanda debe ser rechazada.

III.- Lo expuesto en el apartado anterior me exime de analizar los restantes agravios formulados por los litigantes.

IV.- Por tanto, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada, revocar el resolutorio apelado y rechazar la demanda de autos, con costas en ambas instancias a la demandante perdidosa (art. 68, CPCyC).

Dado el resultado de la apelación corresponde adecuar la regulación de los honorarios profesionales (art. 279, CPCyC). En consecuencia se fijan los emolumentos por la actuación en primera instancia en las sumas de \$ 18.430,00 para el Dr. ... –patrocinante de la demandada-; \$ 7.370,00 para el Dr. ... –apoderado de la misma parte-; y \$ 6.450,00 para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y, de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594.

Los honorarios de los peritos, considerando la labor cumplida y la adecuada proporción que deben guardar con los determinados para los abogados de las partes –quienes actúan a lo largo de todo el proceso- se fijan en la suma de \$ 3.500,00 para cada uno de ellos, médico ... y en accidentología

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se determinan en las sumas de \$ 6.450,00 para el Dr. ...; \$ 2.580,00 para el Dr. ...; \$ 1.940,00 para el Dr. ...; y \$ 1.940,00 para el Dr. ..., conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIÓ 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. 231/235 vta. y rechazar la demanda interpuesta por Trinidad del Carmen CONTRERAS contra Andrea Silvana IANTOSCA.

II.- Imponer las costas en ambas instancias a la demandante perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Adecuar la regulación de los honorarios profesionales (art. 279, CPCyC), y en consecuencia, fijar los emolumentos



por la actuación en primera instancia en las sumas de PESOS DIECIOCHO MIL CUATROCIENTOS TREINTA (\$ 18.430,00) para el Dr. ... –patrocinante de la demandada-; de PESOS SIETE MIL TRESCIENTOS SETENTA (\$ 7.370,00) para el Dr. ... – apoderado de la misma parte-; y de PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$6.450,00) para cada uno de los letrados patrocinantes de la parte actora Dres. ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 6, 7, 10 y 11 de la Ley 1.594.

IV.- Regular los honorarios de los peritos intervinientes en la suma de PESOS TRES MIL QUINIENTOS (\$ 3.500,00) para cada uno de ellos, médico ... y en accidentología

V.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de PESOS SEIS MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA (\$ 6.450,00) para el Dr. ...; de PESOS DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA (\$ 2.580,00) para el Dr.; de PESOS UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA (\$1.940,00) para el Dr. ...; y PESOS UN MIL NOVECIENTOS CUARENTA (\$ 1.940,00) para el Dr. ..., conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- 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](#)

"MOSCOSO MARÍA ESTHER C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3619/2012) – Acuerdo: 18/16 – Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

JUBILACION POR INVALIDEZ. PORCENTAJE. PRUEBA PERICIAL.

Corresponde rechazar la demanda incoada pues en autos no se ha acreditado que la incapacidad que padece la actora alcanza el porcentaje (66%) que exige la normativa aplicable. Se destaca la importancia de la prueba pericial médica. Se acredita que el grado de incapacidad de la actora asciende a 50,77% conforme pautas Decreto N° 478/98-, siendo que la pericia, no ha sido cuestionada por las partes.

Texto completo:

ACUERDO N° 18. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de marzo de dos mil dieciséis, 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, Doctora Luisa A. Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MOSCOSO MARÍA ESTHER C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. n° 3619/12, en trámite por ante la mencionada Sala y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 29/46 se presenta la Sra. María Esther Moscoso, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén a fin de que se condene a la accionada a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez desde que fuera requerido en



sede administrativa.

Solicita que se declare la nulidad de la Disposición N° 587/11 y de la Resolución N° 1919/11, ambas del Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Sostiene que los actos padecen de los vicios previstos en los incisos a) y s) del art. 67° de la Ley 1284, es decir, se encuentran en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente administrativo y la situación de hecho reglada por las normas vigentes en materia previsional, presentándose como irrazonable al carecer de debida motivación.

Manifiesta que se desempeña bajo relación de dependencia en el Consejo Provincial de Educación desde el 1 de marzo de 1984, desempeñándose como auxiliar de servicios.

Indica que su empleadora le recomienda la iniciación de los trámites previsionales para la obtención de la jubilación por invalidez. Cita informe del Dr. Abraham cuyo cómputo de las incapacidades asciende al 68% de la total obrera.

Refiere que es citada a la junta médica en el Instituto de Seguridad Social de Neuquén -con fecha 23/02/2011- siendo notificada el 26/05/2011 de la Disposición 587/11 que denegó el beneficio por cuanto la Junta Médica dictaminó una incapacidad del 25,39% que se produjo durante la relación laboral.

En fecha 1/06/2011 apela y es citada por la Comisión Médica Central el 24/11/2011. Nuevamente, la Resolución N° 1919/11 rechaza el recurso de apelación por no reunir los requisitos exigidos por el art. 39° de la Ley 611, al haber dictaminado la junta médica previsional una incapacidad del 24,82%.

Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 7°, anexo II de la Resolución 755/08 considera la accionante que la resolución N° 1919/11 cierra la instancia administrativa.

Cita jurisprudencia que avala su postura. Insiste que las múltiples dolencias físicas que aquejan a la suscripta, la inhiben de efectuar tanto tareas pesadas como livianas, por lo cual la capacidad física restante resulta exigua y dificulta su reinserción a un puesto de trabajo.

Ofrece prueba y peticiona que se condene a la demandada a otorgar el beneficio de jubilación por invalidez desde que fuera solicitado con expresa imposición de costas.

II.- A fs. 126/129 vta. se declara la admisión de la acción mediante la R.J. 469/12.

Habiendo ejercido -la actora- la opción por el proceso ordinario (fs. 131/132), se confiere traslado de la demanda.

III.- A fs. 138 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 141/147vta. obra la contestación de la demandada quien, luego de efectuar las negativas de rigor, expresa que no corresponde que se le otorgue a la actora el beneficio peticionado.

Dice que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén, debe cumplir con la Ley 611 y por ello no puede otorgar un beneficio a quien se encuentra fuera de los presupuestos fácticos previstos, ya que la actora no padece la incapacidad que la norma exige (superior al 66%) conforme el baremo previsional de la Ley 24.241 y su decreto reglamentario.

Alude al concepto de invalidez como contingencia de la seguridad social.

Refiere que los certificados médicos nunca son el único fundamento de la evaluación y señala que el informe médico presentado en forma particular y expedido por el Dr. Abraham carece de fundamentos objetivos que respalden las conclusiones.

Asimismo desconoce los informes médicos, certificados y análisis clínicos presentados por la actora realizados luego de las juntas médicas que fundan los actos administrativos que se impugnan en autos.

Explica que cuando se realizan las juntas médicas se utiliza un baremo obligatorio para la legislación argentina y específico para este tipo de situaciones.

Describe el método para asignar incapacidad, donde a cada afección se le fija el porcentual correspondiente, conforme la capacidad residual restante, en función de la valoración del deterioro de cada patología.

Indica que, por aplicación del criterio expuesto, la Junta médica determinó que la invalidez de la actora ascendía a un 25,39% y ante la apelación deducida, la Comisión Médica Central determinó que la incapacidad era de un 24,82%, por lo cual no alcanza el 66% requerido por la Ley 611.



Sostiene que se valoró la capacidad residual, conforme la documentación y estudios médicos complementarios aportados hasta el momento de su realización.

Brinda los fundamentos que avalan los actos administrativos que rechazan la pretensión de la accionante.

Destaca que la actora alega que el inicio del trámite previsional fue recomendado por la empleadora (CPE) hecho que no se encuentra acreditado ni fue ofrecido como prueba.

Indica que el Consejo Provincial de Educación, en su carácter de empleadora, puede sugerir o aconsejar que la actora sea asesorada en materia previsional, pero de ninguna manera se encuentra facultada para considerar o determinar el porcentaje incapacitante de la Sra. Moscoso.

Advierte que la accionante da por sentado, erróneamente, que la empleadora no puede sustituir sus tareas.

Aclara que no le corresponde al Instituto previsional expedirse sobre la readecuación de tareas. Cita jurisprudencia.

Ofrece prueba. Efectúa reserva del caso federal.

V.- A fs. 153 se abre la causa a prueba. A fs. 307 se clausura el período probatorio y se ponen los autos a disposición de las partes para alegar.

A fs. 313/315 se agrega alegato de la parte demandada.

VI.- A fs. 317/320 se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia se desestime la demanda entablada.

VII.- A fs. 325, 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.- La cuestión debatida en autos nos sitúa en el ámbito de la seguridad social (cfr. Ac. 111/10, 72/11, 39/12, 31/14, 49/14, entre muchos otros).

Esta rama supone un conjunto de normas que determinan los derechos de aquellas personas que sufren "contingencias sociales", entre las que se encuentra prevista, la invalidez.

Puntualmente el retiro por invalidez es la prestación anticipada que se otorga al afiliado que no puede trabajar en razón de encontrarse incapacitado para el ejercicio de sus tareas, encontrándose en juego no sólo el derecho alimentario sino también el derecho a la vida e integridad física.

Todos los sistemas de protección social, incluyen el retiro por invalidez o bien un equivalente en su denominación.

Y, como correlato de ello, siguiendo esta línea en el ámbito provincial, la Ley 611 prevé la jubilación por invalidez en los artículos 39, 40 y ccdtes.

Así, el artículo 39° dispone que:

"Tendrán derecho a la jubilación por invalidez, cualesquiera fueren su edad y antigüedad en el servicio, los afiliados que se incapaciten física o intelectualmente en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales, siempre que la incapacidad se hubiera producido durante la relación de trabajo, salvo los supuestos previstos en el párrafo segundo y tercero del artículo 50. La invalidez que produzca en la capacidad laborativa una disminución del sesenta y seis por ciento (66%) o más, se considera total.

La posibilidad de sustituir la actividad habitual del afiliado por otra compatible con sus aptitudes profesionales será razonablemente apreciada por el Instituto teniendo en cuenta su edad, su especialización en la actividad ejercitada, la jerarquía administrativa que hubiere alcanzado y las conclusiones del dictamen médico respecto del grado y naturaleza de la invalidez...

Incumbe a los interesados aportar los elementos de juicio tendientes a acreditar la incapacidad invocada y la fecha en que la misma se produjo. Los dictámenes que emitan las Juntas Médicas y las autoridades sanitarias nacionales, provinciales y municipales, deberán ser fundados e indicar, en su caso, el porcentaje de incapacidad del afiliado, el carácter transitorio o permanente de la misma y la fecha en que dicha incapacidad se produjo.

Cuando estuviere acreditada la incapacidad a la fecha de la cesación en la actividad y el afiliado hubiera prestado servicios ininterrumpidamente durante los diez (10) años inmediatamente anteriores, se presume que aquélla se produjo durante la relación laboral..."

En autos, las partes discrepan sobre el grado de incapacidad atribuible a la actora frente a la denegación del beneficio de jubilación efectuado por la demandada.



En consecuencia, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si la accionante se encuentra comprendida en la situación de hecho reglada por el artículo transcrito, es decir, si posee una disminución de su capacidad laborativa del 66% o más.

IX.- Por ello, en atención a las particularidades de estas actuaciones, el análisis de la cuestión debe partir de dos pautas interpretativas aplicables en la materia.

En primer lugar, la sentada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación –postura compartida por este Tribunal en numerosos antecedentes entre ellos Ac. 72/11 y 39/12-, en cuanto a que "las leyes de seguridad social deben ser interpretadas en forma amplia y que, la exigencia del 66%, configura una pauta de referencia para evaluar la aptitud laboral y la posibilidad de continuar en la actividad rentada, en la misma tarea o, en otras compatibles con sus actitudes personales (Fallos: 317:70 y 323:2235) (CSJN, 26/02/2.008, "P., J.C c/ORÍGENES A.F.J.P – Publicado en LL 14/04/2008, 11 – LL 06/05/2008,7)".

En segundo lugar, debe enfatizarse en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que "...para decidir el grado de incapacidad a los efectos del otorgamiento de la jubilación por invalidez, la prueba pericial médica posee una eficacia decisiva para resolver el caso, no sólo por la naturaleza de la cuestión debatida (doc. art. 457 CPCC y art. 25 CCA) sino en la medida que también puede proporcionar una valoración concreta de la incapacidad con relación a la tarea específica, acorde con las normas aplicables, frente a la insuficiencia de fundamentación que exhiben los informes médicos en que se sustenta la denegación del beneficio" (SCBA, B 49038 S 18-8-1987, Juez VIVANCO (SD) Carátula: "Maziotti, Juan Antonio c/ Pcia. de Bs. As s/ Demanda Contencioso Administrativa", Publicaciones: AyS 1987-III, 352).

Sobre estas líneas de interpretación del derecho previsional, entonces, se resolverá el caso.

X.- Para comenzar, corresponde considerar la pericia médica realizada.

A fs. 204/207 la perito designada en autos, luego de realizar a la actora una entrevista personal y un examen físico, analizar la documentación obrante en autos y los estudios complementarios, contestó las consideraciones médico legales requeridas a tenor de los puntos de pericia indicados por las partes.

Allí indicó que: "La actora presenta una patología degenerativa crónica a nivel cervical y lumbar, flebotafía de miembros inferiores, hipoacusia bilateral y disminución aguda visual".

Detalla los porcentajes de cada una de las patologías e informa que la incapacidad anátomo-funcional es del 32,45% más los factores complementarios (5,67%) por lo que el grado de incapacidad asciende a 38,12%.

Aclara que el cálculo de la incapacidad se realiza conforme el protocolo de la Ley 24241 -Baremo Nacional del Sistema Integrado de jubilaciones y pensiones – Decreto 478/98.

Asimismo considera que la actora se encuentra en condiciones de desarrollar actividad laboral.

Afirma que evaluó la incapacidad actual de la Sra. Moscoso.

Frente al punto de pericia -de la parte demandada- sobre la posibilidad que se revierta el estado actual de salud con tratamientos convencionales y el sometimiento a ellos, respondió que: "La actora está realizando tratamientos pero la patología degenerativa crónica de columna cervical y lumbar más allá de los tratamientos que puede hacer son patologías de carácter crónico, de evolución progresiva. En relación a la audición es irreversible y en relación a la flebotafía la actora ya ha realizado tratamiento quirúrgico. Restaría hacer tratamiento de su exceso de peso corporal tipificado como obesidad grado I lo que mejoraría el cuadro sintomático de columna".

Por otro lado, considera que "habría que readecuar las tareas conforme a las limitaciones producidas por sus patologías" y concluye que "la actora presenta patologías múltiples, que en relación a su grado de compromiso/evolución y, evaluación conforme al baremo de la Ley 24.241 de jubilaciones y pensiones y el decreto reglamentario 478/98 no alcanza para obtener el beneficio de jubilación por invalidez, obteniéndose 38,12% de incapacidad".

Luego, la parte actora a fs. 216/217 vta. impugna la pericia médica y solicita explicaciones.

Señala que la profesional no solo ha omitido consignar la totalidad de las patologías incapacitantes que la aquejan, sino que además al contabilizar los porcentuales de incapacidad omite computar la incapacidad correspondiente a la



disminución de agudeza visual.

Además requiere explicaciones para comprender en que difieren los estudios y exámenes médicos tenidos en cuenta con los analizados por los Dres. Garrafa y Abraham, quienes determinaron el 45% de incapacidad laboral por las patologías osteoarticulares que presentaba en el año 2010.

Por último, sostiene que la perito se contradice al sostener que se encuentra en condiciones de desempeñar su actividad laboral mientras indica que se deberán adecuar las tareas conforme su estado de salud.

A fs. 220 la perito contesta la impugnación y brinda las explicaciones requeridas por la parte.

En relación con la disminución de la agudeza visual aclara que se corrige con el uso de lentes, por lo tanto no corresponde la evaluación de incapacidad.

Sin embargo, reconoce que omitió -al momento de aplicar la fórmula de las incapacidades restantes- considerar la incapacidad otorgada por la comisión médica con relación al tobillo.

Por ello, realiza una nueva evaluación de las patologías. Detalla que la incapacidad anátomo-funcional es del 43,17% más los factores de ponderación del 7,60%, dan como resultado final un grado de incapacidad que asciende al 50,77%.

No obstante, aclara que la actora no presenta patología reumática sino que es artrósica y afecta la columna cervical y lumbar.

Tampoco considera la existencia de incapacidad -a los fines jubilatorios- con relación a la patología psicológica.

Sobre el grado de incapacidad estimada por los Dres. Abraham y Garrafa manifiesta que no puede emitir opinión. Advierte la ausencia de fundamentos en la valoración.

Señala que la incapacidad auditiva fue evaluada en base a los estudios aportados y conforme protocolo de evaluación.

Aclara que las actividades que puede realizar la actora son dentro de su tarea de auxiliar de servicios adecuadas.

Posteriormente, ninguna de las partes cuestiona las explicaciones brindadas por la perito.

XI.- Ahora bien, el pronunciamiento judicial debe ser el resultado de la confrontación del informe pericial con los antecedentes de hecho suministrados por las partes y con el resto de las pruebas producidas.

Por su parte, la valoración del dictamen pericial depende del razonable equilibrio entre dos principios: el desconocimiento técnico del juzgador y la sana crítica judicial. Pero así como el juez debe ser auxiliado por peritos sobre cuestiones técnicas no jurídicas, por otro lado no puede llegarse a convertir al magistrado en rehén de cualquier dictamen pericial que se le presente.

En atención a ello se afirma que, sin perjuicio de considerar las impugnaciones realizadas por la parte actora a la pericia, las respuestas brindadas por la experta y las conclusiones a las que arriba -en la pericia y que luego complementa al responder la impugnación- no se alejan del análisis de la situación psicofísica realizado en sede administrativa mediante las llamadas "Juntas Médicas" y ninguno de los informes médicos concluye en el porcentaje de incapacidad establecido en la ley para acceder al beneficio solicitado.

Así, el dictamen médico de fs. 204/208 y de fs. 220 reúnen los requisitos de pericia fundada, en cuanto enuncia los hechos del caso, determina el estado de salud de la accionante y expresa el razonamiento que fundamenta la opinión técnica a que llega (art. 475 y concordantes del CPC y C aplicable por remisión Ley 1305).

Desde ello, es sabido que, los dictámenes no pueden ser dejados de lado ligeramente, ya que la ley no autoriza a los magistrados a determinarse de un modo puramente discrecional ni según su libre convicción, pues el pronunciamiento ha de ser el resultado de un examen crítico del dictamen en comparación con los antecedentes de hecho suministrados por las partes y con el resto de las pruebas rendidas.

En este sentido, las impugnaciones y observaciones de la actora no logran conmover sus conclusiones más aún cuando, luego de contestar las impugnaciones, las partes guardaron silencio.

Por lo demás, corresponde considerar que la prueba rendida en autos no se contrapone con el dictamen pericial siendo, tanto la documental adjunta como la instrumental producida, insuficientes para acreditar la incapacidad invocada por la actora, lo que impide acoger la demanda.



Coadyuva a ello, la circunstancia invocada por la demandada y resaltada en el dictamen pericial, en tanto que las afecciones de las que adolece la accionante no le impiden desempeñarse en trabajos acordes a su condición física y nivel de instrucción o capacitación profesional previa, tal como acontece frente a la situación laboral luego de la adecuación de tareas que dispuso su empleadora (Consejo Provincial de Educación) dentro de su labor como "auxiliar de servicios" (véase Disposición N° 1599/2011 –a fs. 282/283- emitida por la Directora General de Recursos Humanos del Consejo Provincial de Educación y Anexo I que detalla las tareas que puede realizar la agente Moscoso).

En síntesis: la prueba rendida en autos no es suficiente para acreditar la incapacidad de la actora en el marco del artículo 39° de la Ley 611, por lo que propicio el rechazo de la demanda.

En cuanto a las costas, en orden al principio objetivo de la derrota, serán soportadas por la parte actora perdidosa (Cfr. art. 68 del C.P.C.C., de aplicación supletoria en la materia). MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: Adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que votara en primer término, por lo que voto en igual sentido. 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 la Señora María Esther Moscoso contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén; 2°) Imponer las costas a la actora perdidosa (art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1.305); 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de pesos cuatro mil cuatrocientos diez (\$4.410,00), y por la demandada, al Dr. ..., en el doble carácter, en la suma de pesos cinco mil ochocientos ochenta (\$5.880,00), al Dr. ..., en el doble carácter, en la suma de pesos un mil ochocientos noventa (\$1.890,00) y a la Dra. ..., patrocinante, en la suma de pesos un mil cincuenta (\$ 1.050,00); a la Perito Médico Dra. ..., en la suma de pesos cuatro mil cien (\$ 4.100,00) (arts. 6, 9, 10 y ccdtes. de la Ley 1594); 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](#)

"SEGUEL LEONEL CELESTINO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" –

Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3351/2011) – Acuerdo: 21/16 –

Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PUBLICO. POLICIA. RETIRO OBLIGATORIO. ADICIONALES. RECHAZO DE LA DEMANDA.

Corresponde rechazar la demanda deducida, por la que se solicita se declare la nulidad del Decreto N° 441/11 emitido por el Poder Ejecutivo que agota la vía administrativa y asimismo el abono retroactivo y a futuro del adicional remunerativo "conducción crítica" establecido mediante Decreto N° 2045/07, pues desde el momento que accedió al retiro Ley 1131, todo lo referente al pago de sus haberes, incluyendo la liquidación de adicionales (como aquel que reclama "conducción crítica") es facultad del ISSN, no habiendo sido demandado el ente descentralizado



que eventualmente debería abonar las diferencias o bien habilitar el pago del adicional reclamado dentro del haber de retiro, se rechaza la demanda.

Texto completo:

ACUERDO N° 21. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y EVALDO DARÍO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "SEGUEL LEONEL CELESTINO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3351/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor EVALDO DARÍO MOYA dijo: I.- A fs. 22/29 vta. se presenta el Sr. Leonel Celestino SEGUEL, con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén. Solicita que se declare la nulidad del Decreto PEP N° 441/11 del 28/03/2011 que rechaza su recurso administrativo contra la Resolución N° 224/10 de la Secretaría de Estado de Seguridad y de esa forma le deniega el reconocimiento del adicional "Conducción Crítica" incorporado por Decreto N° 2045/07.

Afirma que el día 13/12/2005 fue nombrado Director de Seguridad Interior en Cutral Có mediante Resolución N° 28/37/05 "JP" y promovido el 06/01/2006 a la jerarquía de Comisario Mayor por Decreto N° 37.

Continúa expresando que, mediante Res. N° 1120/06 JP se dispone su pase a situación de revista de disponibilidad en espera de designación de funciones a partir del 31/03/2006.

Prosigue diciendo que, por Resolución N° 428/07 JP del 22/03/2007, la Jefatura de Policía solicitó al Poder Ejecutivo el cese de sus servicios, lo que se perfecciona por Decreto N° 1190/07 del 24/07/2007, que lo pasa a retiro obligatorio. Posteriormente, por Decreto 2284/07, se modifica la efectividad del retiro al 01/08/2007.

Invoca que el 30/10/2007 se dicta el Decreto N° 2045/07 que incorpora el adicional remunerativo y no bonificable "Conducción Crítica" para el personal policial designado en cargos de conducción de unidades policiales según Nivel de Complejidad conforme detalle de su Anexo I, incluyendo al Coordinador Operativo de Dirección Nivel de Complejidad III, que era el cargo que ocupaba.

Indica que, a partir de ese momento, cobró el adicional como parte de su haber de retiro hasta febrero de 2010 cuando, arbitraria e ilegítimamente, le fue quitado de sus haberes sin aviso ni notificación alguna. Detalla sumas dejadas de percibir. Alega tener un derecho adquirido a cobrar tal suplemento.

Sostiene que por Resolución JP N° 2453/07 del 20/12/2007 se limita la aplicación del adicional en cuestión a los supuestos previstos en su Art. 1º, entre ellos, el pase a disponibilidad a la espera de designación de funciones de conformidad al Art. 108 inc. a) de la Ley 715, destacando que como aquella es posterior al Decreto N° 2415/07, no le resulta aplicable.

Relata su reclamo administrativo ante la Secretaría de Estado de Seguridad el 08/07/2010, y el rechazo a su planteo mediante Resolución N° 224/10 del 14/09/2010.

Dice que recurrió ante el Poder Ejecutivo Provincial, y que rechazado el recurso mediante Decreto N° 441/11, se agotó la instancia administrativa.

Asimismo alega que mediante Resolución N° 1449/10 del ISSN se le intimó a la devolución de las sumas percibidas por el adicional en cuestión, y que impugnó dicho acto sin constar resolución a la fecha.

Alega que el adicional "Conducción Crítica" fue creado con carácter remunerativo y buscó reconocer un incremento salarial a los agentes que desarrollaban cargos de Conducción Crítica atento al nivel de complejidad de las zonas que tenían a su cargo.

Aduce que al momento de disponerse su pase a retiro obligatorio se encontraba desempeñando el cargo de Comisario Mayor, según Decreto N° 37/06, comprendido dentro de las funciones que se contemplaron en el Anexo I de Decreto N° 2045/07. Considera que por ello, y por haber cobrado el beneficio hasta febrero de 2010, el suplemento salarial pasó a formar parte de su haber pese a encontrarse retirado.



En relación con la Resolución N° 2453/07 JP del 20/12/2007, señala que fue publicada en el Boletín Oficial ese día, y no le resulta aplicable porque el adicional "Conducción Crítica" integra su salario desde su implementación, en especial tomando en cuenta su carácter remunerativo, y debe computarse para la determinación de sus haberes jubilatorios.

Atribuye vicios muy graves y graves al Decreto N° 441/11, solicita su nulidad al igual que la de sus actos administrativos antecedentes.

Entiende que los argumentos expuestos en dicho acto para fundar el rechazo de su reclamo son escuetos y se reducen al carácter accesorio del adicional, de carácter no general, y que se requiere acto expreso de la autoridad administrativa para su reconocimiento.

Niega tales condiciones del suplemento, al cual le atribuye carácter general para todos los agentes que cumplieran funciones de conducción que se consideraban estratégicas y merecedoras de un aumento salarial.

Por ello, presume que su cargo de Comisario Mayor se encuentra alcanzado por el Decreto N° 2045/07 y debe integrar su haber de retiro.

Entiende que se abonó correctamente hasta febrero de 2010, según lo dispuesto por el Art. 21 de la Ley 1131, y Arts. 32 y 33 de la Ley 715.

Refuta con fundamento en el Art. 59 de la Ley 1284, la posibilidad de que se le apliquen retroactivamente las normas invocadas por la demandada para excluirlo del Decreto N° 2045/07 (Res. N° 2098/07 JP y 2453/07 JP).

Embiste el Decreto N° 441/11 por inobservancia de la teoría de los actos propios, violando la buena fe en el obrar administrativo, seguridad jurídica, igualdad y legalidad administrativa.

Evidencia irregularidades en el procedimiento administrativo debido a que el cese del pago del adicional se produjo mediante un hecho material de la Administración sin previa decisión que le sirva de fundamento jurídico.

Extiende ese vicio a los actos posteriores a dicho comportamiento.

Advierte que solo recibió notificación de la Resolución N° 224/10 de la Secretaría de Seguridad, mediante la cual se denegó su reclamo contra el cese del pago del adicional.

Narra que impugnó el Decreto N° 1190/07 del 24/07/2007 que dispuso la cesación de sus servicios y lo pasó a retiro obligatorio, y que una vez agotada la vía administrativa e iniciada la instancia judicial, pedirá la acumulación de causas (vale aclarar que, de ello, no hay ninguna constancia).

II.- A fs. 38/38 vta. se dicta la RI N° 302/11 que declara la admisión del proceso y a fs. 53/54 el actor formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

III.- A fs 59/63 vta. contesta demanda la Provincia del Neuquén. Luego de negar los hechos y la documental, efectúa una reseña de los antecedentes.

Transcribe los considerandos del Decreto N° 441/11, que solicita se tengan por reiterados y reproducidos.

Arguye que el adicional "Conducción Crítica" del Decreto N° 2045/07 del 30/10/2007 y publicado en el Boletín Oficial del 07/12/2007, fue creado con posterioridad al pase a retiro del actor.

Refiere los motivos o causas de creación del suplemento en cuestión y que la Resolución N° 2098/07 JP estableció los niveles de complejidad de las unidades policiales, los cargos que podían ser cubiertos y designó a los titulares de los mismos a los fines de la percepción de dicho adicional.

Agrega que la Resolución N° 2453/07 JP fijó los mecanismos de control del adicional y los supuestos de cesación de su pago.

Sostiene que para su cobro es necesario que el agente cumpla los requisitos de hecho previstos en la norma, resultando imprescindible haber sido designado o nombrado como titular de un cargo dentro de las unidades estipuladas expresamente el Anexo I de la Res. 2098/07 JP.

Por ello, fundamenta que aun cuando Seguel no hubiera sido dado de baja antes de la emisión del Decreto N° 2045/07, tampoco tendría derecho al adicional, salvo que hubiera existido norma legal respaldatoria de designación del actor.

Expone que su otorgamiento constituye una facultad discrecional de la administración siempre que hubiera habido vacantes y necesidad de cubrirlas y que no existen elementos que acrediten un accionar irrazonable o arbitrario de la



demandada.

Rechaza que el actor tenga un derecho adquirido a la percepción de dicho adicional y que la Provincia tenga la obligación de abonárselo o mantenerlo en caso de haber sido cobrado indebidamente.

Indica que la Administración actuó de conformidad a la normativa vigente, teniendo sus actos suficiente motivación y niega que se le hubieran vulnerado derechos establecidos en la Constitución y Ley de Remuneraciones.

Niega el pago de suma alguna para el supuesto de que se hiciera lugar total o parcialmente a la demanda, ya que nunca se dieron las condiciones legales y fácticas para el cobro del adicional: cuando el actor estaba en actividad, todavía no se había creado el suplemento; y luego de su retiro es competencia del ISSN incluirlo en el haber de pasividad.

A todos efectos, para el caso de que se ordene el pago de alguna diferencia, solicita se efectúen los importes correspondientes a aportes personales asistenciales y jubilatorios.

IV.- A fs. 432 se certifica el vencimiento del plazo de prueba, y se ponen los autos en Secretaría a disposición de las partes para alegar, conforme el Art. 61 de la Ley 1305.

V.- A fs 439/444 alega la parte actora.

VI.- A fs. 446/452 dictamina el Fiscal General Subrogante ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 454 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en estado para el dictado de la sentencia definitiva.

VIII.- Entonces, como quedara dicho, el accionante pretende que se "ordene a la Provincia de Neuquén, el pago retroactivo del adicional ... a partir del mes de marzo de 2010 y las diferencias de haberes en los rubros sobre los cuales tiene impacto dicho adicional...., ... se ordene la reanudación del pago de dicho adicional en lo sucesivo".

Asimismo, peticiona la declaración de nulidad del Decreto N° 441/11 que agota la vía administrativa y rechaza el reclamo interpuesto contra la Resolución 224/10.

Ahora bien, el Decreto N° 1190 de fecha 24/07/2007 dispuso la cesación de los servicios del Comisario Mayor Dn Leonel Celestino Seguel, a partir de las cero horas del día 31 de marzo de 2007 para usufructuar los beneficios del retiro obligatorio, con encuadre legal en los artículos 108° inc. a) y 109° de la Ley 715 y arts. 14°, 18° inc. b) apartado 2 y 22° de la Ley 1131. Posteriormente, el Decreto 2209/07 modificó la fecha de acceso al retiro, desde las cero horas del 1 de agosto de 2007.

De modo que, el Sr. Leonel Celestino Seguel, a partir de 1/08/2007, accedió al beneficio de retiro policial obligatorio, otorgado por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén –cfr. Disposición N° 1645/2007 de fecha 31/10/2007 (véase a fs. 429)- en función de lo prescripto por las Leyes Provinciales 715 y 1131.

La normativa que rige la materia establece:

Ley 715 - Art. 147°: "Una ley especial, complementaria a la presente, determinará el régimen de retiros y pensiones del personal policial y sus derecho-habientes. Un reglamento complementario de dicha ley establecerá las formalidades para obtener los cómputos de servicios y las gestiones necesarias para concretar estos derechos".

Art. 148°: "El retiro es una situación definitiva, cierra el ascenso y produce vacante en el grado a que pertenecía el causante en actividad. Se otorgará por decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia y no significa la cesación del estado policial sino la limitación de sus deberes y derechos".

Por otro lado, la Ley N° 1131, sobre retiros policiales, dispone:

Art. 1° Ámbito de aplicación: "El personal policial de la Policía de la Provincia del Neuquén, sujeto al régimen de la Ley Orgánica Policial 632 y Ley del Personal Policial 715, se registrará en materia de retiros y pensiones por las disposiciones de la presente Ley y será afiliado al Instituto de Seguridad Social de la Provincia".

Art. 75° "El Poder Ejecutivo de la Provincia, aumentará o disminuirá el porcentaje de aportes y contribuciones establecidos en los artículos 8° y 9° de la presente Ley, previo informe del Instituto de Seguridad Social, cuando así lo exija o permita su estado económico-financiero. El Instituto administrará independientemente lo concerniente a la presente Ley".

Por consiguiente, de la normativa transcrita se desprende que al encontrarse retirado el Sr. Seguel, todo reclamo sobre



reajuste de haberes debe realizarse ante el Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

Repárese que, a diferencia de otros precedentes donde la pretensión de reajuste del haber se relaciona con el encuadre del retiro –que conforme el artículo 4 de la Ley 1131 se dispone por Decreto del Poder Ejecutivo-, en autos se trata de la inclusión o exclusión de un adicional dentro del haber previsional, situación ajena a la Provincia demandada.

El criterio sostenido en numerosas oportunidades por este Tribunal, es el siguiente: "... si bien la pretensión actoral radica en el restablecimiento del beneficio previsional otorgado al actor al amparo de la Ley de Retiros y Pensiones del Personal Policial N° 1131, el basamento sustancial fundante de los pronunciamientos antes mencionados, resulta de total aplicación al subjuice; ... por cuanto la obligación del Instituto de prestar los servicios que tiene a su cargo, entre los que se incluye, obviamente, el garantizar el beneficio previsional previsto por la mencionada ley, emerge de las disposiciones generales contenidas en la ley de creación del ente autárquico demandado (cfr. R.I. N° 2605/00 in re "Cernadas", en concordancia con lo resuelto en autos "JARA", Acuerdo N° 765/00 todas del registro de la Secretaría Actuarial).

IX.- En este contexto, entonces, es claro que la competencia para liquidar los haberes de retiros policiales –en la forma peticionada en la demanda-, es resorte exclusivo del ISSN; desde dicho vértice, aun en el supuesto que le asistiera razón al actor en punto a la nulidad del Decreto 441/11 (dictado por el Poder Ejecutivo en la instancia recursiva), lo cierto es que la pretensión de pago del adicional en el haber de retiro resulta una obligación de neto corte previsional cuyo cumplimiento se encuentra en cabeza de quien no ha sido parte en este juicio, esto es, el Instituto de Seguridad Social del Neuquén; desde allí, resulta inviable emitir un pronunciamiento condenatorio en tal sentido (cfr. Ac 586/99 "Jara Mario", entre otros).

Consecuentemente, desde que la pretensión que subyace en la demanda ha sido claramente perfilada (y pasa por obtener la restitución del adicional que le fue suprimido, lo cual aleja la cuestión de un análisis de mera legalidad del acto), la eventual declaración de nulidad del Decreto 441/11 –que se pide en dicho contexto- no aparejará ningún beneficio en la esfera de interés del accionante, atento no encontrarse dentro de la órbita de competencia de la Provincia demandada la liquidación del haber de retiro del aquí actor.

Y ello es así, aún sin dejar de reconocer el intercambio de notas y actos habidos entre la Provincia –en rigor, la Jefatura de Policía- y el ISSN, a resultados de lo cual éste último procedió del modo en que lo hizo (vgracia. la Resolución 192 "JP" del 11/2/10 que comunica que a los Comisarios -en situación de revista de disponibilidad en espera de designación de funciones- no les corresponde el pago del adicional, en función del Decreto 2045/7, la Resolución 2098 y los mecanismos de control ordenados por la Resolución 2454/7).

Pero, se reitera, la responsabilidad sobre la liquidación de los haberes de retiro del actor recae en forma exclusiva sobre el organismo previsional y, éste debe efectuar un análisis de legalidad de las normas relacionadas con los haberes de quienes se encuentran en actividad, en el marco de la Ley 1131 y la Resolución N° 261/06 emitida por el ISSN.

Puntualmente, la Resolución N° 261/06 establece en el art. 52° sobre "movilidad del haber jubilatorio" -punto II.2- respecto a las Leyes 859, 1282 y 1131- que:

"Los haberes de los beneficios de estas leyes tendrán movilidad en función de las variaciones de los haberes sujetos a retenciones para aportes jubilatorios, correspondientes al cargo respectivo en actividad".

En resumen, la pretensión sobre el pago del adicional "Conducción Crítica" –encontrándose el actor en situación de "retiro" antes de la creación del mismo- recae sobre el Instituto de Seguridad Social del Neuquén ya que es el obligado de liquidar el haber de retiro de acuerdo al plexo de normas que han sido citadas.

Es más, ha sido el propio organismo previsional quien suprimió el pago del adicional reclamado y le habría formulado el "cargo" por haberes percibidos indebidamente.

X.- En este estado de cosas, no habiendo sido demandado el ente descentralizado, Instituto de Seguridad Social de Neuquén, y el que eventualmente debería sufragar las diferencias en el haber de retiro perseguidas, no hay modo de poder avanzar en el recorrido de análisis propuesto en la demanda, toda vez que, aún de asistírle razón, no podría dictarse una sentencia condenatoria que lo alcance y que dé satisfacción a la pretensión de demanda.



Consecuentemente, la suerte adversa de la acción queda sellada.

XI.- En cuanto a las costas del presente, estimo que, en este caso, deben ser soportadas en el orden causado. Es que, la posición asumida por la demandada (tanto en sede administrativa como judicial) pudo crear en el accionante el convencimiento de que le asistía el derecho a postular su reclamo del modo en que lo hizo.

Como quedó señalado, no puede soslayarse que, en este caso, la información en base a la cual el ISSN (bien o mal) primero incorporó y luego suprimió el adicional en el haber de retiro provino de las reglamentaciones emanadas de la Jefatura de Policía; posteriormente, cuando el actor recurre ante el Secretario de Estado de Seguridad en "contra de la vía de hecho administrativa" consistente en haberle suprimido el adicional sin previo aviso ni acto administrativo que lo disponga, la Disposición 224/10 que rechaza el reclamo defiende la legitimidad de lo actuado por la Policía y, el Poder Ejecutivo, en oportunidad de resolver el recurso jerárquico, sigue la misma línea, dejando sentado en el último considerando que quedaba "expedido el ejercicio de la acción judicial, si fuera intención del reclamante interesado en ejercerla".

Para más, en el responde efectuado por la Provincia en esta sede, también se sigue la línea de los actos administrativos y se agrega que al actor no le corresponde el adicional porque "cuando era personal en actividad aún no se había dictado por el Poder Ejecutivo Provincial el Decreto 2045/72 (que lo creó) y luego, suma a lo anterior que "cuando se le otorga el retiro policial, lo relativo a la consideración o no del adicional y su inclusión o exclusión en el haber de retiro Ley 1131, concierne al Instituto de Seguridad Social del Neuquén y NO a la Provincia del Neuquén, desde el mismo momento en que se otorgara el beneficio y hasta la fecha de baja del mismo. Es decir que ninguno de los reclamos económicos dirigidos expresamente contra la Provincia del Neuquén pueden prosperar, ya que vino percibiendo de ésta parte demandada correctamente su salario por la tarea que efectivamente venía realizando".

Es decir, parece advertir la cuestión pero lo hace en forma confusa; tanto que después para "la hipótesis de procedencia de la demanda" postula que si se debiesen abonar por la Provincia sumas de dinero en concepto de diferencias salariales, "se deberían remitir al INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN, los importes que legalmente -Ley 611- le correspondería percibir a dicho ente autárquico, en concepto de aportes personales - asistenciales y previsionales, como también en concepto de contribuciones patronales".

En este orden de ideas -se repite, confuso-, todo lleva a justificar que las costas sean impuestas en el orden causado (art. 68 del CPC y C, segunda parte).

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo se rechace la demanda, con imposición de costas en el orden causado. ASI VOTO.

XII.- El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS 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 Fiscal General Subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por el Sr. LEONEL CELESTINO SEGUEL contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del CPC y C); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) 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](#)

"FRADES HECTOR DELFIN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1285/2004) – Acuerdo: 24/16 –



Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

LOCAL COMERCIAL. CLAUSURA PROVISORIA. ORDENANZA MUNICIPAL. ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA. PLAZO DE PRESCRICION. COMIENZO DEL CÓMPUTO.

1.- Está prescripta la acción por los daños y perjuicios que el actor dice haber sufrido debido a la clausura provisoria de su local comercial dispuesta el 16 de junio de 1987 por la Municipalidad de Neuquen y basada en razones de seguridad edilicia, ya que a la fecha de interposición de la presente acción procesal administrativa (28 de octubre de 2004) había operado el previsto en el art. 191 inc. a) de la Ordenanza 1728 -cinco años- , que se cumplieron el 16 de junio de 1992-.

2.- No resulta acertada la afirmación del actor en cuanto a que sólo luego de agotada la vía administrativa comienza a computarse el plazo de prescripción. Si bien a la luz de lo dispuesto por el art. 193 de la Ordenanza 1728 la interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año, cuando el actor intentó la reclamación administrativa que culminara con el dictado del Decreto 905 en fecha 20 de julio de 2000 (Expte. Administrativo Nro. 4326), y luego posterior reclamación que culminara con el Decreto 1149 en fecha 17 de septiembre de 2004 (Expte. Administrativo Nro. 658), la acción ya se encontraba prescripta.

Texto completo:

ACUERDO N° 24. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintidós días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, 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: "FRADES HECTOR DELFIN C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 1285/04, 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. 34/54 se presenta HECTOR DELFIN FRADES, mediante apoderado e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Solicita se decrete la nulidad del Acta 2420 de fecha 16 de junio de 1987 que dispone la clausura provisoria del negocio "MAR DEL REPUESTOS" de su propiedad, lo que acarreará la nulidad de los actos posteriores. Pide se revoque el acto administrativo que rechaza el pedido de nulidad de los actos administrativos dictados por los dependientes y funcionarios del Municipio respecto a la clausura del negocio y se decrete la inexistencia del Acta Nro. 2420 de fecha 16 de junio de 1987 obrante en el expediente administrativo Nro. 2508-64-87. Solicita se haga lugar al pedido de reparación integral de todos los daños y perjuicios y se condene a la Municipalidad al pago de la suma de \$ 6.175.114- capital reclamado conforme planilla que práctica- o lo que en más o menos surja de las pruebas a realizarse, actualizado a la fecha de su efectivo pago, con más intereses y costas.

Relata que en el año 1987 explotaba un negocio de venta de repuestos para automotores denominado "MAR DEL REPUESTOS", y que en dicho año en el inmueble lindero a su local comercial -que alquilaba y alquila- el Sindicato de



Luz y Fuerza de la ciudad de Neuquén comenzó la construcción de un edificio de varios pisos siendo la empresa constructora "Lorenzo Siracusa".

Refiere que como consecuencia de esa obra comenzó a deteriorarse el local de ventas y, ni la empresa responsable del daño ni el sindicato propietario del edificio en construcción, a pesar de haber sido intimados, dieron solución al problema; por lo que acudió a la Municipalidad para que conforme el Código de Edificación hiciera cesar la turbación y se adoptaran los recaudos de seguridad, clausurándose la obra nueva.

Luego de ello, afirma que recibió una intimación para que, en el plazo de 24 horas, llevara a cabo los trabajos necesarios para conservar el salón en pie, por razones de seguridad y pretendiendo aplicar los artículos 1 y 2 del Código de Edificación.

Relata que permitió el ingreso al edificio del técnico de la empresa constructora quien con el capataz de la obra procedieron a apuntalar el edificio en los sitios que, a su juicio, era necesario a fin de adelantarse a posibles roturas que pudiera producir la construcción aladaña, comentando entre ellos que no existía peligro de derrumbe, y que sólo apuntalaban para dejar tranquilos a los inspectores.

Agrega que al cuarto día de recibida la primera intimación, se formuló una segunda en la que le otorgaron un plazo de dos horas para evacuar el inmueble -sin escuchar sus argumentos-, referidos a que en ese plazo era imposible retirar tanta cantidad de mercadería, que debía ser ordenada, clasificada y transportada en forma ordenada para evitar deterioros. Dice que en tal exíguo plazo sólo pudo retirar lo imprescindible: sus pertenencias personales, papeles y el teléfono.

Relata que las autoridades municipales mediante Acta N° 2420 del 16/06/87 dispusieron la clausura provisoria, es decir, preventiva.

Asegura que dicha acta es nula y que, a partir de ese momento, comienza su peregrinación para encontrar una solución al problema.

Señala que se lo condenó a un imposible dado que para arreglar el local debía ingresar al mismo, y no podía porque estaba clausurado. Agrega que no se intimó al sindicato ni a la empresa constructora y tampoco se indicaron cuáles eran los daños que debían subsanarse.

Agrega que por Acta 2423 manifiestan que la clausura no se dejará sin efecto mientras no se subsanen los daños que la originaron y que realizarán visitas periódicas a fin de constatar el acatamiento de la clausura.

Refiere que en el año 1989 en los autos: "FRADES HECTOR DELFIN C/ SINDICATO DE LUZ Y FUERZA Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS", que tramitara ante el Juzgado Civil Nro. 2 los sentenciantes hacen mención a que si la Municipalidad hubiera intimado y/o autorizado a los demandados a ingresar al edificio y a efectuar las reparaciones, sólo les habría llevado un mes y medio hacerlas y dejado de ocasionar peligro al local.

Apunta que decide la venta de la mercadería en el estado en que se encontraba pero que al concurrir a la Municipalidad a solicitar que le permitieran su retiro, éste fue denegado, intimándosele a abonar la licencia comercial.

Señala que presentó notas solicitando que se dejara sin efecto las clausura y todas fueron rechazadas.

Agrega que en octubre de 1998 le notificaron que debía presentarse ante la Dirección de Planeamiento, Estudio y Desarrollo Urbano. La citada Dirección elaboró el Dictamen N° 583/98 donde "confiesan que anteriormente a la clausura creyeron detectar graves deterioros en la estructura del inmueble e implícitamente reconocen que los mismos fueron causados por la obra nueva lindera perteneciente al Sindicato de Luz y Fuerza" (tex), y el 14 de septiembre de 1998, lo instan a violar las fajas de clausura.

Continúa relatando que, luego, la Municipalidad envía Carta Documento (27493234) en la que lo habilitaron a romper las fajas de clausura a los fines de realizar las mejoras, pero no para ejercer la actividad comercial.

Relata que el 12 de octubre de 1999 con la presencia del Escribano Dalla Villa retiraron las fajas de clausura y entraron al local constatando que no había ingresado persona alguna en por lo menos doce años, la existencia de aproximadamente 30.000 kg. de repuestos y la inutilización de los mismos por el deterioro que le produjo el transcurso del tiempo.

Agrega que se le aplicó enduido a sólo una parte de las paredes, se colocaron dos membranas en el techo y se pintó



el local; que Héctor Vicente Mendoza lo inspeccionó, y en fecha 6 de diciembre de 1999 se presentó el informe donde se acreditó la inexistencia de vicios en la estructura del local a pesar de la antigüedad de la construcción.

Refiere que el 17 de diciembre de 1999 la Municipalidad mediante Acta de Inspección Nro. 13503 rubricada por el inspector de obras Ramiro Fernández constató la veracidad del informe técnico presentado e inmediatamente procedió a habilitar la edificación declarándola apta para el desarrollo de las actividades comerciales.

Interpuso reclamación administrativa la que concluyó con el dictado del Decreto 1149/04 de fecha 17 de septiembre de 2004, que agotó la vía administrativa.

Funda en derecho.

Reclama la reparación de los daños causados, estimando la suma de \$ 1.500 mensuales por los 150 meses que duró la clausura preventiva en concepto de lucro cesante, con más un interés compuesto liquidado mensualmente a la tasa activa utilizada por el Banco de la Provincia de Neuquén para sus operaciones de descuento hasta el efectivo pago.

Reclama además el valor de los repuestos –a tasar por un perito-, con más los intereses.

Practica liquidación que arroja la suma de \$6.175.114 (que surge de actualizar la suma de \$3.187.557).

Ofrece prueba.

II.- A fs. 68, por medio de la RI 4871 se declara la admisión formal de la acción.

III.- A fs. 84 comparece el Fiscal de Estado.

IV.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 87/95, comparece la MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN. Opone excepción de prescripción y contesta la demanda solicitando el rechazo, con costas.

Al fundar la excepción de prescripción señala que desde la notificación del acto que se pretende impugnar hasta la interposición de la demanda han transcurrido más de diecisiete años y cuatro meses.

Dice que la acción se encuentra prescripta en tanto los reclamos administrativos, como la variedad de acciones judiciales intentadas, antes de la presente, no tienen entidad suficiente como para suspender en forma indefinida o en su defecto interrumpir el plazo de prescripción establecido en el art. 191 inc. a) de la Ordenanza de Procedimiento Administrativo.

Luego, efectúa las negativas de rigor y brinda su versión sobre los hechos acontecidos.

Reconoce que el Municipio efectuó la clausura que da origen a estos actuados, agregando que se formalizó en ejercicio de facultades propias previstas en el Código de Edificación Municipal, Capítulo X arts. 1 y 2 otorgando al ocupante del inmueble según Acta de Inspección Nro. 2419 un plazo prudencial para subsanar las causas que comprometían la solidez del local comercial.

Agrega que el no haber dado cumplimiento a lo dispuesto por el acta lleva a que el Municipio disponga la clausura del local mediante Acta de Inspección Nro. 2398 de fecha 16/6/87. Dice que la clausura fue únicamente a los fines de desarrollar actividad comercial lo que no impedía a Frades y/o al propietario del inmueble efectuar las reparaciones que resultaran necesarias en salvaguarda inclusive de su propia seguridad personal.

Refiere que el obrar del Municipio ha sido legitimado y las faltas de seguridad que comprometían la habilitación del inmueble en cuestión sirvió de suficiente y legítimo fundamento para impedir el desarrollo de actividades comerciales en el mismo, más no inhibía al actor de efectuar reparaciones que fueran necesarias.

Dice que la obra lindera al inmueble fue debidamente aprobada por la Dirección de Obras particulares de Neuquén en virtud de que se cumplieron las normas técnicas pertinentes.

Funda en derecho y ofrece prueba.

V.- A fs. 95 se confiere traslado de la excepción de prescripción al actor, que contesta a fs. 97/101 solicitando su rechazo.

Argumenta que sólo luego de agotada la instancia administrativa comienza a contarse el plazo hacia la prescripción, y agrega que mientras dura la clausura no comienza a correr el plazo de prescripción comenzando a computarse desde que finaliza el acto ilegal de parte de la administración.

VI.- A fs. 105 mediante R.I. N° 5920 se resuelve diferir el tratamiento de la excepción de prescripción para el momento



de dictar sentencia.

VII.- A fs. 111 se abre la causa a prueba y a fs. 175 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A fs. 185 obra agregado alegato del actor y a fs. 187/196 obra agregado alegato de la demandada.

VIII.- A fs. 204 mediante R.I. N° 362/14 se acepta la excusación del Sr. Fiscal General José Ignacio Gerez, y a fs. 209/216 se expide el Sr. Fiscal Subrogante propiciando el rechazo de la demanda, y el acogimiento de la excepción de prescripción.

IX.- A fs. 217 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.

X.- Para comenzar cabe señalar que el actor pretende se revoquen las resoluciones administrativas dictadas en el expediente Nro. 658 F 04 (Resolución 232/04 y Decreto del Poder Ejecutivo Municipal Nro. 1149/04) en las que se rechazara el pedido de declaración de nulidad del acto administrativo que dispuso la clausura provisoria del local comercial y la reparación de los daños y perjuicios de ello derivados, según dice.

Conforme surge de fs. 225 del Expte. 4326 F de la Municipalidad de Neuquén, el Acta de Clausura (Nro. 2398) es de fecha 16 de junio de 1987. Cuando se llevó a cabo la diligencia, el inspector de Obra Sr. Daniel Rojo dejó constancia de lo siguiente: "Por la presente se procede a la clausura preventiva del local, por razones de estricta seguridad del edificio, cuyas condiciones de estabilidad se ven seriamente comprometidas a juicio de esta inspección. Se colocan fajas de clausura en puertas y ventanas. Referencias: Actas de Notificación Nros. 2418, 2419 y 2420". El Acta de Inspección fue firmada por el inspector y el Sr. Héctor Frades.

Ahora bien, la demandada opone excepción de prescripción, afirmando que el hecho generador del reclamo es el Acta de fecha 16/06/87, y que desde tal fecha hasta la interposición de la demanda (28/10/2004) ha transcurrido el plazo de prescripción establecido por la Ordenanza N° 1728.

El actor, por su parte, de un modo un tanto confuso, señala que el impugnado es un acto nulo de nulidad absoluta y por tanto, inexistente, y la acción, imprescriptible.

Dicho esto, corresponde en primer lugar, determinar si el acto impugnado aquí es inexistente y por tanto, la acción imprescriptible. El actor persigue la declaración de inexistencia del Acta de Clausura 2398 por lo que la cuestión se remonta al año 1987 y sólo de estar frente a un acto "inexistente" sería posible concluir que la acción -iniciada el 28 de octubre de 2004 (conf. cargo de fs. 54)- no se encuentra prescripta.

XI.- Cuando el actor se refiere a la inexistencia del acto, en el expediente administrativo Nro. 65 argumenta que el acto de clausura carece de causa adecuada y ha sido dictado mediando errada motivación. Agrega que los inspectores municipales actuaron con dolo, ya que no podían desconocer el procedimiento aplicable.

De lo relatado se advierte que los vicios que el accionante le asigna al Acto de Clausura no son del catálogo de los "muy graves" que contiene el art. 66 de la Ordenanza 1728, y por lo tanto la cuestión se encuentra alcanzada por la prescripción quinquenal.

Del relato de la demanda no es posible identificar un vicio con entidad suficiente como para señalar que se trata de un acto inexistente.

Y por otro lado, no puede dejar de considerarse que de conformidad con el art. 65 de la Ordenanza 1728, 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 mismo, con lo cual tampoco habría modo de seguir un recorrido distinto al efectuado.

Dicho esto, y descartada la existencia de un vicio muy grave que haga susceptible al acto de ser declarado inexistente, corresponde analizar la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

XII.- La prescripción es una institución de orden público destinada a mantener el orden y poner un límite para el ejercicio de los derechos. Interesa al orden público y jurídico evitar la incertidumbre en las relaciones jurídicas y responde a la necesidad social de no mantener las relaciones de derecho sin definirse, dentro de un plazo prudencial y de respetar situaciones que deben considerarse consolidadas por el transcurso del tiempo. Ella supone inacción del acreedor y el transcurso del tiempo desde un momento dado que le sirve de punto de partida. Como principio



general, la prescripción comienza a correr desde que el crédito existe y puede ser exigido (CNFed. Contencioso Administrativo Sala II Junio 4-922 – Bellomo, Víctor R. c Estado Nacional – Ministerio de Defensa) Cfr. Analía R. Barbado “La prescripción adquisitiva y liberatoria”). Es decir, bajo ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la modificación sustancial de un derecho, en razón de la inacción de su titular, quien pierde la facultad de exigir compulsivamente el cumplimiento de la obligación.

Luego, sobre el tema de la legislación aplicable a la prescripción en materia de derecho público local, este Tribunal tiene sentada una doctrina pacífica –a través de todas sus integraciones-, reforzada a partir del precedente “Corvin” (Acuerdo N° 1366/07), que fue mantenida en sentencias posteriores (Acuerdos N° 1376/07, 1414/07, 1415/07, 1422/07, 1423/07, 1427/07, 1455/07) y, concretamente, en lo que hace a la responsabilidad del Estado, en el precedente “Cabrero” Ac. 46/13, oportunidad en la que se brindan mayores argumentos (a los que cabe remitirse en honor a la brevedad) en pos de la aplicación del régimen que, sobre el instituto de la prescripción en materia procesal administrativa, regula la Ley Provincial N° 1284 –en el caso, la Ordenanza 1728- con su natural proyección en la Ley N° 1305.

De tal modo, para resolver el planteo, corresponde aplicar los plazos de prescripción, el comienzo de cómputo y las causales de suspensión e interrupción, legisladas en la Ordenanza de Procedimiento Administrativo Municipal, tal los arts. 191 a 194.

Cabe recordar, entonces, que el plazo de prescripción, salvo los contemplados por leyes especiales, es de: a) cinco años para impugnar actos nulos, reglamentos hechos u omisiones administrativas y b) dos años para impugnar actos anulables. Es imprescriptible la acción para impugnar actos inexistentes (art. 191). Y, una vez operado el plazo de prescripción de la acción, no pueden ejercerse los medios administrativos de impugnación previstos en la Ordenanza (art. 192).

En el caso, la pretensión traída persigue el pronunciamiento de un fallo condenatorio a efectos de reparar los supuestos daños y perjuicios sufridos por el actor a consecuencia del accionar ilegítimo –dice- de la municipalidad demandada. Al describir el objeto perseguido, el actor refiere que inicia acción procesal administrativa por los daños que le ocasionara la clausura preventiva de su local comercial “MAR DEL REPUESTOS”, que conforme Acta agregada a fs. 15 se realizó el día 16 de junio de 1987.

Así, el punto de partida para el cómputo de la prescripción será el del acaecimiento del acto administrativo al que se atribuyen las consecuencias dañosas que se reclaman.

Esto es, el acta por la que se procedió a la clausura preventiva del local comercial, de la cual tomara conocimiento el actor en la misma fecha que se señalara (16/6/87) conforme firma obrante al pie. En consecuencia, se considerará como fecha de inicio del cómputo de la prescripción el 16 de junio de 1987.

Fijada, entonces, la fecha de inicio del cómputo de la prescripción el 16 de junio de 1987 se advierte que a la fecha de interposición de la presente acción procesal administrativa (28 de octubre de 2004, confr. cargo de fs. 54) había operado el previsto en el art. 191 inc. a) de la Ordenanza 1728 -cinco años, que se cumplieron el 16 de junio de 1992-.

Por otro lado, ni el reclamo introducido en fecha 11 de junio de 1993 (expediente 4326), que diera lugar a la acción procesal administrativa iniciada el 1 de agosto de 2001 –que concluyera por inadmisibilidad conforme R.I. 3248/02-, ni la demanda tramitada en expediente 139968, iniciada en fecha 28 de abril de 1994 –y que concluyera por inadmisibilidad conforme R.I. 1238/95- tienen entidad suficiente para suspender o interrumpir el curso de la prescripción que ya había operado.

No resulta acertada la afirmación del actor en cuanto a que sólo luego de agotada la vía administrativa comienza a computarse el plazo de prescripción.

Si bien a la luz de lo dispuesto por el art. 193 de la Ordenanza 1728 la interposición de un recurso o reclamación administrativa suspende, por una sola vez, el curso de la prescripción durante un año, cuando el actor intentó la reclamación administrativa que culminara con el dictado del Decreto 905 en fecha 20 de julio de 2000 (Expte. Administrativo Nro. 4326), y luego posterior reclamación que culminara con el Decreto 1149 en fecha 17 de septiembre de 2004 (Expte. Administrativo Nro. 658), la acción ya se encontraba prescripta.



En consecuencia, por los motivos expuestos, propongo al Acuerdo, se rechace la demanda, con costas al actor (art. 68 del CPCyC y 78 de la Ley 1305). 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 Subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por HECTOR DELFIN FRADES contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN. 2º) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia). 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que exista pautas para ello. 4º) 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

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"GARABELLO MARIA ALICIA C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2618/2008) – Acuerdo: 19/16 – Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad de Estado.

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTAS DE SERVICIO. DAÑOS Y PERJUICIOS. RUTA PROVINCIAL. MALAS CONDICIONES DE TRANSITABILIDAD. ARENILLA SOBRE LA CINTA ASFALTICA. VUELCO. INFORME PERICIAL. VALORACION. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- La Dirección Provincial de Vialidad es responsable de los daños y perjuicios ocasionados a raíz del derrape y posterior vuelco en una curva del automóvil conducido por la actora, ya que el accidente fue provocado por la presencia de "arenilla" sobre la cinta asfáltica, lo cual se explica en la circunstancia de que la arenilla esparcida que provocó el desplazamiento del vehículo se debió a trabajos de mantenimiento que estaba realizando en la zona la propia demandada y sin la respectiva señalización que lo advirtiera. Ello así, toda vez que la condición de transitabilidad de la ruta, condujo a crear un riesgo imprevisible para la conductora; y en ese aspecto, aparece como manifiesta la responsabilidad por omisión de la demandada, que tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino.

2.- No resulta atendible el argumento esgrimido por la demandada para exonerarse de responsabilidad, al sostener que el accidente fue producto de la impericia de la conductora para manejar y del estado de deterioro de los neumáticos. Ello es así, toda



vez que resultan decisivas las respuestas brindadas por el perito ingeniero mecánico quien, al referirse a los neumáticos señala: "Las fotografías (...) muestran las ruedas del vehículo infladas, y en alguna de ellas se observa un dibujo escaso, lo que las inhabilitaría para circular sobre pavimento mojado. El actuario policial informa, el mismo día del accidente que el cielo se encuentra despejado y la ruta no se encuentra "regada", o sea mojada. Con ello descarto la posibilidad de que hayan sido los neumáticos los responsables del inicio de la desestabilización del vehículo".

Texto completo:

ACUERDO N° 19. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los 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: "GARABELLO MARIA ALICIA C/ DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2618/08, 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. 94/101 se presenta María Alicia Garabello, por derecho propio y en representación de sus hijos Francisco Solorzano, Federico Solorzano y Paula Garabello –en ese momento menor de edad-, y Pablo Solorzano, quien concurre en representación de sus hijos Francisco y Federico Solorzano, todos, con patrocinio letrado. Inician acción procesal administrativa reclamando la suma de \$139.000 con más sus intereses y costas, por daños y perjuicios contra la Dirección Provincial de Vialidad como consecuencia de los perjuicios causados por un accidente de tránsito ocasionado por incumplimiento del deber de conservación y mantenimiento de las rutas provinciales por parte de la demandada.

Relatan que con fecha 21 de diciembre de 2005 a las 21 hs. aproximadamente María Alicia Garabello conducía un vehículo de su propiedad marca Ford Mondeo dominio AZJ342 en compañía de sus hijos Paula Garabello, Federico y Francisco Solorzano. Refieren que en ocasión de llegar al Paraje "La Primavera" sobre la ruta provincial N° 43, transitando desde Chos Malal en dirección a Andacollo, haciéndolo por la mano correspondiente, en una curva y en la mitad de la misma, habiendo disminuido la velocidad y tomando todas las precauciones del caso, el auto derrapa al atravesar el tramo.

Señalan que la causa del accidente fue la existencia de arenilla sobre la calzada, que fue depositada por personal -desconociendo si propio o contratado- de la Dirección Provincial de Vialidad, que había estado en el lugar con anterioridad efectuando tareas de reparación en la cinta asfáltica con aplicación de brea, encima de la cual tiraron la capa de arenilla mencionada (aparentemente práctica habitual).

Refieren que el personal de Vialidad se retiró del lugar sin colocar ningún tipo de señalización especial, ni cortar o reducir el paso por la calzada, como hubiera correspondido mientras existieran rastros de los trabajos sobre la ruta. Afirman que se abandonó la tarea sin dejar la ruta en condiciones de perfecta transitabilidad, como era su obligación, sino cubierta de una capa de arenilla y sin ninguna señalización que advirtiera a los conductores del peligro y la existencia de tierra sobre la calzada.

Relatan que cuando el vehículo que conducía la Sra. Garabello toma la curva a velocidad normal pierde totalmente el agarre sobre el asfalto, pese a tratarse de un rodado en perfectas condiciones técnicas y, resbala hasta caer en el precipicio que se halla al costado de la ruta, cayendo aproximadamente 20 mts., deteniéndose al chocar contra los árboles del fondo del acantilado, quedando asentado sobre el techo.

Agregan que en el trecho de la ruta donde se produjo el siniestro existe una banquina sumamente angosta, de menos de la mitad de ancho de lo que debería ser y no existe guarda rail; tampoco hay señalización previa a la curva en que se produjo el siniestro.



Reclaman daño emergente por la destrucción del vehículo. Manifiestan que la compañía de Seguros San Cristobal respondió por la destrucción total del vehículo. Sin embargo, hacen reserva de reclamar el importe correspondiente en concepto de daño emergente en caso de surgir diferencia entre lo percibido y el valor de mercado del automotor.

Reclaman los gastos de traslado, hospedaje y viandas. Relatan que a consecuencia de la prolongada estancia de María Alicia Garabello en Neuquén capital, el Sr. Solorzano tuvo que afrontar gastos de traslado, a pesar de que el ISSN cubría parte del alojamiento. Dicen que la obra social hace entrega de diez pesos diarios para la comida por lo que lógicamente se realizan desembolsos. Agregan que además hubo que alquilar una cochera para resguardo de la camioneta en la que se movilizaba el Sr. Solorzano. Estiman por este rubro la suma de \$5.000.

Agregan que como consecuencia del accidente perdieron la reserva que habían concretado de una casa en Las Grutas, y reclaman por la seña abonada la suma de \$1.000.

Reclaman por el daño físico sufrido por quienes viajaban.

1.- María Alicia Garabello. Refieren que sufrió múltiples escoriaciones en región torácica y dorsal con hematomas en región interescapular, fractura de pelvis, traumatismo encefalocraneano, y peligro real de vida.

Dicen que estuvo internada en terapia intensiva del Policlínico Neuquén durante 10 días, pasando a sala de internación común luego, y permaneciendo ahí 7 días más. Luego debió trasladarse a Zapala, a casa de los suegros, con el propósito de asistir con más facilidad a los controles médicos en Neuquén.

Relatan que permaneció con inmovilidad absoluta durante 70 días para lograr que la fractura de pelvis soldara. Agregan que actualmente, y pese a que la fractura ha soldado, subsiste una incapacidad irreversible, ya que una de las extremidades inferiores quedó más corta que la otra; y los dolores no han desaparecido.

Refieren que desde la internación hasta el mes de noviembre de 2006 estuvo bajo un intensivo tratamiento kinesiológico para rehabilitar sus funciones lo mejor posible; debió viajar a Neuquén para realizar controles; y luego de un año de licencia pudo volver a retomar su trabajo como docente.

Dicen que actualmente presenta una asimetría en las caderas, con acortamiento en 2 cm. del miembro inferior derecho; y que del informe médico se desprende que sufre una incapacidad del 14%.

Cuantifican el daño en la suma de \$28.000.

2.- Paula Garabello. Relatan que sufrió hematoma región frontal; escoriaciones en manos, codo y rodillas, hombro derecho; traumatismo encefalocraneal sin pérdida del conocimiento.

3.- Federico Solorzano. Dicen que sufrió hematoma región frontal y órbita ocular izquierda; y escoriaciones en el abdomen.

4.- Francisco Pablo Solorzano. Refieren que sufrió fractura de tibia derecha; tuvo dicho miembro inmovilizado con yeso durante tres meses.

Con relación a estos tres últimos estiman procedente que el Tribunal valore los daños a fin de llegar a una justa indemnización.

Reclaman además daño moral. Dicen que la producción de daños físicos hace presumir per se la generación de angustia y sufrimiento en las víctimas; y las circunstancias del accidente han generado un profundo perjuicio moral.

Solicitan una indemnización de \$40.000 para la Sra. Garabello; \$25.000 para Francisco Solorzano y \$20.000 para cada uno de los restantes: Paula Garabello y Federico Solorzano.

Reclaman también daño psicológico. Dicen que la Sra. Garabello sufre temor irracional a transitar una ruta, incluso transportada por un tercero. Agregan que los padecimientos generaron además trastornos de sueño, sudoración, malestares anímicos por los dolores físicos que aún hoy la aquejan; pérdida de la estancia en la paz del hogar, por los traslados de casa en casa, e incluso en la propia, en la que el living se convirtió en su dormitorio, circunstancia que alteró toda la vida de relación de la familia entera.

Con relación a Francisco, dicen que se vio afectado por haber perdido sus vacaciones, ya que las pasó con un yeso en la pierna. Agregan que junto a su hermana Paula sí han realizado tratamiento psicológico, el que lentamente les ha ayudado a superar el trauma del accidente, sin que a la fecha hayan desaparecido las consecuencias en forma total.

Se refieren a la antijuricidad, la relación de causalidad y la imputabilidad.



Fundan en derecho (arts. 1113, 1112 y ccdtes. del Código Civil, Ley de Tránsito -Nº 24449- y Decreto Reglamentario Nº 779/95, Código Procesal Civil y Comercial, Ley de Procedimientos Administrativos Nº 1284 y Ley Nº1305) y ofrecen prueba.

II.- A fs. 131, mediante R.I. 172/10, se declara la admisión de la acción.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario y corrido el traslado de la demanda, a fs. 146/149, comparece la DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD y la contesta. Solicita su rechazo, con costas.

Niega los hechos relatados por los actores.

Narra que en la época en que ocurrió el accidente la Dirección Provincial de Vialidad no se encontraba realizando tareas de mantenimiento en la ruta provincial Nº 43 a la altura del Paraje "La Primavera"; que no le consta que a la altura mencionada hubiera arenilla tal como manifiesta la actora y que, de ser así, desconoce los motivos por los cuales se encontraba la misma.

Refiere que teniendo en cuenta la mecánica del accidente, según surge del informe proporcionado por la Comisaría Trigésima de Andacollo, a fs. 1/3 de los autos caratulados: "Comisaría Treinta s/Investigación Ptas Lesiones en accidente de tránsito" (Expte. Nº 15191) que se tramitaran por el Juzgado de Instrucción de Chos Malal, es evidente que el accidente de autos se produjo por la exclusiva culpa de la actora debido a la impericia y negligencia en la forma de conducir su vehículo particular.

Agrega que la actora actuó con impericia debido a su falta de experiencia para conducir en caminos sinuosos, a lo que se suma el mal estado de los neumáticos, lo que provocó que el rodado se deslice en un primer momento hacia la banquina opuesta de su mano donde se encuentra el sector de bardas, para luego retomar la ruta y finalmente perder el control definitivo del vehículo al deslizarse hacia la banquina y caer al precipicio.

Afirma que según surge del expediente penal los neumáticos del automóvil se encontraban en malas condiciones, lo que provocó que el rodado no se agarrara y se deslizara primero hacia la banquina y luego hacia la otra para finalmente caer al precipicio.

Impugna y rechaza los daños reclamados.

Ofrece prueba y funda en derecho.

IV.- A fs. 153 se abre la causa a prueba.

V.- A fs. 157 toma intervención Paula Romina Garabello, por derecho propio y con patrocinio letrado, atento haber adquirido la mayoría de edad.

VI.- A fs. 471 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A fs. 482/486 obra agregado alegato de la actora y a fs. 487/497 el de la demandada.

VII.- A fs. 502 toma intervención el Sr. Defensor General ante este Tribunal.

VIII.- A fs. 504/511 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo. Dictamina que con la prueba analizada encuentra que la Dirección Provincial de Vialidad, que tiene a su cargo el estado y conservación de la ruta en que se produjo el accidente, omitió el deber de debida señalización en trabajos que se encontraba realizando, en cercanía de la curva, sobre la ruta Provincial 43, en la que se produjo el accidente, donde había arenisca suelta. Concluye que debe indemnizarse a los actores, propiciando se fijen los montos que correspondan.

IX.- A fs. 512 se llama autos para sentencia, que se suspende a fs. 514 ante el pedido de audiencia conciliatoria formulada por la parte actora. A fs. 519 se reanuda el llamado de autos.

A fs. 548 se cita a Francisco Solorzano atento haber adquirido la mayoría de edad, suspendiéndose el llamado de autos.

El citado se presenta con patrocinio letrado a fs. 554, volviendo las actuaciones para el dictado de la sentencia.

X.- El objeto de esta acción se ciñe al reclamo de los daños que, afirman los actores –por derecho propio y en representación de sus hijos-, debieron soportar como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el 21 de diciembre de 2005, ocasionado por incumplimiento del deber de conservación y mantenimiento de las rutas provinciales por parte de la Dirección Provincial de Vialidad, y la ausencia de señalización.

La principal cuestión a decidir, entonces, radica en establecer si corresponde atribuir responsabilidad a la Dirección



Provincial de Vialidad, por los daños y perjuicios ocasionados a los accionantes.

XI.- La acción se enmarca en la responsabilidad del Estado por falta de servicio, fundada en la omisión de cumplir con una obligación legal (art. 1112 del Código Civil, vigente al momento de los hechos).

En términos generales para que exista responsabilidad del Estado se exige que: a) éste haya incurrido en una falta de servicio, b) la actora 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).

XII.- En base a las pruebas rendidas puede afirmarse que se encuentra acreditado el acaecimiento del evento dañoso que diera lugar a la acción promovida.

En efecto, de las constancias documentales (en especial el expediente penal caratulado: "Cria. 30 ADN S/INV. ACC. DE TRANSITO", Expte. 15191 año 2006, del Juzgado de Primera Instancia de Instrucción de Chos Malal) surge que el día 21 de diciembre de 2005 alrededor de las 21 hs. la Sra. María Alicia Garabello conducía el vehículo Ford Mondeo dominio AZJ342 –en compañía de sus hijos Francisco Solorzano, Federico Solorzano y Paula Garabello, y un amigo de éstos, Franco Martiré-, y al llegar al Paraje La Primavera, sobre la Ruta Provincial Nro. 43, transitando desde Chos Malal en dirección a Andacollo, en una curva el auto derrapa y cae unos metros hacia abajo, quedando el vehículo con las ruedas hacia arriba.

Sin embargo se encuentra controvertido que la causa del derrape haya sido la existencia de arenilla sobre la cinta asfáltica, que personal de la Dirección Provincial de Vialidad –propio o contratado- se encontrara realizando tareas en la zona, tal como señalan los actores, y que existiera señalización adecuada.

En el Expediente Nro. 3866-003679/2007 de la Dirección Provincial de Vialidad, la demandada informa que entre el 26/11/05 y el 31/12/05 se realizaron obras de sellado de la Ruta Provincial Nro. 43, habiéndose colocado oportunamente la señalización correspondiente a realización de trabajos (conf. fs. 13 del expediente mencionado).

El testigo que declara a fs. 202/203 afirma: "... ese día aproximadamente a las seis de la tarde vuelvo de Chos Malal hacia Andacollo y encuentro aparte de esa curva donde fue el accidente y en otras curvas más haciendo reparaciones en dicha cinta asfáltica, observando que tiraban arenilla, no sé cómo le llaman técnicamente los de vialidad pero había una arenilla esparcida en la cinta asfáltica, estaba el camión en el cual llevan el material para ir tapando los pozos, obreros con palas, es lo que observo ... me sorprende porque no hay ninguna señalización donde estaban trabajando ellos, sólo una persona que hace señas que disminuya la velocidad" (tex). Luego agrega: "... no es una arenilla natural, es algo que alguien lo tira allí".

También el testigo de fs. 204 refiere: "derrapó en una curva a raíz de una arenilla que había puesto vialidad, y no era el único lugar donde había esta arenilla, eso yo lo sé porque ese día justo yo viajé a Chos Malal y en varias partes de la ruta vialidad estaba arreglando y había tirado esa arenilla para arreglar seguramente y casualmente en esa parte a mí me derrapó la camioneta".

Ambos testigos son contestes en afirmar además que no existía señalización de las obras en el lugar.

El Sr. Adrián Fonseca, que declara a fs. 205/206 afirma: "el camino estaba en mal estado porque había sido desparramada una arenilla para tapar las reparaciones que habían hecho en el asfalto, que a mi punto de vista eso fue lo que hizo ocurrir el accidente, el hecho que el auto derrapo sobre la arenilla, pero la visibilidad era buena ..." "... señalización de peligro no había ninguna".

También el testigo Fuentes señala: "cuando yo salgo con la camioneta de ellos me doy cuenta que estaba resbaloso el camino por la arenilla, también en otras partes del camino también se encontraba esta dificultad y conduciendo el vehículo se notaba resbaladizo el camino, y que no estaba señalizado de que había peligro".

Las actuaciones policiales agregadas al expediente penal dan cuenta de la existencia de arenilla en la cinta asfáltica. Dicho esto, cabe tener por acreditado que la Dirección Provincial de Vialidad realizó obras en la zona del accidente esparciendo arenilla, y que a tenor de lo relatado por todos los testigos que declararon, no existía señalización que lo advirtiera.

Habrà de analizarse ahora cuál ha sido la causa del accidente.

El perito, en el informe agregado a fs. 242/247 dictamina: "La arenilla sobre el pavimento provocó el "despegue" entre



la superficie de contacto del neumático y el pavimento. Esta fue la causa del accidente" (conf. fs. 246).

En las condiciones descriptas y atendiendo al informe pericial, se puede concluir que la causa del accidente ha sido la presencia de arenilla sobre la cinta asfáltica, que -ante la ausencia de señalización- condujo a crear un riesgo imprevisible para la conductora; y en ese aspecto, aparece como manifiesta la responsabilidad por omisión de la Dirección Provincial de Vialidad, que tenía a su cargo el cuidado, mantenimiento y conservación del camino.

Al respecto, la Ley Provincial 69 establece que la Dirección Provincial de Vialidad tiene a su cargo todo lo concerniente al sistema vial de la Provincia, ejecutando las obras en los caminos provinciales (conf. arts. 1 y 4).

En este orden de ideas la Corte Suprema de Justicia de la Nación -en el precedente "Pose c/Chubut" Fallo 315:2834- ha señalado que "el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el Estado (considerado lato sensu) la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos [...]"; de ahí que la demandada debió adoptar las elementales medidas de seguridad destinadas a prevenir a los usuarios del estado peligroso de la ruta.

XIII.- Por otro lado, la Dirección Provincial de Vialidad pretende exculpar su responsabilidad al señalar que el accidente fue producto de la impericia de la conductora para manejar y del estado de deterioro de los neumáticos.

En este contexto, resultan decisivas las respuestas brindadas por el perito ingeniero mecánico quien, al referirse a los neumáticos señala: "Las fotografías de fs. 30, inferior de fs. 31, 32, 33 y 34, inferior de fs. 75, 76 y 77 muestran las ruedas del vehículo infladas, y en alguna de ellas se observa un dibujo escaso, lo que las inhabilitaría para circular sobre pavimento mojado. El actuario policial informa, el mismo día del accidente que el cielo se encuentra despejado y la ruta no se encuentra "regada", o sea mojada. Con ello descarto la posibilidad de que hayan sido los neumáticos los responsables del inicio de la desestabilización del vehículo" (conf. fs. 246).

Luego, frente al interrogante de si utilizando neumáticos en buenas condiciones pudo haberse evitado el accidente de autos, contesta: "no se evitaba el accidente, dada la presencia de ripio suelto que ocasionó que las ruedas "patinaran" sobre el pavimento, no permitiendo el control del vehículo" (conf. fs. 247). Ante las preguntas de si un conductor con una experiencia normal en el manejo de automóviles, pudo haber evitado el accidente de autos, y si con neumáticos en buenas condiciones y experiencia normal en el manejo de automóviles, se pudo haber evitado el accidente, respondió: "Existiendo discapacidad del sistema de dirección y frenado, por la existencia de arenilla o ripio sobre el pavimento, los neumáticos nuevos y la experiencia en el volante resultaba inocua".

Estas conclusiones fueron impugnadas por la Fiscalía de Estado, conforme escrito de fs. 252/253.

Cabe precisar que para desmerecer la eficacia probatoria del dictamen de oficio no bastan las simples discrepancias, sino que la parte debe acompañar elementos de juicio que permitan advertir fehacientemente el error o el inadecuado uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos de los que por su profesión o título habilitante se lo presume dotado.

Aquí, la impugnación formulada por la Fiscalía no resulta suficiente para desvirtuar el informe técnico presentado por el perito designado de oficio, que al contestar a fs. 265/266 brinda respuesta a los cuestionamientos formulados por la parte y ratifica su posición.

XIV.- Determinada la cuestión atinente a la responsabilidad en el suceso acaecido, resta indagar acerca de la procedencia de los daños reclamados en concepto de daño emergente, incapacidad sobreviniente, daño moral y gastos.

XIV.1.- En primer lugar, los actores reclaman una indemnización en concepto de daño emergente: señalan que la compañía de seguros respondió por la destrucción total del vehículo y reclaman la diferencia atendiendo al valor de mercado de la unidad.

Al respecto, cabe afirmar que no se produjo prueba con relación a este punto.

Los actores no han acreditado cuál ha sido el monto abonado por la aseguradora y la diferencia que alegan con el valor de mercado. Por ello no resulta procedente reconocer el rubro reclamado.

Tampoco se reconocerá la suma reclamada por la suma perdida por el alquiler de una casa en Las Grutas que -dicen- no pudieron utilizar como consecuencia del accidente. No se ha aportado prueba que acredite los extremos



invocados.

XIV.2.- En concepto de incapacidad sobreviniente estiman la suma de \$28.000 para María Alicia Garabello (14% de incapacidad, \$2.000 por cada punto de incapacidad), y para los restantes (Paula Garabello, Federico Solorzano y Francisco Solorzano) solicitan se determine judicialmente.

La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que cuando la víctima resulta disminuida en sus aptitudes físicas o psíquicas de manera permanente, esta incapacidad debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física tiene en sí misma un valor indemnizable y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida (FALLOS: 315:2834; 322:2002; 326:1673; 330:563, entre otros).

Por lo tanto, para evaluar su resarcimiento y siguiendo el criterio expuesto por la CSJN, no resulta necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco deben ser aplicados los porcentajes fijados por la ley de accidentes de trabajo que aunque, puedan resultar útiles como pautas de referencia, deben conjugarse con la ponderación de otros factores como las circunstancias personales de quien ha resultado damnificado, la gravedad de las secuelas y los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación (cfr. Fallos: 320:1361; 325:1156 y 330:563).

Corresponde entonces determinar si la "incapacidad sobreviniente" alegada se encuentra acreditada, y en su caso en qué magnitud.

En las actuaciones se cuenta con un informe pericial (fs. 278/282) en el que el perito médico legal determinó que la incapacidad de los actores se calcula en: Federico Solorzano (estrés postraumático 20%), Francisco Solorzano (estrés postraumático 20% y fractura de tibia 10%), Paula Garabello (estrés postraumático 20%), y María Alicia Garabello (fractura de dos ramas pubianas y alerón sacro más acortamiento 35% y estrés postraumático 20%).

Estas conclusiones fueron objeto de reproche por la accionada, quien a fs. 331 indica: "impugnamos por improcedente e injustificada la afirmación en cuanto a las secuelas psicológicas de los actores, entendiendo que la misma responde a una desafortunada extralimitación del experto, quien en exceso de sus facultades incorpora conclusiones y establece porcentuales de incapacidad al respecto, lo que resulta de toda vía inaceptable y jurídicamente improcedente, en tanto excede groseramente el ámbito propio de la ciencia a la que debe circunscribir su dictamen, lo que de por sí quita toda validez probatoria en autos".

No pasa inadvertido que el experto médico excede la tarea encomendada, pues frente al pedido de una pericia médica, realiza además un informe en el que concluye acerca de secuelas psicológicas de los actores, al punto que determina un porcentaje por "estrés postraumático".

A la falta de especialidad que posee el perito médico para determinar cuestiones atinentes al área psicológica o psiquiátrica, se suma que en las actuaciones se designó un especialista en la materia, quien no determinó merma o incapacidad psíquica en la persona de los actores Federico y Francisco Solorzano, fijando el 20% para María Alicia Garabello (fs. 343) y el 7% para Paula Garabello (fs. 348).

Pero, concretamente, lo que aquí se persigue es la determinación de la "incapacidad sobreviniente" que el hecho generó en los actores.

Con relación a Paula Garabello, Federico Solorzano y Francisco Solorzano, de las pruebas colectadas, puede concluirse que no cabe indemnizar por este rubro.

Paso a explicar cada caso:

a- Paula Garabello. El informe pericial de fs. 279 da cuenta de que su estado es normal, sin limitaciones funcionales. El perito médico sólo refiere a trastornos del sueño, manifestando la examinada que se despierta de noche con las imágenes del accidente, gritando, hasta que se ubica en tiempo y espacio, por lo que le asigna un 20% de incapacidad por "estrés postraumático", asignando la perito psicóloga por el mismo rubro un 7% de incapacidad, que denomina como "crónico leve" (conf. fs. 348), expresando que "aparecen manifestaciones ligadas a situaciones cotidianas pero con algún grado de relación con el conflicto generador de la reacción, no hay alteración de las relaciones laborales, pero si incide en la vida familiar presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base, no hay trastornos de la memoria ni de la concentración, puede ser tratado mediante terapias



leves".

El informe del experto médico no determina ninguna secuela física de modo tal que pueda implicar un porcentaje de incapacidad.

En definitiva, si lo que verdaderamente interesa a los fines de precisar la cuantía resarcitoria en el caso de la incapacidad sobreviniente, es determinar la medida en que la disfunción repercutirá en la situación de la víctima (cfr. Ac. 68/2012 de esta Sala Procesal Administrativa), la ausencia de lesión incapacitante veda la posibilidad de reconocer un resarcimiento en este aspecto.

Por lo tanto, en el punto se puede afirmar que, conforme los informes periciales analizados y los restantes elementos de prueba, no han sido acreditadas secuelas incapacitantes, por lo que el rubro no corresponde que sea indemnizado.

Lo dicho hasta aquí no implica que, considerando el padecimiento anímico que le provocó a la actora haber sido víctima de un daño injusto, dicha circunstancia no vaya a ser tenida en cuenta a la hora de valorar el rubro daño moral.

b.- Federico Solorzano. El perito médico dictamina que no presenta lesiones físicas, sólo refiere que lo asustan los ruidos fuertes, las frenadas, tiene aún pesadillas y cuando viaja en auto lo hace con temor, por lo que le asigna un 20% de incapacidad por estrés postraumático.

Ahora bien, a tenor de lo señalado en los párrafos anteriores respecto a la incumbencia del perito médico, la ausencia de incapacidad psíquica referida por la perito psicóloga, y por otro lado, la ausencia de lesión física incapacitante no cabe reconocer resarcimiento en concepto de incapacidad sobreviniente.

c.- Francisco Solorzano. El perito médico informa que sufrió fractura de tibia izquierda, por lo que dictamina que tiene un 10% de incapacidad, y el niño refiere que tiene dolor en la pierna luego de jugar al fútbol. Agrega el mismo perito que presenta secuelas psicológicas con trastornos del sueño y temor a viajar en auto, por lo que le asigna un 20% de incapacidad por estrés postraumático.

Aun cuando el perito determina un 10% de incapacidad por fractura de tibia, del informe producido surge que el examen de sus miembros inferiores es normal sin limitación funcional.

En consecuencia, y aquí también atendiendo a que el reclamante no presenta lesiones incapacitantes, no es posible reconocer monto alguno por el concepto analizado a su favor.

Ello no implica que, tratándose de una lesión cuya certeza se encuentra acreditada y considerando el padecimiento anímico que le ocasionó al menor haber sido víctima de un daño injusto, dicha circunstancia no vaya a ser tenida en cuenta a la hora de valorar el rubro daño moral.

d.- María Alicia Garabello. A fin de establecer la indemnización correspondiente debe hacerse mérito de las lesiones padecidas por la Sra. Garabello.

El informe pericial médico de fs. 278/282 refiere que el examen de su pelvis presenta limitación funcional; tiene una marcha bamboleante, dificultosa y por momentos dolorosa; la pierna derecha ha quedado 2 cm. más corta que la izquierda; no puede realizar la marcha en puntas de pie y con los talones. El perito agrega que presenta trastornos del sueño, le cuesta superar el accidente, se niega a manejar. Concluye que la incapacidad por fractura de dos ramas pubianas y alerón sacro más acortamiento es del 35%, y por estrés postraumático le asigna una incapacidad del 20%.

Por otra parte, la perito psicóloga, dictamina que posee un grado de incapacidad del 20%. "Trastorno de ansiedad generalizada. Leve: aparecen manifestaciones ligadas a situaciones cotidianas pero con algún grado de relación con el conflicto generador de la reacción, no hay alteración de las relaciones laborales, pero sí incide en la vida familiar, presenta acentuación de los rasgos más característicos de la personalidad de base, no hay trastornos de memoria ni de la concentración, puede ser tratado mediante terapias breves" (conf. fs. 343).

Las conclusiones que se refieren a estrés postraumático y trastorno de ansiedad generalizada entiendo que su apreciación se compatibiliza más con un daño de orden psicológico que con el rubro aquí abordado. Por lo tanto, a fin de evitar una eventual superposición de conceptos indemnizables, resulta prudente que su ponderación se efectúe al momento de evaluarse el daño moral.

Por otro lado, al referirse a la Sra. Garabello, el testigo Jorge Prades, a fs. 202 vta. refiere: "en su caminar se le nota la



dificultad". A fs. 204, el testigo Antonio Prades afirma: "se le nota de lejos que tiene dificultad para caminar", y a fs. 206 el testigo también relata: "le quedó una dificultad para caminar importante".

Dicho esto, se estima apropiado fijar el porcentaje de incapacidad en el 35% tal como refiere el perito médico, lo que aparece como una proporción razonable que contempla las secuelas anátomo-funcionales permanentes e irreversibles que importa para la actora esta lesión.

En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que al momento del evento tenía 41 años, (fs. 65) y se desempeñaba como docente (fs. 25/27, 356/382), no encontrándose acreditado cuál era el salario que percibía.

En este punto, cabe recordar que la carga en orden a aportar y acreditar tales extremos se encuentra a cargo de la actora, y no existiendo elemento alguno que certifique cuánto percibía por tales tareas habrá de tomarse como base de cálculo dos salarios mínimo, vital y móvil vigente al momento en que se produjeron los daños.

En consonancia con ello, se ha dicho que: "Cuando la víctima incapacitada no ejercía o no acredita el ejercicio de una actividad lucrativa (caso de la persona circunstancialmente sin ocupación) o es totalmente incierto el monto de los ingresos percibidos en la que se desempeñaba, o bien se trata del cómputo del lucro cesante futuro de un menor sin formación especializada o situaciones análogas, se recurre en nuestra jurisprudencia al parámetro del salario mínimo, vital y móvil para el cálculo de la indemnización. La solución se justifica porque éste constituye el umbral inferior de retribución de la ocupación más humilde en el mercado laboral, y desde que la adopción de una pauta más significativa tendría un valor conjetural, pudiendo pecar por exceso" (Matilde Zabala de González, "Resarcimiento de daños" T.2 Ed. Hammurabi 1996-530).

Es por ello que, considerando como monto de ingreso estimado la suma de \$500 (dos salarios mínimo vital y móvil conforme Decreto 388/2003) el porcentaje de incapacidad, la edad de la actora, la merma de las aptitudes físicas, y tomando como base parámetros establecidos por la fórmula matemática financiera corregida en función de las circunstancias concretas del caso, en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C. y C., corresponde fijar prudencialmente por este rubro la suma de \$28.500.

XIV.3.- Reclaman también los gastos de traslado, hospedaje y viandas. Refieren que mientras la Sra. Garabello permaneció internada en la ciudad de Neuquén, el Sr. Solorzano debió soportar gastos de traslado, alojamiento, vianda y alquiler de cochera para la camioneta. Estiman este rubro en la suma de \$5.000.

Con relación a este rubro, cabe atender que la actora se domicilia en Andacollo y el tratamiento fue realizado en la ciudad de Neuquén, donde permaneció internada por un mes y luego concurrió a rehabilitación.

Y en este contexto, aparece como probable que haya recibido la atención y compañía de su cónyuge. En consecuencia, son resarcibles los gastos de viaje, alojamiento y comida realizados por el esposo de la víctima con motivo de su internación, puesto que estuvo obligado moral y jurídicamente por el deber de asistencia a acompañar a su esposa accidentada (conf. fallo citado en la obra Resarcimiento de Daños 2º, Matilde Zavala de Gonzalez, pág. 154). No cabe requerir prueba directa de los pertinentes desembolsos, los que se infieren de la naturaleza de la lesión y del tratamiento terapéutico que ella exige.

Por tanto, pese a las deficiencias probatorias, en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Código Procesal, corresponde reconocer por este ítem la suma de \$5.000.

XIV.4.- En concepto de daño moral reclaman la suma de \$40.000 para María Alicia Garabello, \$25.000 para Francisco Solorzano y \$20.000 para Federico Solorzano y Paula Garabello.

En términos generales, el daño moral se configura cuando existe lesión a derechos que afectan el honor, la tranquilidad o la seguridad personal. En la medida en que se lesionan los bienes más preciosos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser.

Se ha dicho que el dolor humano es apreciable y la tarea del juez es realizar la justicia humana; no se trata de una especulación ilícita con los sentimientos sino de darle a la víctima la posibilidad de procurarse satisfacciones equivalentes a lo que ha perdido. Aun cuando el dinero sea un factor muy inadecuado de reparación, puede procurar algunas satisfacciones de orden moral, susceptibles, en cierto grado, de reemplazar en el patrimonio moral el valor que



del mismo ha desaparecido. Se trata de compensar, en la medida posible, un daño consumado. En este orden de ideas, el dinero es un medio de obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales.

La evaluación del perjuicio moral es tarea delicada, pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior, como en principio debe hacerse de acuerdo al art. 1083 del Código Civil. El dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Empero, la dificultad en calcular los dolores no impide apreciarlos en su intensidad y grado por lo que cabe sostener que es posible justipreciar la satisfacción que procede para resarcir dentro de lo humanamente posible, las angustias, inquietudes, miedos, padecimientos y tristeza propios de la situación vivida (Fallos 334:376).

Luego, y atendiendo a que los actores han reclamado como rubro autónomo el daño psicológico (conf. fs. 98), cabe señalar que este Cuerpo, en anterior composición, luego de señalar la ausencia de uniformidad doctrinaria y jurisprudencial en torno al tratamiento a acordar al daño psicológico o psiquiátrico, analizó la procedencia del rubro daño psicológico unitariamente con el daño moral, sin perjuicio de tomar en consideración a ese fin, los daños a la integridad psicofísica del demandante (cfr. causa "Palacios" Ac. 772/01).

Es decir que, aun cuando la lesión psicológica sea valorada y calculada dentro del daño moral, ello no significa que no sea indemnizada.

Dicho esto, corresponde analizar si resulta procedente este rubro, y en qué medida, para cada uno de los reclamantes, no por considerar un dolor mayor que otro, sino por hallarse acreditadas circunstancias diferenciadas con relación a cada uno de ellos, que necesariamente repercuten en plano resarcitorio.

a.- María Alicia Garabello. El rubro resulta procedente, debiendo tenérselo por configurado por la sola producción del evento dañoso, toda vez que por las características de la lesión padecida por la Sra. Garabello, la que, a tenor de los peritajes efectuados, altera su aspecto estético habitual, en atención a que la pierna derecha ha quedado dos centímetros más corta que la izquierda. La perito psicóloga refiere que existe una disminución en su capacidad de goce, que se relaciona con la disminución de su propia imagen y su inserción en el mundo habitual al que pertenecía y en el que se desenvolvía; que presenta una intensa preocupación por su cambio por lesión física, que trae aparejada una lesión psíquica, con la consiguiente disminución de la autoestima, lleva a estados como los descriptos: trastorno de ansiedad generalizada. Trastorno afectivo que conlleva a un desequilibrio.

Debe considerarse además que debió permanecer internada lejos de su familia y su ciudad de residencia por el lapso aproximado de un mes, sometándose luego a tratamientos de rehabilitación.

Todo ello, hace presumir la afectación inevitable de los sentimientos de la demandante.

En cuanto a la cuantificación del rubro, debe tenerse en cuenta la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado, que no tiene necesariamente que guardar relación con el daño material, pues no se trata de un daño accesorio a éste (fallos 308:698; 318:1598; 321:1117; 325:1156; 329:2688, entre otros).

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., y tomando en consideración las distintas cuestiones expuestas, se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$15.000,00.

b.- Paula Garabello. No ha padecido lesiones físicas, sin embargo, la perito psicóloga dictamina que "el accidente ha influido negativamente en su estado emocional" Refiere que "con una psicoterapia breve de tipo cognitivo conductual, podrá mermar su angustia, abulia, ansiedad, preocupación, con posibilidades de una positiva recuperación de su estado anímico" (fs. 321).

Por ello, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$8.000,00.

c.- Francisco Solorzano. Si bien la perito psicóloga dictamina que el niño no presenta secuelas de tipo emocional, de lo acreditado en autos surge que en oportunidad de producirse el accidente contaba con 8 años de edad, que sufrió fractura de tibia y debió ser enyesado. De allí que el sufrimiento en el momento del suceso, como el dolor físico que conllevó la etapa terapéutica, las incomodidades, la inmovilidad, deben ser indemnizados.



En consecuencia, en uso de la facultad conferida por el art. 165 del C.P.C.y.C., se establece como reparación total para el rubro, la suma de \$3.000,00.

d.- Federico Solorzano. La perito psicóloga dictamina que no presenta secuelas de tipo emocional, se presenta como seguro de sí mismo y "no existen dificultades en él para disponer energía en los contactos con el medio" (confr. fs. 326). De lo referido y las restantes pruebas producidas en autos, no se encuentran menoscabos susceptibles de ser indemnizados.

Por lo que éste rubro, con relación a Federico Solorzano, habrá de ser rechazado.

XV.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de \$59.500.- (\$48.500.- para María Alicia Garabello, \$8.000.- para Paula Garabello y \$3.000.- para Francisco Solorzano), rechazándose la demanda por Federico Solorzano. Los intereses se calcularán conforme la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia de Neuquén desde la fecha del siniestro -21/12/05- hasta el 01/01/08 y, desde entonces hasta el efectivo pago, a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco (cfr. Ac. 23/10, 25/10 y 27/10, entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia). Las costas del pleito se imponen en un 90% a la demandada y 10% a la actora (art. 68 C.P.C.y.C. y 78 Ley 1.305). 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, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR PARCIALMENTE a la demanda incoada por los actores contra la DIRECCION PROVINCIAL DE VIALIDAD, CONDENANDO a esta última a abonar a MARIA ALICIA GARABELLO la suma de \$48.500,00; a PAULA GARABELLO la suma de \$8.000,00; y a FRANCISCO SOLORZANO la suma de \$3.000,00, con más los intereses que surgen del considerando XV, RECHAZANDO LA DEMANDA incoada en representación de FEDERICO SOLORZANO; 2º) Imponer las costas en un 90% a la demandada y en un 10% a la actora (art. 68 C.P.C.y.C. y 78 Ley 1.305); 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. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"ARIAS RICARDO ANTONIO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN (PJ) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3488/2011)
– Acuerdo: 25/16 – Fecha: 30/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

PODER JUDICIAL. AUTARQUÍA. MAGISTRADOS Y FUNCIONARIOS. ABOGADOS. ADICIONAL POR ANTIGÜEDAD. COMPUTO. TIEMPO DE SERVICIO O MATRICULACION. DISTINCION CON OTROS PROFESIONALES. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD.

1.- Corresponde rechazar la demanda mediante la cual los actores, solicitan que se ordene el pago del adicional por antigüedad previsto en el art. 10 de la Ley 1971



(incorporados por el art. 4 de la Ley 2501) desde la fecha de matriculación en los respectivos colegios profesionales, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo. Ello porque la fijación de las remuneraciones de los funcionarios del Poder Judicial, incluidas las bonificaciones que la componen, es una potestad del Poder Legislativo. A partir de allí, según el texto del artículo 10 de la Ley 1971 —con la reforma hecha por Ley 2501—, el reconocimiento de los años de antigüedad, desde la matriculación, solamente alcanza a los abogados. Tal conclusión fue extraída también de la consulta a la intención del legislador, por medio del análisis del debate parlamentario. La norma en cuestión fue respetada al dictarse el Acuerdo de Superintendencia N° 4739/11.

2.- Efectuado el control difuso de constitucionalidad de la distinción, hecha por los Diputados, entre abogados y otros profesionales, que se desempeñan en el Poder Judicial, a los efectos de asignar mayores recursos a la retribución de la antigüedad de los primeros y no hacerlo con los segundos a través del prisma del principio de igualdad, resultó que la discriminación no resulta arbitraria porque hay datos objetivos, que brindan razones suficientes para sustentarla. Entonces, debe respetarse la decisión de los Legisladores, en tanto este Tribunal, al no encontrar reparos constitucionales, no puede traspasar los límites de la jurisdicción, violando la división de poderes.

Texto completo:

ACUERDO N° 25. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los treinta días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Doctores RICARDO TOMAS KOHON y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ARIAS RICARDO ANTONIO Y OTROS C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN (PJ) S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3488/11, 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.- A fojas 26/53 se presentan Ricardo Antonio Arias, Lydia Ángela Carolina Caunedo, Leandro Giardili, Alicia Méndez, Susana Morales y Laura Edith Scarano, con patrocinio letrado, interponen demanda procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Solicitan que se ordene el pago del adicional por antigüedad previsto en el art. 10 de la Ley 1971 (incorporados por el art. 4 de la Ley 2501) desde la fecha de matriculación en los respectivos colegios profesionales, así como el reconocimiento retroactivo de las diferencias salariales derivadas del mismo por los períodos no prescriptos, todo ello con sus correspondientes intereses a la tasa activa, con imposición de costas a la demandada.

Manifiestan que son profesionales no abogados del Poder Judicial —contadores, médicos, psicólogos, asistentes sociales, ingenieros informáticos, etc.— con diversa antigüedad en la prestación de sus servicios, recibiendo una retribución asimilada a la que perciben los magistrados y demás funcionarios judiciales abogados.

Plantean que por su responsabilidad funcional y la retención de matrícula que su actuación ante el Poder judicial les exige —lo que les impide desarrollar su actividad profesional fuera de este ámbito— el legislador provincial determinó sus salarios de acuerdo al mismo esquema salarial del cual resultan beneficiarios los funcionarios abogados, reconociéndoles el cúmulo de ítems que perciben aquellos.

Explican que mediante el art. 4 de la Ley 2501, sustitutivo del art. 10 de la Ley 1971, la Legislatura Provincial confirió a los magistrados, funcionarios, agentes del Poder judicial e integrantes de los Ministerios Públicos y Cuerpos Auxiliares de la



Justicia Provincial, un adicional por antigüedad por cada año de servicio o fracción mayor a seis meses, computado al 31 de diciembre del año inmediato del año anterior, equivalente al 2% de la sumatoria de los rubros: salario básico, compensación jerárquica, compensación funcional, permanencia en la categoría, ubicación escalafonaría y título.

Agregan que la referida norma legal en su tercer párrafo estableció que el adicional por antigüedad allí estatuido se computaría exclusivamente para magistrados judiciales, fiscales y fiscales adjuntos, defensores y defensores adjuntos, secretarios y prosecretarios de todas las instancias, desde que estos comenzaron a prestar servicios por ante el Poder Judicial o desde su matriculación en el Colegio Profesional, según resultare más favorable para el beneficiario. Para los restantes funcionarios y agentes –que los incluye- la bonificación en cuestión sólo se estipuló que se calcularía en función de su antigüedad en el servicio.

Afirman que este adicional remuneratorio por antigüedad diferenciado no supera el test previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional, ya que limita el cómputo al tiempo de servicio, descartándose la posibilidad –que sí poseen los funcionarios judiciales abogados- que se compute desde la fecha de matriculación en el Colegio Profesional respectivo, según sea más conveniente a los intereses del beneficiario.

Comentan que impetraron una reclamación administrativa tendiente a obtener el pago del adicional (transcriben los fundamentos expuestos) pero fue desestimada por medio del Acuerdo 4739 del 5 de agosto de 2011 donde se consideró que no correspondía abonar el adicional por antigüedad pretendido.

Brindan los argumentos que consideran que justifican la procedencia de la demanda. Refieren que es evidente que de la simple literalidad del art. 10 de la Ley 1971 no surgen alcanzados; lo que cuestionan es la razonabilidad del distingo presente en la norma aludida y en lo que el Acuerdo impugnado se refiere, rebaten los fundamentos por los cuales la autoridad administrativa del Poder judicial pretende sostener el criterio diferenciador empleado por el legislador provincial.

Reiteran que las funciones desarrolladas por ellos son de similar responsabilidad –o mayores en algunos casos según el escalafón vigente- a aquellos funcionarios que ostentan el título de abogado.

Destacan que la responsabilidad funcional, en tanto criterio por antonomasia para encuadrar los escalafones jerárquicos y la progresividad de las escalas salariales no ha sido óbice para que el legislador provincial prevea un cálculo diferencial del cómputo de la antigüedad a favor de quienes ostentan el título de abogado en desmedro de quienes no lo poseen.

Mencionan los debates parlamentarios que justificaron las razones de la distinción y reiteraron los cuestionamientos a los argumentos del acto administrativo impugnado.

Plantean que tanto los profesionales que son abogados, como los que no lo son, brindan al Poder Judicial tareas sin las cuales éste no podría funcionar.

Agregan que es tan importante para la prestación del servicio de justicia quienes “dicen el derecho” en el caso concreto, como aquél que, verbigracia, administra los recursos económicos o humanos o brinda su ciencia en pos de dar certezas médicas en una investigación penal.

Repiten que los fundamentos sentados en el Acuerdo que impugnan no bastan para justificar una diferenciación salarial como la presente en el art. 10 de la Ley 1971, correspondiendo por lo tanto su declaración de nulidad y asimismo, en el supuesto que, agotados la integralidad de los mecanismos interpretativos, no fuera posible sortear el valladar presente en la norma analizada, solicitan se la declare inconstitucional.

Enumeran y describen, con citas jurisprudenciales, los principios constitucionales que consideran involucrados: a) el principio de igualdad; b) igual remuneración por igual tarea; c) la opción del régimen más beneficioso para el trabajador y d) alcance de la garantía de igualdad en el ámbito supranacional.

Afirman que el legislador determinó selectivamente qué funcionarios judiciales poseen la opción de computar la antigüedad que mejor los beneficie al tiempo de percibir sus salarios y, por supuesto, su posterior haber jubilatorio. Lo harán desde su colegiación en caso que este sea mayor que la antigüedad que puedan computar de otros trabajos en el Estado, aumentando significativamente sus ingresos.

Dicen que esta decisión de política legislativa es cuestionada porque entiende que la razón objetiva del título no



aparece en el ordenamiento jurídico como habilitante para otorgar tratos diferenciales.

Señalan que su status laboral es idéntico en sus responsabilidades a los cargos que desempeñan los funcionarios abogados. Poseen categorías asimilables a fiscal, juez, camaristas y tantos otros que inciden en sus remuneraciones, pero por imperio del distingo legal efectuado por el art. 10 de la Ley 1971 no pueden computar su antigüedad igual que lo hacen los abogados, sólo por la razón de tener un título universitario distinto.

Introducen el caso federal de la cuestión.

II.- A fs. 57/60 por medio de la R.I. 75/12, se resuelve rechazar las recusaciones formuladas por la parte actora.

III.- Luego, mediante la R.I. 375/12, se decreta la admisión de la acción (fs. 80).

IV.- Ejercida la opción por el procedimiento sumario (fs. 81/82), se corre traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado.

V.- A fs. 96/106, la demandada interpone la defensa de prescripción de la acción procesal administrativa y subsidiariamente, contesta la demanda, solicita su rechazo, con costas.

Destaca que ambas partes concuerdan que son de aplicación diversas normas jurídicas provinciales, entre otras Leyes 1284, 1305, sometiéndose los actores voluntariamente, en forma total y sin reservas. Dice que, tal conducta, implica la sujeción a un régimen jurídico determinado y cierra la posibilidad de intentar dejar tal acatamiento, cuestionándolo directa o indirectamente, alegando una eventual violación de derechos.

Afirma que la demanda no es procedente porque se produjo la prescripción de la acción procesal administrativa, para impugnar directa o indirectamente el artículo 4 Ley 2501 y por ende, el tercer párrafo del artículo 10 de la Ley 1971.

Explican que el artículo 4 de la Ley 2501, 3º párrafo del artículo 10 de la Ley 1971 (norma principalmente cuestionada), fue sancionada y promulgada el 21 de septiembre de 2005 y luego publicada en el Boletín Oficial de la Provincia de Neuquén, Edición 2948 el 30 de septiembre del mismo año. Indica que, como surge de fs. 15 del expediente administrativo, recién el 4 de enero del 2011 los actores iniciaron la reclamación administrativa destinada a cuestionar la Ley 2501. Así dice que a la fecha de la presentación de esa reclamación administrativa ya había transcurrido en exceso el plazo de 5 años (art. 191, inc. a) de la Ley 1284), considerándose que la entrada en vigencia –obligatoriedad de la misma- fue a los 8 días siguientes a la publicación en el Boletín.

Entiende que la principal norma que deberían haber atacado en tiempo y forma los actores, era el art. 4 de la Ley 2501 en cuanto sustituyó el 3º párrafo del artículo 10 de la Ley 1971, que fue en definitiva la que les estaría afectando sus derechos al no estar establecidos para ellos, que el cálculo del adicional por antigüedad, se debería bonificar tomando en cuenta, la matriculación en el Colegio Profesional.

Niega todos y cada uno de los hechos expuestos por su contraparte, que no sean motivo de expreso reconocimiento.

Acota que la pretensión esgrimida respecto a los profesionales "médicos" (desde el otorgamiento de la matrícula por la Subsecretaría de Salud Provincial) y los profesionales "informáticos" (el pago del adicional desde la obtención del pertinente título profesional) resulta improcedente, ya que en tales supuestos o similares, ni siquiera presentaría el requisito expreso establecido en la ley, de considerar, la "matriculación en el Colegio Profesional".

Refiere que en el Acuerdo 4739/11, que rechaza la reclamación administrativa de los actores, se encuentran las razones por las que se consideró que era válida la postura de su parte.

Alude a los fundamentos brindados, dándolos por reproducidos.

Menciona y analiza el concepto de antigüedad en el desempeño de la Administración Pública a lo largo del tiempo para arribar a la Ley 2501 donde se realiza la diferencia cuestionada.

Plantea que no se logra vislumbrar la violación al principio de igualdad alegada, ni que la distinción diseñada por el legislador provincial, aparezca como irrazonable.

Expresa que el constituyente local ha establecido como presupuesto, a los efectos de ocupar determinados cargos judiciales, poseer el título profesional específico y haber ejercido la profesión de abogado. Cita los artículos 228, 40 y 38 inciso e) de la Constitución Provincial.

Concluye manifestando que todos los funcionarios son iguales ante la ley a los fines de rendir el concurso que aspira a encontrar al idóneo en ocupar un cargo público vacante. Pero no todos los profesionales pueden aspirar a los cargos



que se encuentran vacantes; la propia Constitución requiere título habilitante para algunos casos; por lo tanto, la concesión legislativa de un beneficio de opción en el cómputo de la antigüedad de quien reviste destacada trayectoria, experiencia e idoneidad en el campo y manejo del saber jurídico no viola la garantía de igualdad para con otras profesiones, dado que se presenta como un criterio legal, razonable y objetivo, que por más discutido que sea por aquellos profesionales que no son abogados, no por ello el beneficio en sí se convierte en inconstitucional.

Indica que es improcedente el pedido de declaración de inconstitucionalidad, en especial porque no se brindan argumentos para sostener el planteo. Cita jurisprudencia y doctrina vinculada.

Acota que es trascendente para el rechazo de la demanda la falta de prueba conducente.

Subsidiariamente, plantea la defensa de prescripción para el pago de diferencias de haberes e intereses.

Asimismo, para el supuesto de que se hiciera lugar a la demanda, peticiona que se deje establecido la procedencia sobre capital y, en su caso, intereses, que corresponden al I.S.S.N. en concepto de aportes personales –asistenciales y provisionales como también en concepto de contribuciones patronales– asistenciales y previsionales.

Efectúa reserva de la cuestión federal.

VI.- A fs. 108/109 los actores contestan el planteo de prescripción.

Manifiestan que contrariamente a lo aseverado por la accionada no se cuestiona ni directa ni indirectamente la Ley 2501; lo que pretenden es que la autoridad administrativa competente aplique los alcances de dicha ley en paridad para todos los profesionales dependientes del Poder Judicial provincial, sean o no abogados.

Destacan que el acto impugnado –Acuerdo 4739/11- en ningún momento atendió sobre la presunta prescripción que ahora se invoca; que importa una trasgresión al principio de buena fe.

Indican que cabe desechar la excepción de prescripción que intenta la contraria, al encontramos ante un caso de omisión continuada de la autoridad administrativa –y por lo tanto imprescriptible- consistente en la falta de aplicación de los efectos de una norma que impone tal cometido, sin necesidad de tachar su validez constitucional.

Sobre los haberes dicen que fueron requeridos los períodos no prescriptos por lo cual no se verifica ninguna controversia sobre la cuestión.

VII.- A fs. 114/115 se dicta la R.I. 90/14 aceptando la excusación formulada por el Sr. Fiscal General, Dr. José Ignacio Gerez.

VIII.- Corrida la vista correspondiente al Sr. Fiscal Subrogante opina que debe rechazarse en todas sus partes la demanda (fs. 119/128).

IX.- A fs. 129 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.

X.- A fs. 130, se dispuso la suspensión del llamado de autos hasta tanto se cumplimentara lo dispuesto con relación al fallecimiento de la actora, Sra. Alicia Méndez, quien se desempeñara como funcionaria de éste Poder Judicial. A fs. 138 se presenta a tomar intervención, en calidad de único y universal heredero, su cónyuge –Hugo Gabriel Domingo Lucero- conforme declaratoria dictada en los autos: “Méndez Alicia s/sucesión” expediente 508389/2015, en trámite ante el Juzgado Civil, Comercial y de Minería N° 1 de esta Ciudad.

XI.- A fs. 142 se reanuda el llamado de autos.

XII.- Ahora bien, la situación planteada fue oportunamente considerada por esta Sala, con voto del Dr. Massei en los autos: “Cesano, Héctor Osvaldo c/Provincia de Neuquén s/acción procesal administrativa” Expte. N° 2072/07, por lo que toda vez que comparto íntegramente el análisis allí realizado, se transcribirán aquí los fundamentos que llevaron al rechazo de la demanda.

Así, en dicho precedente se expresaba que corresponde partir del principio de que la Constitución Provincial atribuye al Poder Legislativo la facultad de fijar los salarios de los actores, en su calidad de funcionarios del Poder Judicial.

Efectivamente, el texto constitucional promulgado en 1957, en el artículo 153, determinaba que la retribución debía ser fijada por ley. Ello, en concordancia con la atribución de la Cámara de Diputados de fijar las remuneraciones (artículo 101, inciso 15, de la CP 1957).

Luego de la reforma, la determinación de las remuneraciones se mantuvo como atribución del Poder Legislativo



(artículo 189, inciso 15, de la CP).

Por lo tanto, la fijación de las retribuciones de los magistrados y funcionarios del Poder Judicial se inscribe en el ámbito de reserva del Legislador Provincial.

Entonces, corresponde partir del repaso de la redacción del artículo 10 de la Ley 1971, texto según artículo 4 de la Ley 2501:

“Los magistrados, funcionarios, agentes del Poder Judicial e integrantes de los Ministerios Públicos y Cuerpos Auxiliares de la Justicia Provincial, percibirán en concepto de adicional por antigüedad por cada año de servicio o fracción mayor a seis (6) meses, que registren al 31 de diciembre del año inmediato anterior, una suma equivalente al dos por ciento (2%) de la sumatoria de los rubros: salario básico, compensación jerárquica, compensación funcional, permanencia en la categoría, ubicación no escalafonada y título. La determinación de la antigüedad total de cada agente se hará sobre la base de los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en organismos nacionales, provinciales y municipales”.

“Para magistrados judiciales, fiscales y fiscales adjuntos, defensores y defensores adjuntos, secretarios y prosecretarios, de todas las instancias respectivamente, se bonificará el tiempo de antigüedad computable de servicio o de matriculación en el colegio profesional, según sea más favorable al beneficiario”.

“Para los restantes funcionarios y agentes la bonificación se calculará en función de la antigüedad en el servicio. No se computarán, a los fines del presente artículo, los años de antigüedad que devengan de un beneficio previsional. Este beneficio se computará hasta que el magistrado, funcionario o agente judicial haya acumulado treinta (30) años de servicio, en un todo de acuerdo con la determinación indicada en los párrafos anteriores”.

“Para aquellos magistrados, funcionarios o agentes que al momento de entrada en vigencia de la presente perciban un adicional por antigüedad superior a treinta (30) años de servicio, dicha suma será considerada como tope máximo en cada caso en particular”.

Ahora bien, siguiendo a la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sabido es que las normas deben ser interpretadas indagándose su verdadero alcance, mediante un examen de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto, no de manera aislada o literal, sino armonizándolo con el resto del ordenamiento específico, esto es, haciendo de éste el objeto de una razonable y discreta hermenéutica (Fallos 311:2091, 315:2685, 326:1320).

Además, que “la primera fuente de interpretación de la ley es su letra (Fallos: 307:2153; 312:2078 y 314:458, entre muchos otros) pero a ello cabe agregar que su comprensión no se agota con la remisión a su texto, sino que debe indagarse, también, lo que ella dice jurídicamente, dando pleno efecto a la intención del legislador, y computando la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Causa “Rizzo”, Letra R N° 369 Año 2013 Tomo 49, dictado en 18/06/13-Publicado en: LA LEY 26/06/2013, 6 -LA LEY 2013-D, 25 • ED 04/07/2013, 14 - LA LEY 17/07/2013, 12 – Cita online: AR/JUR/22508/2013).

XIII.- Como puede observarse, el artículo 10 de la Ley 1971 —texto según Ley 2501—, en el primer párrafo, establece —a modo general- el modo de computar el adicional por antigüedad para “magistrados, funcionarios, agentes del Poder Judicial e integrantes de los Ministerios Públicos y Cuerpos Auxiliares de la Justicia Provincial” (por cada año de servicio o fracción mayor a seis meses que registren al 31/12 del año inmediato anterior, la suma equivalente al 2%) y señala que: “la antigüedad total de cada agente se hará sobre la base de los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en organismos nacionales, provinciales y municipales”.

Luego, el segundo párrafo, tiene en vista un determinado universo de destinatarios: “magistrados judiciales, fiscales y fiscales adjuntos, defensores y defensores adjuntos, secretarios y prosecretarios, de todas las instancias respectivamente”; para ellos, se bonifica, según sea más favorable, el tiempo de antigüedad computable de servicio o de matriculación en el Colegio Profesional.

Y, sigue el tercer párrafo: “para los restantes funcionarios y agentes” la bonificación se calculará en función de la antigüedad en el servicio.

Es decir, en lo que aquí importa, (excluyendo los magistrados) todo lleva a colegir que la misma norma distingue entre “funcionarios”: el segundo párrafo se está refiriendo a los “funcionarios” cuyas funciones requieren poseer título de



abogado; el tercer párrafo se está refiriendo a los "otros funcionarios" cuyas tareas no requieren del título de abogado (aun cuando estén equiparados en categoría).

Obsérvese que, de otro modo ningún sentido tendría la fórmula "para los restantes funcionarios", que son tratados conjuntamente con los "agentes". En el punto, es claro que la tarea interpretativa debe llevarse a cabo de modo tal que no se contradiga la letra de los párrafos segundo y tercero ("Para magistrados judiciales... secretarios y prosecretarios" - "Para los restantes funcionarios...").

Por lo tanto, desde la interpretación exegética del texto de la Ley, es posible arribar a una primera conclusión: los aquí actores, aún cuando sus remuneraciones estén equiparadas presupuestariamente a la categoría de "Secretario de Cámara; Secretario, Fiscal, etc.", no están alcanzados por el párrafo segundo —que supone el ejercicio de funciones que requieren el título de abogado—, sino que están incluidos en el párrafo tercero, dentro de la fórmula "para los restantes funcionarios"; consecuentemente, la bonificación se calcula en función de la antigüedad en el servicio.

XIII.1.- Para continuar, lo anterior se refuerza si se indaga, también, en la intención del legislador al sancionar la Ley; es que, la voluntad expresada en la discusión parlamentaria de la Ley 2501 compone otra pauta de interpretación esencial, que viene a ratificar el criterio hasta aquí expuesto.

En otras palabras, del examen de los antecedentes deliberativos que concluyeron en el texto sancionado, se ratifica el contenido del art. 4 de la Ley 2501 —que modificó el artículo 10 de la Ley 1971, en el aspecto bajo análisis— en los términos aquí interpretados.

En efecto, exponía el Diputado Gutiérrez, como miembro informante del primer despacho, durante el tratamiento en general del proyecto de Ley: "El proyecto (...) podemos decir que tiene dos partes bien diferenciadas (...) la segunda parte —que es el artículo 4º— es donde algunos diputados no coinciden en algunos aspectos, es por ello que existen dos Despachos de Comisión, uno por mayoría que es el reconocimiento de la antigüedad (...) desde que se recibieron de abogados y el otro es donde no se reconoce este concepto...".

Asimismo, resalta que "... el sistema actual (...) descarta el pago del rubro a un abogado cuya experiencia en el ejercicio de la profesión ha sido justamente la que le vale la designación, (...) adecua el sistema a dos valores: por un lado, la igualdad con razonabilidad y, por otro, remueve un obstáculo para el ingreso al Poder Judicial de abogados con experiencia" (se hizo mención al proyecto remitido por el TSJ en cuanto agilizaría el ingreso de abogados con experiencia al Poder Judicial).

Luego, sin ánimo de transcribir aquí el debate que se dio al proyecto de la mayoría, como puede observarse de la Reunión 16 del 20/9/2005, incluso los Diputados que no estaban de acuerdo, se referían a la "antigüedad de los magistrados y los profesionales de la abogacía de la justicia neuquina" (Diputado Kogan); el Diputado Radonich, mostraba su desacuerdo cuestionando por qué no se reconocía también la antigüedad de los demás profesionales que existen en el Poder Judicial: contadores, asistentes sociales, psicólogos, médicos; a los mismos trabajadores desde el título secundario, etc.; y, en ese contexto se hizo referencia a la nota recibida por el Colegio de Abogados apoyando la propuesta.

Por su parte, en el tratamiento en particular, se sugirió una nueva redacción al art. 4:

"para magistrados judiciales, fiscales y fiscales adjuntos, defensores y defensores adjuntos, secretarios y prosecretarios, se bonificará el tiempo de antigüedad derivado de la inscripción inicial en la matrícula profesional de abogados que haya obtenido en cualquiera de los Colegios de Abogados de la Provincia del Neuquén, según sea más favorable al beneficiario...".

El Diputado Gschwind, de cara a lo anterior, expresó que había recibido por escrito un aporte, incluso de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Provincia, donde se les advertía que podía haber alguna duda con respecto a la aplicación y en la interpretación del precepto, por lo que consideraban conveniente agregarle "de todas las instancias respectivamente".

El Diputado Inaudi, más allá de votar en contra del artículo, advirtió que habría que dejar aclarado que se está refiriendo al título de "abogado" para que no haya malos entendidos; ello, toda vez que si el espíritu del proyecto estaba dirigido a quienes ejercen eminentemente funciones jurisdiccionales, debía tenerse en cuenta la existencia de



otros cargos (contadores, sicólogos, etc.) cuyos salarios estaban equiparados a los de los cargos a los cuales se les está estableciendo el beneficio; es decir, pretendía dejar aclarado –mas allá de su desacuerdo con el artículo- que se estaba refiriendo al título de abogado y no al de otros funcionarios con salarios equiparados.

No obstante, dicha advertencia no fue recogida, en el entendimiento que, "en la versión taquigráfica iba a quedar plasmada la intención de los legisladores porque queda claro que acá se habla de `para magistrados judiciales, fiscales (...) de todas las instancias respectivamente ´(...) estamos hablando de abogados, ninguno de estos cargos son médicos ni contadores y tiene un sentido, no es que no se quiera remunerar ni tomar el mismo criterio (...) ¿queda claro?

Si lo que estamos poniendo acá al hablar de `para magistrados (...) estamos hablando de abogados (...) queda claro que en el diario de sesiones, en la versión, queda la intención de los legisladores" (Diputado Gschwind, cfr. Versión Taquigráfica del Tratamiento en particular del proyecto de ley que establece un incremento del quince por ciento en la asignación del cargo de vocal del Tribunal Superior de Justicia- Reunión XVII, de fecha 21/09/2005).

De tal modo, luego de la consulta a la intención del Legislador, no quedan dudas de que la posibilidad de computar el tiempo desde la matriculación en el Colegio Profesional o en el servicio (la que sea más favorable) está dirigida a quienes cuentan con el título de "abogado" (requisito indispensable para ejercer las funciones del segundo párrafo del artículo 10 de la Ley 1971); para los "restantes funcionarios", aún cuando estén presupuestariamente equiparados a las categorías mencionadas en ese segundo párrafo del art. 10, su antigüedad se calcula en función de la antigüedad en el servicio.

Así las cosas, deviene oportuno recordar que la hermenéutica de las leyes provinciales sobre remuneraciones de magistrados y funcionarios compete en última instancia a este Tribunal.

Y, en tal faena, este Cuerpo está limitado a la observancia de la recta interpretación del texto legal y, en caso de oscuridad, debe recurrir a la indagación de la voluntad del legislador a fin de no desvirtuarla; lo contrario supondría invadir una esfera de competencia de otro poder (Acuerdos N° 124/11, 125/11, entre otros).

Desde tal perspectiva, no caben dudas acerca de que el Acuerdo de Superintendencia N° 4739/11, que rechaza el pago del adicional por antigüedad, previsto en el art. 4 de la Ley 2501, desde las fechas de matriculación se ajusta a lo normado por el artículo 10 de la Ley 1971.

Sucede que, desde la perspectiva del régimen legal analizado, no puede asimilarse la situación de los actores con los funcionarios abogados.

XIV.- En cuanto a la tacha de inconstitucionalidad de la disposición legal en cuestión —artículo 10 de la Ley 1971, según la reforma hecha por Ley 2501— se anticipa que en autos no se verifica la invocada afectación al principio de igualdad.

Cabe comenzar recordando, que el análisis de la cuestión, no puede agotarse en la fórmula que contiene el artículo 16 de la Constitución Nacional al establecer que "todos los habitantes son iguales ante la ley".

Antes bien, debe partirse de la premisa sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que en una aprehensión relativa del concepto, comienza por afirmar, que el principio de igualdad no requiere indefectiblemente tratar a todos los individuos de una misma manera, sino a todos los iguales de igual modo. En otras palabras, ello traduce el derecho de todos a que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a unos de lo que se concede a otros en iguales circunstancias (Fallos: 16:118).

Claramente queda perfilado así, que la cláusula constitucional no abraza la igualdad absoluta de todos los habitantes, sino que refiere una igualdad relativa a las circunstancias en que se hallen.

La discriminación arbitraria conduce a dar a algunos, lo que se les niega a otros en situaciones sustancialmente iguales, sin que las particularidades propias de las respectivas situaciones, justifiquen de manera razonable el diverso trato dispensado en consecuencia.

Toda clasificación debe ser "razonable", "no arbitraria", y descansar sobre algún tipo de base de diferenciación que tenga una "vinculación sustancial, objetiva y justa", con el propósito de la legislación, de manera tal, que todas las personas en similares circunstancias, sean tratadas de igual forma (cfr. Acuerdo 20/12, autos: "Álvarez, Felix Estanley";



voto del Dr. Massei).

En el mismo sentido, se ha expuesto que:

“La garantía constitucional de igualdad no puede considerarse vulnerada si la norma no fija distinciones irrazonables o inspiradas con fines de ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupos de personas. Tal principio no impide que se contemple en forma distinta situaciones que se consideran diferentes, aunque su fundamento sea opinable...” (cfr. Acuerdo 1617/09, autos “Bustos”; voto del Dr. Massei).

Sentado entonces, que las leyes no sólo pueden, sino que deben clasificar para mantener esa igualdad, y consecuentemente, que el legislador puede crear categorías, grupos o clasificaciones que irroguen trato diferente entre los habitantes, el interrogante sufre un nuevo desplazamiento y nos enfrenta al obstáculo consistente en determinar qué circunstancias son relevantes a los efectos de agrupar a los individuos, sin agredir la cláusula de igualdad, como así también el alcance de la revisión que sobre las mismas puede efectuar el juzgador.

El test de razonabilidad, entendido como el control de la legitimidad de las opciones valorativas discrecionales de los legisladores, tiende a cumplir con la exigencia de que todos los actos estatales sean justos, lo que implica que sean razonables y proporcionales.

La razonabilidad, se presenta entonces como el patrón de justicia para determinar, si la solución elegida por el legislador dentro de la zona de arbitrio que deja la Constitución, es válida; impone un cierto límite, que si se traspasa, nos hace caer en la zona opuesta: en lo irrazonable o en lo arbitrario (Acuerdo N° 1086/05, “Inaudi”, voto Dr. Kohon).

La reglamentación legal, no puede distinguir situaciones que carecen de una diferencia objetiva. Y esta diferencia objetiva debe ser analizada en orden a los fines perseguidos por la ley.

En tal marco, cabe puntualizar que antes de la reforma sancionada en el artículo 4 de la Ley 2501, la antigüedad se reconocía, a todo el personal, únicamente por los años de servicio en organismos públicos. A partir de la modificación, a los magistrados y funcionarios, con título de abogado, se les reconoce desde su matriculación, siempre que resulte más favorable.

O sea que, la reforma no supuso una detracción de derechos a los demás profesionales, sino que amplió el reconocimiento de la antigüedad para los abogados.

En dicho marco, lo primero que surge es que la bonificación por antigüedad no retribuye las concretas tareas que presta el personal, sino su experiencia.

Por lo tanto, no influyen para nada en el monto de ese rubro salarial otros aspectos de la función, como pueden ser: jerarquía; obligaciones; inhabilidades y prohibiciones; grado de capacitación, y/o responsabilidades.

Claramente, funcionarios con menor jerarquía, responsabilidad, etcétera, pueden percibir una suma mayor en concepto de antigüedad.

Con la bonificación por antigüedad, se promueve que ingresen y se mantengan en el Poder Judicial personas con mayor trayectoria, a través de un reconocimiento salarial directamente proporcional a los años de servicio prestados en organismos públicos y, en el caso de los abogados, también en el ejercicio de la profesión en forma liberal.

XIV.1.- Ese reconocimiento de la trayectoria de los abogados, tuvo en miras colocar en igualdad de condiciones los méritos y experiencia de los profesionales con antecedentes en el ejercicio de la profesión liberal.

Sucede que el artículo 228 de la Constitución Provincial determina los requisitos para el acceso a los cargos de magistrados y funcionarios.

En dicha norma se estipulan diferentes mínimos de años de ejercicio de la abogacía.

El título de abogado es el que habilita para el acceso a los cargos.

A la vez, en la cláusula constitucional comentada se equipara el ejercicio en forma independiente con el efectuado en el desempeño de un cargo judicial.

Con lo cual, los Constituyentes Provinciales han reparado en que el trabajo liberal como abogado es similar al desempeño como funcionario o magistrado. No ocurre lo mismo con otros profesionales que cubren funciones en la estructura del Poder Judicial.

Sin embargo, antes de la reforma, el artículo 10 de la Ley 1971 no reconocía esa equiparación constitucional.



XIV.2.- Por otra parte, también debe ponderarse que la función definitiva y esencial del Poder Judicial es la jurisdicción (decir el derecho).

Más allá de que la función que define al Poder Judicial es la jurisdiccional, también es necesaria una estructura de apoyo, la cual, además de abogados, se compone de otros profesionales.

Pero, obviamente, el peso de otros profesionales en esa estructura es mucho menos significativo.

De modo que, enfrentados a la demanda de profesionales en abogacía que requiere el Poder Judicial, no se presenta como irrazonable aumentar el incentivo para que abogados con mayor antigüedad en el ejercicio liberal de la profesión se postulen a cubrir las vacantes que se vayan generando y a la vez se mantengan dentro del Poder Judicial. Obviamente, que la experiencia, medida solamente en años desde la matriculación, no es el único parámetro para la elección de un profesional en el correspondiente concurso público, pero el reconocimiento salarial de esa antigüedad amplía el número de postulantes a los cargos que se concursan, con el consiguiente beneficio para la selección de funcionarios y magistrados con mejores cualidades.

O sea que, con estas consideraciones puede responderse al interrogante que plantea la demanda: el Poder Judicial no es prescindente de la capacidad y experiencia de otros profesionales que incorpora, por eso es que éstos deben atravesar los correspondientes concursos de oposición (capacidad) y antecedentes (experiencia), pero sí es correcto que le interesa tener buenos abogados.

Sucede que el producto principal de la actividad de este Poder son las decisiones judiciales y, por eso, en los cargos correspondientes a la estructura de apoyo a la función jurisdiccional también es necesario contar con el conocimiento del derecho propio de los abogados, ya que todas las áreas se encuentran atravesadas por aspectos jurídicos.

Así, aunque se desempeñen también especialistas en otras disciplinas, en los diferentes sectores administrativos, en mayor o menor medida, siempre se involucran aspectos legales y jurisdiccionales, que requieren la participación de abogados.

Por caso, si se repasan los cargos de los funcionarios a quienes se les reconoció la antigüedad desde su matriculación (Acuerdo de Superintendencia N° 4055/07) se puede apreciar que en las dependencias en que se desempeñaban era necesario contar con abogados, aunque la función no fuera propiamente jurisdiccional. Así, cabe mencionar el Archivo General y Registro de Juicios Universales, el Departamento de Documentación y Estadística, el Servicio de Orientación Jurídica, la Secretaría de Superintendencia, la Secretaría de Gestión Humana, el Registro Público de Comercio y la Secretaría Electoral.

Por ello es que el Legislador receptó tal necesidad preponderante de cubrir cargos destinados a abogados, generando un incentivo para que los profesionales con mayor experiencia se interesen en incorporarse.

XIV.3.- Los motivos desarrollados en los párrafos anteriores demuestran que la decisión de la Cámara de Diputados de asignar recursos a la retribución de la antigüedad de los abogados que ingresen al Poder Judicial, computando sus años de ejercicio en forma liberal, no se presenta como una discriminación arbitraria con respecto a otros profesionales, a quienes solamente se les reconoce la antigüedad en organismos públicos.

En estos términos, la pretensión no puede ser amparada, en vista de que el control de los jueces termina al comprobar con el fondo de la cuestión, que se ha elegido una solución correcta entre otras de igual condición dentro del mundo jurídico; avanzar más allá, pretendiendo sustituir el opinable momento o núcleo interno de lo discrecional, implicaría traspasar los límites de la juridicidad, ultrajando la división de poderes (Acuerdo N° 1482/07, "Larroche", voto del Dr. Kohon).

XV.- En virtud de lo expuesto, deviene innecesario el tratamiento de la excepción de prescripción

XVI.- Para concluir y tal como se planteaba al comienzo, se ha partido de la afirmación de que la fijación de las remuneraciones de los funcionarios del Poder Judicial, incluidas las bonificaciones que la componen, es una potestad del Poder Legislativo.

A partir de allí, según el texto del artículo 10 de la Ley 1971 —con la reforma hecha por Ley 2501—, el reconocimiento de los años de antigüedad, desde la matriculación, solamente alcanza a los abogados.

Tal conclusión fue extraída también de la consulta a la intención del legislador, por medio del análisis del debate



parlamentario.

Por lo tanto, la norma en cuestión fue respetada al dictarse el Acuerdo de Superintendencia N° 4739/11, en tanto rechazó la petición de los actores de obtener un reconocimiento de antigüedad igual al de los abogados.

Alcanzado ese punto, restaba efectuar el control difuso de constitucionalidad de la distinción, hecha por los Diputados, entre abogados y otros profesionales, que se desempeñan en el Poder Judicial, a los efectos de asignar mayores recursos a la retribución de la antigüedad de los primeros y no hacerlo con los segundos.

De ese test constitucional, hecho a través del prisma del principio de igualdad, resultó que la discriminación no resulta arbitraria porque hay datos objetivos, que brindan razones suficientes para sustentarla.

Entonces, debe respetarse la decisión de los Legisladores, en tanto este Tribunal, al no encontrar reparos constitucionales, no puede traspasar los límites de la jurisdicción, violando la división de poderes.

En función de lo expuesto, propongo al Acuerdo el rechazo de la demanda en todas sus partes.

En cuanto a las costas, atento la naturaleza de la cuestión planteada, considero deben ser impuestas por su orden (artículo 68, segunda parte del CPCyC de aplicación supletoria). TAL MI VOTO.

El Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: por compartir los fundamentos y la solución que propone el preopinante, emito mi voto de adhesión en idéntico sentido. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General Subrogante, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda incoada por Ricardo Antonio Arias, Lydia Ángela Carolina Caunedo, Leandro Giardili, Alicia Méndez (representada por su heredero -Hugo Gabriel Domingo Lucero-), Susana Morales y Laura Edith Scarano contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas por su orden (artículo 68, segundo apartado, del CPCyC de aplicación supletoria); 3º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) 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 TOMÁS KOHON - Dr. EVALDO DARIO MOYA

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"CAMPOS PROVINCIAL DE AGUA y SANEAMIENTO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2977/2010) – Acuerdo: 23/16 – Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PÚBLICO. ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO. LEY DE REMUNERACIONES. DIFERENCIAS SALARIALES. ADICIONALES. TAREA INSALUBRE. TAREA RIESGOSA. DEDICACION EXCLUSIVA. PRESCRIPCION. PLAZO. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCION.

1.- Es parcialmente procedente la demanda en donde un grupo de agentes del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S.) solicitan el pago de las bonificaciones desde diciembre de 1995 a la fecha del dictado de la sentencia y, por lo tanto, corresponde condenar a la demandada a pagar las diferencias salariales por las



bonificaciones omitidas –en unos casos por “tarea insalubre, tarea riesgosa” y en otro por “dedicación exclusiva”- a partir de marzo de 2004, toda vez que los períodos anteriores se encuentran prescriptos. Ello es así, pues, tratándose de “bonificaciones” establecidas en la Ley de Remuneraciones que, por integrar el salario, se perciben en forma mensual, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de la prescripción, es que los períodos por los que se reclaman las diferencias no se encuentren prescriptos; en otras palabras, que esos períodos en los que se omitió el pago de la bonificación no excedan el plazo contenido en la Ley 1284 –cinco años- considerando, además, el efecto suspensivo –un año y por una sola vez- que opera cuando se ha interpuesto un reclamo tendiente a su pago.

2.- El 12 de marzo del año 2010 se interpuso la demanda con lo cual se interrumpió el plazo de prescripción (art. 194 de la Ley 1284). De este modo, considerando que el reclamo efectuado el día 13/9/2006 –aquel que realizaron los aquí actores y se expuso concretamente el pedido del pago de las bonificaciones reclamadas y las diferencias “desde el año 1995”-, tuvo virtualidad para suspender el plazo de prescripción por el término de un año, todo lleva a colegir que lo que se encuentra prescripto son las diferencias por los períodos anteriores al mes de marzo del año 2004. Para mayor claridad, si se trata de sumas que se debieron pagar en forma mensual, a medida que iban transcurriendo los cinco años desde que cada una debió haber sido pagada, se fue prescribiendo la posibilidad de reclamar su pago.

Antecedentes: “Alonso Ernesto c/ Ente Provincial de Agua y Saneamiento s/ Acción Procesal Administrativa”, Expte. N° 1411/05 y, también en el Acuerdo 1639/09 en autos: “Basualto Luis Enrique c/Ente Provincial de Agua y Saneamiento y Provincia de Neuquén s/Acción Procesal Administrativa, Expte. N° 1149/04.

Texto completo:

ACUERDO N° 23. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, 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: “CAMPOS HERNAN y OTROS C/ ENTE PROVINCIAL DE AGUA y SANEAMIENTO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA” -Expte. 2977/10- 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.- Que a fs. 29/36 se presentan los señores Ángel Francisco Montero, Hugo Leandro Cartes, Eduardo Daniel Martín y Hernán Campos, por apoderado, e interponen formal acción procesal administrativa contra el Ente Provincial de Agua y Saneamiento.

Impugnan el Decreto 2428/09 y solicitan se abonen las bonificaciones por tarea insalubre y tarea riesgosa, agregándose para el Sr. Montero la bonificación por dedicación exclusiva, desde diciembre 1995 hasta la fecha de la sentencia, con más los respectivos intereses y las costas.

Explican que mediante el Decreto 1826/91 se aprobó el sistema de asignación de puntaje para cada tarea de los agentes del E.P.A.S., encontrándose entre ellos el Sector Talleres en General con la tarea de reparación, mantenimiento



en equipos mecánicos y electromecánicos.

Dicen que, desde su ingreso, percibieron los adicionales reclamados hasta que en el año 1995 se dispuso darles de baja, a partir del 1° de enero de 1996, conforme lo dispuesto en el Decreto 219/95.

Acotan que mediante la Resolución 123/96 el Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos resolvió que se encontraban exceptuados del Decreto 219/95 las compensaciones, bonificaciones y/o adicionales particulares y/o sectoriales para el personal de conducción y especialización que prestaba servicios en el E.P.A.S. detallado en el Anexo I (donde se encontraban: en el Sector Taller, el Sr. Ángel Montero como encargado y Hernán Campos, Daniel Martín y Hugo Cartes como mecánicos), con retroactividad al 1 de enero de 1996, pero pese a ello, a algunos agentes del Ente, arbitrariamente, se les hizo efectivo el reintegro y a otros no.

Agregan que fue reiterado el requerimiento de las bonificaciones contempladas en el artículo 17 de la Ley 2265 para los agentes que trabajan en el Taller de Automotores y Maquinarias por tarea riesgosa y trabajo insalubre, sin que sean concedidas.

Explican que se desempeñan en el Departamento Servicios Taller Automotores y Maquinarias, cumpliendo las funciones de reparación y mantenimiento de equipos mecánicos y electromecánicos, que fue creado mediante Resolución 224/02, quedando desde entonces jerarquizados como Jefe de Sector y oficiales mecánicos ayudantes.

Indican que en el expediente 2365-5593/02 se tramitó la propuesta de bonificaciones estipuladas en la Ley de Remuneraciones para los agentes de Talleres de Automotores y Maquinarias.

Informan que allí, el Secretario General manifestó que los involucrados cumplían sobradamente el espíritu del artículo 17 párrafo 2 de la Ley 2265 y que, cumpliendo idénticas funciones pero, dependiendo del Sector Mantenimiento Electromecánico, los agentes de allí percibían los adicionales. Asimismo, detalló las tareas realizadas y las funciones de cada uno.

Refieren que en igual sentido se manifestó el Asesor Legal en el Dictamen 4/2003.

Señalan que presentaron un reclamo administrativo el 13 de septiembre de 2006 con fundamento en lo resuelto en los autos: "Lledo Omar y otros c/E.P.A.S. s/acción procesal administrativa" sin haber obtenido respuesta en el E.P.A.S.; luego, lo presentaron ante el Gobernador y más tarde interpusieron un pronto despacho. El trámite concluyó con el dictado del Decreto 2428/09 que lo rechazó.

Reiteran que el Ing. Tello solicitó en varias oportunidades la devolución de las bonificaciones para todos los jefes de sectores, encontrándose acreditado con la nota reconocida por el Sr. Luis Mingolo en el expediente citado.

Describen las tareas que cumplen y las que realizaron.

Denuncian que muchos agentes del E.P.A.S., en igualdad de situaciones, perciben las bonificaciones como se encuentra demostrado en los autos: "Lledo Omar y otros c/E.P.A.S.".

Afirman que esta circunstancia denota que la conducta del ente demandado es discriminatoria.

Enumeran, con nombre y cargo, los agentes a los que nunca se les dejó de abonar las bonificaciones pretendidas.

Luego, se explayan en torno al alcance de la teoría de los actos propios, que estiman aplicable al caso, en virtud de que se encuentran reunidos los extremos para su configuración. Consideran que no existe un único acto contradictorio sino una serie de ellos.

Aluden a la aplicación del Decreto 219/95 que niega a algunos empleados las bonificaciones reclamadas y, por otro lado, se las concede a otros agentes, indistintamente, y sin atender a que en muchos casos no cumplen con tareas que sean insalubres.

Cuestionan el criterio discrecional de la Administración que legitima con su actitud una postura violatoria de los derechos adquiridos por los agentes y discriminatoria.

Fundan en derecho. Citan jurisprudencia.

Denuncian la lesión de derechos subjetivos: derecho a la propiedad (artículo 17 Constitución Nacional), igualdad ante la ley (artículo 20 Constitución Nacional), igual remuneración por igual tarea, condiciones dignas y equitativas de labor y salario justo (artículo 14 Bis Constitución Nacional).

Ofrecen prueba y peticionan.



II.- A fs. 48, por medio de la R.I. 191/10 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 50), se corre traslado de la demanda.

A fs. 55 toma intervención la Fiscalía de Estado Provincial.

Y, a fs. 62, no habiendo el accionado –E.P.A.S.– contestado la demanda, se decreta su rebeldía en los términos del artículo 59 del CPCyC.

IV.- A fs. 65 se abrió la causa a prueba.

A fs. 67 se presentó el EPAS mediante apoderado, con lo cual, a fs. 68 se dispuso hacer cesar su rebeldía.

A fs. 108 se clausuró el período de prueba y se pusieron los autos para alegar (fs. 108).

A fs. 113/114 se agrega alegato de los actores.

V.- A fs. 116/121 se expide el Sr. Fiscal General quien propicia que se haga lugar parcialmente a la demanda en los siguientes rubros: a) bonificación por tarea riesgosa a todos los actores hasta la entrada en vigencia del C.C.T., en el caso del Sr. Hugo Cartes, hasta la baja el 31 de enero de 2005 y b) bonificación por trabajo insalubre únicamente para el Sr. Ángel Francisco Montero hasta la entrada en vigencia del CCT para el E.P.A.S.

En cuanto al adicional "dedicación exclusiva" del Sr. Ángel Francisco Montero, sugiere su rechazo.

VI.- A fs. 126, se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- A fs. 127 se excusa de intervenir en los presentes el Dr. Evaldo Darío Moya, aceptándose su apartamiento a fs. 132, mediante la R.I. 445/14.

VIII.- Ahora bien, tal como ha quedado expuesto, los actores impugnan a través de esta acción el Decreto 2428/9, solicitando que se decrete su nulidad y, en consecuencia, se abonen las bonificaciones (con más sus intereses) por "tarea insalubre, tarea riesgosa" respecto de los agentes CARTES, MARTIN, CAMPOS y MONTERO, y, también, para el caso del Sr. MONTERO, la bonificación por "dedicación exclusiva" desde diciembre de 1995 a la fecha del dictado de la sentencia.

Por medio del Decreto impugnado n° 2428/09, se rechazó el reclamo administrativo presentado por los actores tendientes al pago de las bonificaciones señaladas.

Las razones que se invocaron para desestimarlos surgen de los considerandos del acto: "es necesario mencionar que los apoderados de los reclamantes solicitan el pago retroactivo de los adicionales por tareas riesgosas y trabajo insalubre que los agentes dejaron de percibir a partir del 1 de enero de 1996 y que la primera reclamación presentada tiene como fecha de recepción el 11 de marzo de 2003; que conforme el art. 191 inc. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo la acción procesal administrativa se encuentra prescrita en razón de que han transcurrido cinco años desde la fecha en que los agentes dejaron de percibir el adicional, operando el instituto de la prescripción liberatoria; que el plazo de prescripción debe computarse desde la fecha en que entró en vigencia el Decreto N° 219/95, es a partir de allí que los agentes contaban con el plazo de cinco años para impugnar el mencionado acto administrativo; que en tanto la primera reclamación de los agentes tiene fecha de recepción 11 de marzo de 2003, la acción procesal administrativa ya se encontraba prescrita al momento de interponerla motivo por el cual corresponde rechazar el recurso interpuesto ante éste Poder Ejecutivo Provincial".

Luego, en punto al reclamo sustancial expresa: "que aún así, se debe señalar que todas las bonificaciones particulares o sectoriales que se asignan a los agentes deben ser otorgadas mediante el dictado del correspondiente acto administrativo y que en el presente caso los reclamantes prestaban funciones dentro del Dpto. de Automotores del EPAS y no realizaban tareas insalubres y/o riesgosas, por lo cual no tiene aplicación el principio de analogía al no ser similares las labores que llevan adelante los recurrentes con las tareas específicamente consideradas para la salud; Que mediante Ley 2564 se aprobó el Título III del Convenio Colectivo de Trabajo para el EPAS. El art. 3° de la mencionada Ley incorporó el inc. D-6 de la Ley de Remuneraciones 2265 que reza:

"las remuneraciones, bonificaciones, adicionales y condiciones laborales del personal del EPAS serán las establecidas en el Convenio Colectivo de Trabajo específico, sin perjuicio de la aplicación supletoria de la presente Ley en los casos especialmente previstos en el Convenio"; Que el Convenio Colectivo de Trabajo del EPAS en el Título III Capítulo 3



incluye un acápite sobre Bonificaciones y Adicionales para el personal del EPAS. Dentro de las bonificaciones remunerativas se refiere a la "seguridad intensiva o Tarea Riesgosa Operativa" y establece: "Los trabajadores sometidos a trabajos a la intemperie, ruido, alturas, transporte pesado, que estén expuestos en forma habitual a niveles intolerables de insalubridad y riesgo, percibirán una bonificación equivalente a 450 puntos mensuales por cada trabajador"; Que al caso de marras será de aplicación lo estipulado en el Convenio Colectivo de trabajo en tanto que el art. 17 de la Ley 2265 referido a las bonificaciones que los agentes reclaman, ha sido derogado por Ley 2564; Que el Convenio colectivo de Trabajo establece un plazo perentorio para que la autoridad de la Subsecretaría de Trabajo se expida sobre cuáles serían las tareas consideradas insalubres. Ante el hecho de suspensión del pago de dicha bonificación, el Directorio del EPAS emitió la Resolución 940/8 mediante la cual se resolvió liquidar "ad referéndum" del Poder Ejecutivo la bonificación por insalubridad a los agentes detallados en el anexo I de la misma; Que de ello se desprende que hasta tanto la Subsecretaría de Trabajo emita su informe, los agentes autorizados a percibir excepcionalmente y en carácter transitorio el adicional denominado "seguridad intensiva o tarea riesgosa operativa" son los incluidos en el Anexo I de la Resolución N° 940/8, no encontrándose comprendidos los aquí reclamantes; Que, por consiguiente, toda vez que prescribió la acción procesal administrativa conforme al art. 191 inc. a) de la Ley 1284 y que los reclamantes no se encuentran comprendidos en la Resolución 940/8 para percibir excepcionalmente el adicional ...corresponde rechazar el reclamo administrativo interpuesto".

Y, aún cuando pudiera aparecer innecesaria la transcripción del acto impugnado, lo cierto es que adquiere relevancia toda vez que aquí la demandada no ha contestado la demanda.

Luego, en consideración a lo dispuesto por el art. 48 de la Ley 1305 ("El silencio,... puede 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.

Entonces, de cara a ello, vale examinar si se ha logrado acreditar que el acto impugnado aparece como ilegítimo, pues de esa manera, solo será posible acoger la pretensión de pago de las bonificaciones reclamadas.

IX.- En primer lugar, como quedara expuesto, el Decreto 2428/9 desestima el reclamo efectuado en sede administrativa por dos razones: a) por encontrarse prescripta la acción procesal administrativa; b) por estimar que a los actores no les corresponde el pago de la bonificación reclamada pues su situación no está contemplada en la Ley.

X.- Con respecto al primer argumento, esto es, que se encontraba prescripta la acción, el Decreto expresa que transcurrieron cinco años desde la fecha en que los agentes dejaron de percibir el adicional por imperio del Decreto 219/95 (1996), con lo cual, computando la fecha desde que éste entró en vigencia y la fecha de la primera reclamación –marzo de 2003- la acción ya había prescripto.

Sobre el particular, la parte actora omite toda referencia en la demanda, iniciada el día 12 de marzo de 2010, limitándose a solicitar la nulidad del Decreto 2428/9 y el pago de las bonificaciones (con más sus intereses) desde diciembre de 1995 hasta la fecha del dictado de la sentencia.

Así, cuando comienza con el relato de los "hechos" se remonta al 1 de enero de 1996 y al Decreto 219/95, para asumir que, a partir de allí, se dieron de baja las bonificaciones que venían percibiendo.

Luego, menciona lo dispuesto por Resolución 123/96 del Ministerio de Economía donde se realizan excepciones al Decreto 219/95, alegando que no les fue efectivizado el reintegro y, la presentación del día 11/3/03, en la que el Sr. Montero (Jefe del Dpto.) presentó la nota solicitando las bonificaciones contempladas en el art. 17 de la Ley 2265 para los agentes que se desempeñaban en el Taller de Automotores y Maquinarias por tarea riesgosa y trabajo insalubre.

Continúa expresando que por expediente 2365-5593/02 se tramitó la consideración propuesta de las bonificaciones estipuladas en la Ley para los agentes que se desempeñaban en Talleres de Automotores y Maquinarias; que, con fecha 13/9/06 se presentó el reclamo administrativo con sustento en lo decidido por este Tribunal en autos "Lledo"; que ante el silencio, presentaron, con fecha 3 de Julio de 2008, el reclamo administrativo ante el Sr. Gobernador de la provincia, y que éste fue finalmente resuelto por el Decreto 2428/9.



Ahora bien, en principio vale señalar que tratándose de “bonificaciones” establecidas en la Ley de Remuneraciones que, por integrar el salario, se perciben en forma mensual, lo que debe tenerse en cuenta a los efectos de la aplicación del instituto de la prescripción (tal la que recoge el Decreto impugnado), es que los períodos por los que se reclaman las diferencias no se encuentren prescriptos; en otras palabras, que esos períodos en los que se omitió el pago de la bonificación no excedan el plazo contenido en la Ley 1284 –cinco años- considerando, además, el efecto suspensivo –un año y por una sola vez- que opera cuando se ha interpuesto un reclamo tendiente a su pago.

Dicho de otra manera, si la bonificación que se reclama emana de la Ley de Remuneraciones, la prescripción liberatoria opera en relación con los períodos que exceden los cinco años (o seis) si se ha interpuesto un recurso tendiente a su pago.

En este caso, los actores dejaron de percibir la bonificación en enero del año 1996; ergo, allí nació el derecho para reclamar su pago, con lo cual las diferencias del año 1996 podían ser reclamadas hasta el año 2001 (es decir, las del mes de enero de 1996, prescribían en enero de 2001 y así sucesivamente); las del año 1997 hasta el año 2002; las del año 1998 hasta el año 2003; las del año 1999 hasta el 2004; las del año 2000 hasta el año 2005; las del año 2001 hasta el año 2006; las del año 2002 hasta el año 2007; las del año 2003 hasta el año 2008; las del año 2004 hasta el año 2009; las del año 2005 hasta el año 2010.

La interposición de un reclamo administrativo suspende por una sola vez y por el término de un año el plazo de prescripción (art. 193 de la Ley 1284)

El día 12 de marzo del año 2010 se interpuso la demanda con lo cual se interrumpió el plazo de prescripción (art. 194 de la Ley 1284).

De este modo, considerando que el reclamo efectuado el día 13/9/2006 –aquel que realizaron los aquí actores y se expuso concretamente el pedido del pago de las bonificaciones reclamadas y las diferencias “desde el año 1995”-, tuvo virtualidad para suspender el plazo de prescripción por el término de un año, todo lleva a colegir que lo que se encuentra prescripto son las diferencias por los períodos anteriores al mes de marzo del año 2004.

Para mayor claridad, si se trata de sumas que se debieron pagar en forma mensual, a medida que iban transcurriendo los cinco años desde que cada una debió haber sido pagada, se fue prescribiendo la posibilidad de reclamar su pago. Los accionantes reclamaron formalmente el 13/9/06, ese recurso, suspendió el curso de la prescripción por un año, es decir, hasta el 13/9/07, fecha en la que se reanudó el cómputo; de allí transcurrieron hasta la interposición de la acción (12/3/10) dos años y seis meses más, con lo cual, aparejó la prescripción de aquellos períodos que iban alcanzando los cinco años hasta que fue interrumpido el plazo en virtud del inicio de esta acción.

De tal modo, como se dijo, las diferencias que no han sido alcanzadas por la prescripción son aquellas que se generaron a partir del mes de marzo del año 2004.

La presentación efectuada en el año 2003, por el Sr. Montero –Jefe del Dpto.- (a la que alude equivocadamente el Decreto) se limita a solicitar al Secretario General del EPAS “las bonificaciones contempladas en el art. 17 de la Ley 2254 para los agentes que se desempeñan en el Taller de Automotores y Maquinarias y que por su función le corresponderían los adicionales” (Montero, Campos y Cartes).

Es decir, la nota no deja de aparecer como un pedido efectuado por el Superior Jerárquico a los fines que se proceda a conceder las bonificaciones, pero no traduce un “reclamo” de restitución y pago de las diferencias -como sí hace el del año 2006, guardando coherencia con la pretensión de demanda- y, además, ni aparece mencionado el actor Eduardo Daniel Martín, ni ha sido suscripta por los otros agentes, con lo cual no reúne los recaudos necesarios para ser considerado a los efectos que se vienen analizando.

Con todo lo dicho, es claro, entonces, que el Decreto 2428/09 en cuanto consideró que “conforme el artículo 191 inc. a) de la Ley de Procedimiento Administrativo, la acción procesal administrativa se encuentra prescrita en razón de que han transcurrido cinco años desde la fecha en que los agentes dejaron de percibir el adicional, operando el instituto de la prescripción liberatoria”, contiene una motivación equívoca, toda vez que si bien es cierto que había operado la prescripción liberatoria, ello era en relación con el reclamo del pago de diferencias salariales y por los períodos alcanzados por dicho instituto y no con la posibilidad de accionar en pos de obtener la restitución del adicional



suprimido y del pago de las diferencias por los períodos que no se encontraran prescriptos.

A todo evento, repárese que no se sustenta en la legislación aplicable –Ley 1284 y Ley de Remuneraciones- ni la posibilidad de acoger el pago de diferencias salariales más allá de los cinco años, o seis si se considera el supuesto de suspensión por la interposición de un recurso (tal como propone la parte actora, en forma retroactiva al año 1996, habiendo iniciado la acción en el año 2010), ni la posibilidad de interpretar el instituto en la forma en que ha sido expresada en el Decreto impugnado 2428/9.

XI.- Despejado este aspecto, vale continuar entonces con el análisis del acto impugnado, en cuanto ha desestimado la pretensión de los actores por considerar que las bonificaciones reclamadas no les corresponden.

Como se dijo, los accionantes consideran que les asistía el derecho a que se les restituyera los adicionales suprimidos en el año 1996 (tarea insalubre y tarea riesgosa para los cuatro actores y en el caso del Sr. Montero, también "dedicación exclusiva") ya que de acuerdo a la naturaleza de las tareas prestadas cumplían con los presupuestos del art. 17 de la Ley 2265; efectuaban las mismas tareas antes y después de suprimirse los adicionales; se les habría reconocido por medio de la Resolución 123/96 el derecho a su percepción desde el 1/1/96 y no obstante no fue efectivizado; se tramitó un expediente tendiente a que se le restituyeran las bonificaciones, con opinión favorable de las autoridades competentes, pero nunca se dictó el acto administrativo que finalmente se las concediera.

Ahora bien, como da cuenta la transcripción del Decreto 2428/9, éste no se ocupa de estos argumentos, sino que se limita a mencionar que los actores no realizan tareas insalubres y/o riesgosas pero, además, todo lleva a asumir que el análisis que realiza es en función de la nueva situación dada por la entrada en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo para el EPAS (en el año 2008) donde se establece la bonificación por "seguridad intensiva o tarea riesgosa operativa" (Título III, Capítulo 3); por ello expresa "que el art. 17 de la Ley 2265 –en el que los actores fundan su reclamo- fue derogado por la Ley 2564".

En ese contexto, refiere que, hasta la Subsecretaría de Trabajo se expidiera sobre cuáles eran consideradas tareas insalubres, se emitió la Resolución 940/8 mediante la cual se resolvió liquidar "ad referendum" del Poder Ejecutivo la bonificación mencionada a los agentes allí detallados, entre los que no se encontraban los accionantes, con lo cual concluyen que también por esta razón debía desestimarse el reclamo.

Por su parte, en la demanda interpuesta en el año 2010, nada se dice en cuanto a la situación considerada en el Decreto impugnado vinculado con la entrada en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo, y se sigue requiriendo la bonificación contemplada en el art. 17 de la Ley 2265 ("hasta el dictado de la sentencia"), fundando en ese dispositivo el derecho esgrimido (cfr. pto. IX de la demanda "Derecho").

Más allá de ello, es claro que la situación ha mutado con la entrada en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo, en el mes de enero del año 2008, con lo cual se analizará la correspondencia de la bonificación prevista en el art. 17 de la Ley 2265 hasta la entrada en vigencia de dicho Convenio y por los períodos no prescriptos, es decir, a partir de marzo de 2004.

XI.1.- Ante todo, vale señalar que este Tribunal ha tenido oportunidad de expedirse en planteos análogos al presente, entre otros, en el Acuerdo 39/10 dictado en los autos: "Alonso Ernesto c/ Ente Provincial de Agua y Saneamiento s/ Acción Procesal Administrativa", Expte. N° 1411/05 y, también en el Acuerdo 1639/09 en autos: "Basalto Luis Enrique c/Ente Provincial de Agua y Saneamiento y Provincia de Neuquén s/Acción Procesal Administrativa, Expte. N° 1149/04.

Ambos antecedentes remítan a lo resuelto por este Cuerpo, en anterior composición, en el Acuerdo N° 1116/05 en los autos: "Lledo Omar y Otros c/Ente Provincial de Agua y Saneamiento s/Acción Procesal Administrativa", Expte. N° 272/2001, precedente al que aluden los actores en su demanda.

Se indicaba en esos precedentes que el artículo 17 de la Ley 2265 fijaba una serie de compensaciones para los agentes que prestaban servicios en el E.P.A.S. y que realizaban tareas operativas del quehacer del organismo, excluyendo a quienes cumplían funciones administrativas.

En este orden, se consideraba como tareas operativas, a los trabajos consistentes en el mantenimiento de servicios electromecánicos y mecánicos en sectores de bombeo de agua y líquidos cloacales (art. 17 A).

Y entre las bonificaciones dispuestas se encontraban: el "Trabajo en equipos", A-1); "Tarea riesgosa y/o disponibilidad",



A-2); "trabajo insalubre", A-3) y "Mayor horario", A-4).

Asimismo, en cuanto al otorgamiento de los adicionales, se señalaba que eran necesarios dos condicionamientos:

- a) verificación por parte de la autoridad administrativa del cumplimiento de los presupuestos de hecho previstos por la ley (es decir, si el agente realiza o no las tareas descriptas específicamente para cada adicional) y,
- b) cumplido el primero, como pauta interpretativa, se disponía que las bonificaciones sean otorgadas por el Poder Ejecutivo, a propuesta del organismo, en tanto resulten imprescindibles para la efectiva prestación del servicio.

Y se hacía mención a lo dispuesto en el artículo 40, de la misma normativa, en cuanto a que las bonificaciones particulares o sectoriales revisten el carácter de transitorias y excepcionales y con carácter restrictivo, cuando resulte imprescindible para garantizar la adecuada prestación de servicios esenciales.

XI.2.- En este caso, como puede observarse, no existe controversia en punto a las funciones desempeñadas por los accionantes antes y después de la irrupción del Decreto 219/95 por medio del cual se suprimieron los adicionales que venían percibiendo; tampoco que los cuatro percibían la bonificación por tareas riesgosa y tarea insalubre hasta el mes de diciembre de 1995 inclusive; no ha sido desconocida la Resolución 123 de fecha 20/2/96 del Ministro de Economía, Obras y Servicios Públicos que "exceptuó del Decreto 219/95" a los aquí actores, con lo cual de haberse cumplido tal acto, al 1/1/96 los actores deberían haber continuado percibiendo las bonificaciones suprimidas.

Luego, los hechos relatados en la demanda, guardan compatibilidad con las constancias que emergen de las actuaciones administrativas acompañadas (Expte. 2365-8404/03, de donde surge que todo estaba encaminado a reconocer las bonificaciones sin que se llegara a dictar el acto administrativo pertinente).

Y finalmente, las declaraciones de los testigos aportados por los actores, Tello (fs. 81), Basualto (fs. 83) y Alonso (fs. 87) también sustentan lo expuesto en la demanda.

A partir de todo ello, debe considerarse que se encontraban reunidos los presupuestos de hecho respecto a la bonificación por trabajo riesgoso e insalubre.

XI.3.- En cuanto al segundo de los presupuestos referenciados, se ha sostenido reiteradamente que la concesión de bonificaciones no es una facultad "simplemente potestativa" y, al respecto, si bien existe un margen de discreción, resulta claro que dicha facultad debe ser ejercida en un marco de razonabilidad.

En este caso, como se ha visto, los actores venían percibiendo los adicionales; luego por aplicación del Decreto 219/95 fueron dejados sin efecto. No obstante, siguieron desarrollando las mismas tareas.

Es claro, entonces, que las tareas prestadas por los actores estaban comprendidas en el artículo 17 de la Ley 2265; sin embargo, pese a que no existió variación de las mismas y a que se corresponden con el presupuesto de hecho previsto en la ley, se otorgó dispar tratamiento: en una primera etapa se acordaron los adicionales y luego dejaron de percibirlos.

Por lo tanto, el accionar de la Administración en el contexto patentizado ha resultado irrazonable.

XII- Ha quedado sentado, entonces, que hasta la entrada en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo para el EPAS (año 2008) que derogó el art. 17 de la Ley 2265, a los actores les correspondía percibir la bonificación allí prevista ("tarea insalubre y tarea riesgosa").

Luego, cabe considerar las distintas situaciones de los actores que surgen de los alegatos presentados por dicha parte de cara al período que se ha considerado que no ha sido alcanzado por el instituto de la prescripción; esto es, a partir del mes de marzo del año 2004:

a) El Sr. Hernán Campos percibió la bonificación por tarea riesgosa hasta el mes de diciembre de 1995 inclusive. Siguió percibiendo la bonificación por tarea insalubre hasta el mes de diciembre/2007 inclusive.

Ergo, a partir del mes de marzo del año 2004 y hasta la entrada en vigencia del Convenio Colectivo de Trabajo (1/1/8), le corresponden las diferencias salariales derivadas de la bonificación omitida (2004-2008 tarea riesgosa).

b) El Sr. Hugo Leandro Cartes: percibió bonificación por tarea riesgosa hasta el mes de diciembre 1995 inclusive; la bonificación por trabajo insalubre la percibió desde febrero de 1996 hasta enero del año 2005, en que se acogió a la jubilación.

Se le debe pagar las diferencias salariales existentes a partir del mes de marzo del año 2004 y hasta la fecha de su



jubilación (2005) por "tarea riesgosa".

c) El Sr. Eduardo Martín: percibió ambas bonificaciones hasta el mes de diciembre de 1995 inclusive; se le restituyó en noviembre del año 1999 la de "trabajo insalubre" hasta el mes de enero del año 2008.

Le corresponden las diferencias salariales por "tarea riesgosa" en el período comprendido entre marzo de 2004 a enero de 2008.

d) El Sr. Angel Montero: se le pagaron las bonificaciones por tarea riesgosa, tarea insalubre hasta el mes de diciembre del año 1995 inclusive; nunca se le restituyeron y se jubiló el día 3/5/10.

Le corresponden las diferencias salariales existentes por la omisión del pago de las bonificaciones por tarea riesgosa y tarea insalubre a partir del mes de marzo de 2004 y hasta el mes de enero de 2008 (que entró en vigencia el CCT).

En relación con la bonificación por "dedicación exclusiva", dado que no participa del mismo carácter de las bonificaciones del art. 17 de la Ley 2265 y que, tal como advierte el Sr. Fiscal en su dictamen, no existe elemento o constancia alguna que permita alcanzar el convencimiento en punto a la correspondencia del pago requerido, no cabe más que su desestimación.

XIII.- Entonces, de lo que ha quedado expuesto, cabe declarar la nulidad del Decreto 2428/09 que rechazó el reclamo de los actores, por contener el vicio previsto en el inc. a) y s) de la Ley 1284, en tanto presenta una discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente y la situación de hecho reglada por las normas, con lo cual su motivación aparece como "equivoca".

Por un lado ha realizado una incorrecta interpretación del instituto de la prescripción liberatoria según la Ley 1284 (si bien era correcto hacer aplicación de tal instituto, no lo fue el modo en que lo hizo en el caso) y, por el otro, en relación con la cuestión sustancial que debía decidir, omitió tratar la cuestión bajo la vigencia del art. 17 de la Ley 2265 y los argumentos brindados por los reclamantes, fundando el rechazo en lo acontecido a partir de la entrada en vigencia del C.C.T para el EPAS (es decir, a partir del año 2008 –lo cual era correcto- pero debió tratar también lo anterior).

En función de ello, y de las consideraciones aquí vertidas, corresponde hacer lugar parcialmente a la demanda impetrada por los actores y, en consecuencia, condenar a la demandada a pagar las diferencias salariales por las bonificaciones omitidas a partir del mes de marzo de 2004 y de acuerdo al detalle efectuado en el punto XII del presente Acuerdo. A las sumas que arroje la liquidación se les deberá adicionar intereses desde que cada una de ellas fue debida y hasta el mes de enero de 2008 a la tasa mix del Banco Provincia y desde allí en adelante, hasta su efectivo pago, a la tasa activa del mismo Banco. Además, sobre las sumas se deberán efectuar las retenciones y aportes asistenciales y previsionales que correspondan. Las costas deberán ser soportadas por la demandada (art. 68 del CPC y C). TAL MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, como así la solución impuesta al caso, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta y, en consecuencia, condenar al ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO el pago de las diferencias salariales derivadas de las bonificaciones previstas en el art. 17 de la Ley 2265, de acuerdo al siguiente detalle: para el Sr. Hernán Campos, a partir del mes de marzo del año 2004 y hasta el 01/01/08, la bonificación por "tarea riesgosa"; Sr. Hugo Leandro Cartes: a partir del mes de marzo del año 2004 y hasta la fecha de su jubilación enero (2005) por "tarea riesgosa"; Sr. Eduardo Daniel Martín, a partir del mes de marzo de 2004 hasta enero de 2008 la bonificación por "tarea riesgosa"; Sr. Angel Francisco Montero: las bonificaciones por "tarea riesgosa" y "tarea insalubre" a partir del mes de marzo de 2004 y hasta el mes de enero de 2008. Desestimar, con relación al Sr. Montero, la pretensión de pago por la bonificación "dedicación exclusiva". 2º) Las sumas que resulten del cálculo que se practicará en la etapa de ejecución de sentencia devengarán el interés correspondiente desde que cada suma es debida y hasta el 01/01/2008, el que se calculará a la tasa promedio entre la activa y pasiva (mix) del Banco de la Provincia del Neuquén y, a partir de la fecha señalada, a la tasa activa mensual establecida por el mismo Banco. Sobre las sumas que se determinen deberán realizarse los aportes y contribuciones asistenciales y previsionales



que correspondan. 3º) Imponer las costas a la demandada (artículo 68 del C.P.C. y C.). 4º) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 5º) 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](#)

"ESTRELLA IVANA VANESA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3429/2011) – Acuerdo: 22/16 – Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO PUBLICO. RECATEGORIZACION.

1.- Corresponde rechazar la demanda, pues el derecho que ha intentado hacerse valer no ha logrado sobreponerse; en otras palabras, no se ha logrado acreditar que el encuadre inicial otorgado -Agrupamiento Administrativo Nivel 3- haya resultado erróneo (y tampoco que le asista el derecho a ser encuadrada inicialmente en el Nivel 4).

2.- Por lo demás, las falencias que se imputan al procedimiento, si bien no conllevan a acoger el pedido de nulidad, justifica plenamente que las costas sean impuestas en el orden causado, pues pudieron formar la convicción suficiente para promover esta acción (art. 68 segunda parte del CPC y C).

Texto completo:

ACUERDO N° 22. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintinueve días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y EVALDO DARIO MOYA, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa Analía Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ESTRELLA IVANA VANESA C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3429/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: I.- A fs. 26/29 se presenta la Sra. Ivana Vanesa Estrella, mediante apoderado, con patrocinio letrado y promueve demanda contra la Provincia de Neuquén.

Solicita que se revoquen los Decretos 2270/10 y 1023/11 y, en consecuencia, se condene a la accionada a repetir el procedimiento de categorización que la ubicó en el Agrupamiento Administrativo Nivel 3. Alega que éste fue realizado sin cumplir los pasos legalmente establecidos, por lo que requiere que se dicte el Decreto respectivo, encuadrándola en el Agrupamiento Administrativo Nivel 4 y se paguen las diferencias de haberes que correspondieran, con más el



S.A.C. proporcional y los intereses desde que cada suma se devengó hasta el efectivo pago.

Dice que, a través del Decreto 2270/10 -del que toma conocimiento el 21/1/11- fue encuadrada, a partir del 1/11/09, dentro del Escalafón Planta Permanente del Ministerio de Desarrollo Territorial, en el Agrupamiento Administrativo Nivel 3, sin haberse seguido a tal fin los pasos legalmente establecidos.

Refiere que debió haberse seguido el procedimiento fijado en el CCT -arts. IV) 2.2.1. y ccs., por lo que la Comisión de Interpretación y Autocomposición Paritaria (CIAP) debió haberla notificado del dictamen al que arribó para que pudiera ser impugnada la ubicación asignada, dentro de los diez días hábiles.

Alega que el encuadre realizado por la CIAP no analizó correctamente sus antecedentes, antigüedad y la capacitación acumulada, con lo cual se la colocó en un nivel inferior al que le correspondía.

Suma a lo anterior que tampoco fue notificada del Decreto 2270/10.

Alude a lo establecido por el artículo 50 de la Ley 1284, en concordancia con el C.C.T. aplicable al personal del Ministerio de Producción y Turismo.

Agrega que, además de esa situación, se incumplió con el artículo 53 de la Ley 1284, respecto a su notificación.

Explica que la Ley 1284 establece que los actos administrativos deben ser notificados a la parte interesada, por alguno de los medios previstos legalmente agregando que la publicación no sufre la notificación, conforme jurisprudencia de este Cuerpo que transcribe.

Manifiesta que frente al incumplimiento total o parcial, se configura un vicio que afecta su validez y produce como consecuencia jurídica su inexistencia o anulabilidad.

En virtud de dicho postulado, refiere que el Decreto 2270/10, en su artículo 4, padece de los vicios que se encuentran previstos en el inc. i) del art. 66 y 67 inc. b), f), r), s) de la Ley 1284.

Así, indica que la categorización efectuada por la Administración carece de virtualidad y debió realizarse de acuerdo a los distintos pasos previstos especialmente por el C.C.T. aplicable, de acuerdo a lo fijado por el artículo 12 de la Ley 1974.

Acota que esos planteos deben ser considerados al analizar el Decreto 1023/11.

Reconoce que se dio por notificada personalmente del Decreto 2270/10, pero luego de dos notificaciones omitidas a pesar de ser obligatorias.

Agrega que los actos administrativos deben ser motivados y ello no se cumple con la alusión a las razones de reorganización o conveniencia administrativa, cuando sólo se cambió una persona por otra, sin mayores fundamentos que la voluntad de la Administración.

Refuta los argumentos plasmados en el mencionado Decreto, al señalar que denunció expresamente la categoría que le hubiera correspondido y la antigüedad con la que contaba.

Sostiene que debió ser encuadrada en el punto III) 1.3.1. Nivel 4 -de acuerdo a la antigüedad y preparación que surgen de las constancias adjuntadas y surgirá del legajo personal, que ofrece como prueba- en lugar del Nivel 3, pero para que ello sucediera debía seguirse el procedimiento previo establecido en los puntos IV) 2.2. y las normas reglamentarias, debiendo notificarle el encuadre inicial para que pudiera impugnarlo o por lo menos discutirlo, respetándose de esta forma el derecho de defensa y del debido proceso legal.

Cita jurisprudencia y efectúa referencias constitucionales.

Plantea que los decretos atacados adolecen de vicios muy graves y graves lo que determina en el primer caso, la inexistencia del acto y en el segundo, la nulidad del mismo, con los efectos que en cada caso establecen los artículos 70, 71, 72 y ccs. de la Ley 1284, lo que deberá ser resuelto al momento de dictar sentencia ordenando a la accionada que se lleve adelante el procedimiento de categorización establecido en la Convención Colectiva de Trabajo aplicable a su parte.

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

II.- A fs. 39, por medio de la R.I. 105/12 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 46), se corre traslado de la demanda.

IV.- A fs. 54/58 se presenta la Provincia de Neuquén mediante apoderados, con patrocinio letrado y contesta.



Cumplida la negativa de rigor, alude a los antecedentes y fundamentos de las constancias administrativas que concluyeron en el rechazo de la pretensión en sede administrativa.

Indica que no se advierte fundada la demanda, ni debe hacerse lugar al pedido de un nuevo procedimiento de reubicación en el agrupamiento administrativo, ni al pedido de diferencia de haberes.

Manifiesta que la falta de notificación del Decreto 2270 quedó subsanada con la notificación personal realizada por la agente con su presentación del 21 de enero de 2011, como surge a fs. 2 del expediente administrativo 5000-006506/2011 alcance 1/2011.

Agrega que la posibilidad de que existiera algún vicio por falta de notificación quedó purgada por la notificación expresa y personal realizada por la agente, lo que entiende torna inviable la declaración de nulidad.

Dice que la notificación del dictamen de la CIAP no es un requisito reglado del C.C.T. y que, aún de serlo, en nada hubiese modificado la situación ya que habiendo sido posteriormente notificada, se le brindó en sede administrativa la posibilidad de impugnar y cuestionar el acto, sin que los argumentos invocados logran conmovier lo decidido por la C.I.A.P.

Sostiene que por aplicación del principio de trascendencia y de economía procesal, no cabe declarar la nulidad por la nulidad misma, ya que la decisión atacada no se observa irrazonable, ni ilegítima, por lo que la nulidad pretendida implicaría en los hechos la reiteración innecesaria de actos.

Respecto al planteo referido al encuadre realizado por la C.I.A.P., dice que para el encasillamiento se tuvieron en cuenta sus antecedentes y la antigüedad, todo lo cual llevó al encuadre en el Nivel 3.

Señala que se aplicó la Ley 2571, artículo 38, lo propuesto en la Disposición 1164/10 de la C.I.A.P. quien justificó suficientemente su decisión, explicando el trámite seguido, los antecedentes tenidos en cuenta, las valoraciones realizadas, los criterios usados y las normas aplicables, entre ellas el C.C.T s/Leyes 2570/2574, los parámetros establecidos en los Criterios Generales y Metodología para realizar la propuesta de Encuadramiento, Circulares 001/08 y 002/08 C.I.A.P. y lo establecido en el Título IV, Capítulo 2.2 del C.C.T.

Considera que todo ello confluye para afirmar que no se ha violado el derecho a la igualdad, ni la propiedad, ni el derecho a la carrera administrativa, ni ninguna otra garantía contemplada en la Constitución Nacional.

Ofrece prueba y formula su petitorio.

V.- A fs. 62 se abrió la causa a prueba; clausurado dicho período (fs. 172), se pusieron los autos para alegar. A fs. 179/181 se agrega el alegato de la actora.

VI.- A fs. 183/191. se expide el Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 192 se dicta la providencia de autos, la que firme y consentida coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Tal como ha sido planteada la cuestión, la actora viene a esta instancia pretendiendo la nulidad del procedimiento de categorización que concluyó ubicándola en el Agrupamiento administrativo Nivel 3; sostiene que tiene derecho a ser encuadrada en el Agrupamiento Administrativo Nivel 4 de acuerdo a su antigüedad y preparación.

Por ello, requiere que se condene a la Provincia para que realice nuevamente el procedimiento de categorización y, en definitiva, dicte el Decreto respectivo con más el pago de la diferencia de haberes entre la categoría asignada y la que estima le corresponde.

Específicamente, los puntos cuestionados pueden resumirse en: a) la falta de notificación del dictamen de la CIAP y del Decreto 2270/10 y b) que la C.I.A.P. no analizó correctamente sus antecedentes, ni la antigüedad acumulada y por eso, la colocó en un nivel inferior al que le correspondía, ya que se le reconoció una antigüedad sin considerar los puntos IV) 2.2.4, ni el III 3.2.8. del C.C.T., ni el artículo 47 inc. f) del EPECAPP.

IX.- Ahora bien, a los fines de considerar los aspectos impugnados, es preciso en primer término, examinar las constancias administrativas acompañadas.

IX.1.- Tal como surge del Expediente 4300-003888/9, con fecha 7/10/09, la actora solicitó al Director General de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo Territorial que "se incluya mi situación laboral dentro del Convenio Clectivo



vigente". Dijo que siendo su categoría de revista perteneciente a dicho Ministerio, correspondía su inclusión, independientemente de que, a esa fecha y desde el año 2004, se encontraba prestando servicios dentro de la órbita del Ministerio de Gobierno, Justicia y Trabajo en virtud de distintas designaciones políticas (acompañó copia del Decreto 4469 mediante el cual, se la incorporó a partir del 1/1/99 a la Planta Permanente de la Secretaría de Estado de Producción y Turismo).

A fs. 33, la CIAP informa al Director de Recursos Humanos que la actora "no fue encasillada en la grilla de los trabajadores comprendidos en el CCT Leyes 2570/2574 al no figurar en ese entonces ni como empleada activa ni con cargo retenido ni con licencia sin sueldo en el servicio 05MM, situación que persiste en el sistema único RH Proneu. Al estar de los antecedentes obrantes y una tramitación fallida de reubicación (Expte. 3300-11742/2006) es conveniente se informe a la CIAP en cuanto a la referida empleada y a los fines de considerarse su encuadre en el Escalafón Único Funcional y Móvil del CCT (Tít. III, Cap.1 del CCT) con la anuencia previa de rigor de parte de esa Dirección General de Recursos Humanos en vista de su exclusiva responsabilidad dada la aprobada Planta Funcional y el clasificador Ocupacional Institucional en jurisdicción del MDT (Decretos 0831/09 y 1280/09) de lo siguiente (no se cuenta con el legajo personal para verificar los datos laborales, las normativas y las fechas asentadas en el RH Proneu): antigüedad de la agente, descripción de la función. Si bien la CIAP contemplará administrativamente el encasillamiento inicial de la agente en la grilla de los trabajadores insertos en el CCT de conformidad a los criterios de encuadres oportunamente acordados en la CIAP, resulta adecuado que la DGRRHH. MDT autorice tal definición...y obviamente la viabilidad posterior de aprobación del encuadre" (20/10/09).

A fs. 34, el Director de Recursos Humanos informa que la agente se encuentra desde el año 2004 subrogando una Jefatura de Departamento en el Ministerio de Gobierno, Justicia y Trabajo, siendo su categoría de revista en la planta permanente del Ministerio de Desarrollo Territorial. Dado que en su momento en el sistema RHProNeu se realizó un cambio de programa y la gente no fue tenida en cuenta para el encasillamiento de personal del ex Ministerio de Producción y Turismo (actualmente Ministerio de Desarrollo Territorial), correspondería su ubicación en la órbita del Ministerio y su encuadre en la planta del mismo, de acuerdo a su antigüedad dentro del agrupamiento administrativo nivel 3 (AD3), según los criterios utilizados para el encasillamiento inicial.

Acto seguido, la Directora Provincial de Ocupación y Salario del Sector Público, informa que se deberá crear un cargo del escalafón de Planta Permanente en el Ministerio de Desarrollo Territorial y encuadrar en el agrupamiento y nivel -de acuerdo a su antigüedad y perfil- a la agente Estrella.

Luego de los trámites de rigor, a fs. 41 la CIAP emite la Disposición 1164 de fecha 10/8/10 mediante la cual se accede al pedido de encuadre en la grilla de trabajadores del Escalafón Único Funcional y Móvil del CCT s/Leyes 2570/2574, "en razón de haber pertenecido su revista a la Planta de Personal Permanente del entonces Ministerio de Producción y Turismo al 31/12/07, por ende comprendida tanto en las generalidades del referido CCT (Tít. I, Cap.1.1 del CCT) como en el encuadramiento inicial (Tít. IV, Cap.2.2. del CCT)".

Expresa asimismo que el encasillamiento inicial debe acordarse de acuerdo a las pautas fijadas en los Criterios Generales y Metodología para realizar la propuesta de Encuadramiento Inicial del Personal comprendido en el CCT s/Circ.001/08 y 002/08 CIAP y así también de conformidad al Tít.IV, Cap.2.2 del CCT.

Indica que se ha verificado a través de la Unidad Sectorial de Personal responsable respecto de los elementos valorativos básicos para la apreciación del encasillamiento solicitado, a los fines de resolverse la ubicación de la empleada reclamante en el Agrupamiento y Nivel de Encasillamiento que corresponda, según el patrón convencional acordado en los criterios de encuadre y conforme al Tít. III, Cap.1 y Tít IV, Cap.2.2.1 del CCT. De tal modo, dispone: "Hacer lugar al reclamo interpuesto e incorporar su situación de revista en el Escalafón Único Funcional y Móvil de los trabajadores...a partir del 1/1/08, de conformidad al análisis y revisión de los antecedentes y documentación laboral obrante. Encasillar, inicialmente en la Grilla del Escalafón ...en el Agrupamiento AD NIVEL 3, de acuerdo a los parámetros establecidos en los Criterios Generales y Metodología para realizar la propuesta de encuadramiento inicial Circulares 001/08 y 002/08 CIAP y según título IV, capítulo 2.2 del CCT".

Luego, si bien no consta en ese expediente, todo lleva a colegir que por medio del Decreto 2270/10 (dictado el



23/11/10) -en el que se tratan reclamos de otros agentes respecto al encuadramiento escalafonario- se define la situación de la actora (los considerandos 4 y 5 se refieren al expediente 4300-3888/9 por el que tramitó el reclamo de incorporación a la grilla) y, en el art. 4 de la parte resolutive se establece "encuádrese a partir del 1 de noviembre de 2009 dentro del Escalafón de la Planta Permanente del Ministerio de Desarrollo Territorial a la agente Ivana Vanesa Estrella en el Agrupamiento Administrativo Nivel 3 dentro del Escalafón Único funcional y Móvil del Convenio Colectivo de Trabajo, Ley 2570 y su modificatoria 2574".

En el expediente 5000-006506/11, con fecha 21/1/11, la actora se presenta y dice que "se notifica personalmente del Decreto 2270/10" y lo impugna, pidiendo que se revoque el art. 4 en cuanto la encuadra en el agrupamiento administrativo nivel 3.

Alegó, al igual que en esta causa, que no se siguió el procedimiento fijado por el Convenio Colectivo. Además de señalar la falta de notificación del dictamen de la CIAP para poder impugnarlo, dice que no se ha valorado correctamente sus antecedentes ni la antigüedad acumulada (ptos. IV)2.2.4 ni el III)3.2.8 del CCT, ni el art. 47 del EPCAPP.

Después del necesario dictamen del Órgano Asesor, se emite el Decreto 1023/11 que rechaza el reclamo efectuado.

En relación con las tachas formales relativas a la falta de notificación del Decreto 2270/10 se estima que, en tanto la Sra. Estrella se dio por notificada personalmente de dicho acto con fecha 21/1/11 y ese es un medio de notificación válido (art. 53 de la Ley 1284), no se configura el vicio aludido como para declarar la inexistencia requerida. Del mismo modo, desestima el vicio de no haber sido notificada del dictamen de la CIAP, toda vez que éste no es un requisito reglado por el Convenio Colectivo de Trabajo y, además, esa circunstancia tampoco hubiera modificado la situación, ya que, tampoco en la etapa recursiva ha logrado acreditar que le corresponda otra ubicación.

Expresa que la reclamante se limitó a manifestar su disconformidad subjetiva pero no identifica dónde residiría el error del encuadre, ni qué categoría –según su criterio- le hubiera correspondido.

Por último, desestima la tacha vinculada con la falta de motivación del Decreto 2270/10.

Dicho acto fue notificado a la actora el día 10/6/11.

IX.1.1.- Como quedó patentizado, entonces, oportunamente no se procedió a la incorporación de la actora a la grilla de trabajadores del CCT, toda vez que no se encontraba prestando servicios para el Ministerio de Desarrollo Territorial. Recién ante el reclamo formulado se procedió a dar curso a la petición, definiéndose la situación por medio del Decreto 2270/10.

IX.2.- Ahora bien, en lo sustancial, la actora afirma que se la ubicó en un nivel inferior al que correspondía (recién en la demanda indica que debería haberlo sido en el punto III) 1.3.1 Nivel 4, en lugar del Nivel 3) pues no se consideraron debidamente sus antecedentes ni la antigüedad acumulada. Señala que debió contemplarse los puntos IV)2.2.4.

Es pertinente entonces, realizar un repaso de las normas que resultan de observación.

De acuerdo al título III del CCT, Capítulo 1 Escalafón Único, Funcional y Móvil, pto. III)1.2.1 "Agrupamiento", éstos se identifican por letra y comprenden, en lo que aquí importa: AD.ADMINISTRATIVO (agrupa las actividades administrativas para las cuales no se requiere título técnico o profesional.

Incluye tareas administrativas, contables, comerciales, de recursos humanos y asimilables para las cuales se requiere como mínimo título secundario).

El pto. III)1.2.2 "Encuadramiento", establece que según niveles de capacitación y/o conocimiento en la tarea o actividad, se identifican por números (1,2,3,4,5) y guardan una secuencia entre sí dentro de cada Agrupamiento, siendo el número 1 el de menor nivel.

El pto III) 1.3. Encuadramiento por agrupamientos y niveles, determina:

III)1.3.1 Agrupamiento Ad. -Administrativo: Nivel 1. Auxiliar administrativo; Nivel 2. Administrativo; Nivel 3 Perito Administrativo (trabajador con estudios secundarios completos, conocimientos amplios de los procedimientos administrativos y habilidad para la operación de herramientas informáticas, que puede realizar todas las tareas de su área y con una antigüedad mínima de 3 años en el nivel anterior); Nivel 4. Administrativo Especializado (Trabajador con estudios secundarios completos y sólidos conocimientos de los procedimientos administrativos, de las normas que rigen



la actividad y de los programas informáticos específicos (incluido uso y operación), que realiza y coordina trabajos de su especialidad y/o área, solucionando cualquier dificultad relativa a la misma y con una antigüedad mínima de 5 años en el nivel anterior).

De acuerdo al pto. III) 1.5 el Encuadramiento inicial, comprende: a) ubicación en la grilla del Escalafón Único, Funcional y Móvil; b) asignación de antigüedad. Se realizará conforme al procedimiento y pautas establecidas en título IV, Capítulo 2, cláusula 2.

En el pto. IV) 2.2.4, "reconocimiento de antigüedad", establece, "en todos los casos en que este Convenio Colectivo de Trabajo o cualquier otra normativa aplicable relacione algún derecho del trabajador con su antigüedad, se contará como tal tiempo el que efectivamente el trabajador ha prestado servicios a "El Ministerio" o en el Estado Provincial o Nacional, sin importar su calidad o contratación, incluyendo el que llevaran las interrupciones por licencias".

Al realizarse el encuadramiento inicial del personal, a cada trabajador se le reconocerá la antigüedad acumulada conforme a lo dispuesto en Título III, Capítulo 3, cláusula 2.8 (la bonificación prevista en art. 47 inc. f) del EPCAPP se determinará y se abonará conforme al 2,12% de la categoría que revista el trabajador por cada año de servicio).

Por su parte, la Circular n° 001/08, dirigida a "todos los empleados del Ministerio de Desarrollo Territorial y de la Secretaría de Estado de Recursos Naturales" informa que, a partir del 17 de enero de 2008 quedó constituida la Comisión de Interpretación y Autocomposición Paritaria (CIAP) y según lo establecido en el CCT se realizará, a partir del día 30 de enero del 2008, el correspondiente encasillamiento del personal comprendido en los organismos antes mencionados, de acuerdo a los criterios que fueron acordados por los integrantes de la CIAP y que se adjunta a la presente circular".

En la Circular N° 02/08 se reitera lo dispuesto en la primera y en el Acta N° 02 de la CIAP se aprueban los Criterios Generales y Metodología para realizar la propuesta de encuadramiento inicial.

En lo que aquí importa, se establece que el denominador común de todos los niveles de los distintos agrupamientos que define el encuadramiento inicial, es la tarea efectivamente realizada dentro del organismo, tomando como base la realizada al 31/12/07.

Para los distintos niveles se establecen requisitos complementarios.

Clasificador de tareas. Las distintas tareas que se desarrollan dentro de los organismos se definirán y se ubicarán en cada agrupamiento en base al clasificador de tareas y los criterios que acuerden las partes que comprenden la CIAP. La clasificación de las tareas y la posición en la grilla guardan relación con una estructura razonable y equilibrada. Definidas las tareas y el encuadramiento de las mismas dentro de la grilla del Escalafón, se describirá la tarea que realiza cada trabajador y consecuentemente la ubicación del mismo en el nivel de encuadramiento. Para ello se considerará: el relevamiento de legajos, el conocimiento por parte de integrantes de la CIAP respecto de las tareas que realiza el personal, tomando como base la historia de vida laboral presentada por cada trabajador durante el año 2007.

A fin de considerar en el encuadramiento la ubicación en los distintos niveles dentro de la grilla se tomará en cuenta la fecha de ingreso al organismo, con los rangos que se detallan a continuación. Para el personal continuo: ingreso hasta el 31/12/89 Nivel III; ingreso entre el 1/1/90 y el 31/12/99, Nivel II; Ingreso a partir del 1/1/00 Nivel I .

Se prevé también que serán indicadores para el encuadramiento, la capacitación, compromiso con la tarea, conocimiento empírico-técnico-idoneidad, conocimiento administrativo y de utilización de herramientas informáticas, en todos los casos se considerarán las inherentes a la tarea, y los antecedentes.

Para los trabajadores que se encuentren prestando servicios en otros organismos (sin y con situación legal perfeccionada) por lo que los sueldos son abonados por el organismo hasta que se resuelva la situación, pero que no tienen asignadas funciones específicas en el ente; por aplicación del convenio (que se establece que el encuadramiento inicial se realizará en base a la función efectivamente realizada) se los encuadrará en el Nivel 1 del agrupamiento que le correspondiere.

Ahora bien, de las pautas reseñadas y de una atenta lectura de toda la normativa aquí involucrada, no hay modo de



poder advertir que tanto la CIAP, como el Decreto 2270/1 hayan realizado un incorrecto encuadramiento inicial de la actora; es más, siguiendo esa normativa, y de cara a la situación de la actora –aquella que expuso en el reclamo tendiente a su inclusión en el CCT (ingresó a planta permanente del Ministerio en el año 1999; desde el año 2004 se encontraba prestando servicios en la órbita de otro Ministerio) el haberle asignado el Nivel 3 del Agrupamiento Administrativo permite asumir que, efectivamente, se han valorado sus antecedentes laborales (puesto que si solo fuera por la antigüedad le hubiera correspondido el Nivel 2 y si solo se hubiera considerado la función –desde que no tenía ninguna asignada en el ente a ese momento- le hubiera correspondido el Nivel 1).

A la par, si bien afirma que se le ha reconocido la antigüedad sin considerar los puntos IV 2.2.4 ni el pto. III) 3.2.8 del CCT, lo cierto es que, ni en sede administrativa ni en esta causa, se ha ocupado de identificar dónde reside tal omisión (cuál debería haber sido el cómputo correcto y su impacto en el encuadramiento inicial) ya que, de lo que ha sido examinado, no es posible arribar a dicha conclusión.

Tampoco enuncia qué antecedentes laborales no han sido analizados adecuadamente.

Si bien al describir los hechos en la demanda comienza refiriendo algunas de las funciones que ha prestado en el período comprendido entre el 2004 y 2009, lo cierto es que éstas no fueron cumplidas en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Territorial (y las que se consideraban para el encuadramiento eran las tareas prestadas para dicho Ministerio, de acuerdo a las pautas señaladas por la CIAP tomando como base la tarea realizada al 31/12/07).

Por lo demás, no hay modo de poder extraer de la prueba arrimada a la causa, ni de las propias alegaciones de la actora que, efectivamente, le hubiera correspondido el encuadramiento en el Nivel 4 como “administrativo especializado”.

Recuérdese que los sólidos conocimientos que este nivel requería eran de aquellas normas que rigen la actividad [del organismo], de los programas informáticos específicos (incluido uso y operación) y, debía contar con un mínimo de cinco años en el nivel anterior.

En el caso, como se dijo, no hay modo de poder tener por acreditados dichos requerimientos. Es más, con la planilla adjuntada por la actora a fs. 21 “factores para la evaluación del personal” (calificados con “Bueno”) no es posible extraer ninguna conclusión al respecto pues no dan cuenta que ellos pertenezcan al Nivel 4 del Agrupamiento Administrativo; válidamente pueden ser factores evaluados también en el nivel 3 que ha sido otorgado (la misma planilla consta en su legajo personal y guarda correspondencia con el informe de desempeño realizado por el Sr. Matías Coria, del 20/12/10, que expresa “con buen conocimiento y dominio, dicho agente se desempeña con eficacia y eficiencia en tiempo y forma en las actividades y responsabilidades propias de la función asignada oportunamente. Se conduce con respeto y cortesía tanto hacia sus pares y superiores, como también, en la atención al público en su trato diario. Asimismo, obedece las órdenes emanadas tanto aquellas desde la relación jerárquica como funcional del organismo, actuando con una conducta decorosa y digna”.

Con ello se quiere significar que, sin dejar de méritar las condiciones laborales de la actora, en función de lo que aquí debe decidirse, no es posible considerar que ha sido ilegítimo –por incorrecto- el encuadramiento inicial dado por la Administración en el Nivel 3 con base en la normativa que resulta de observación. Menos, que le asistiera el derecho a ser encuadrada inicialmente en el Nivel 4- “Administrativo Calificado”.

Y, en definitiva, es ello lo que debería encontrarse acreditado en la causa, pues de ser así, en esta acción de amplio conocimiento, debate y prueba, hubiera sido posible estimar la efectiva existencia del vicio sustancial que se le imputa a lo actuado por la Administración (esto es que se valoró incorrectamente sus antecedentes y antigüedad y, de tal modo se la ubicó en un nivel inferior al que le correspondía).

En este orden de ideas, repárese que tal como surge del Expediente 4300-1052 vinculado con la situación del Sr. Tamborindogui (que fue ofrecido por la actora como prueba a fin de demostrar cómo debería haber sido el procedimiento de encuadramiento), en oportunidad de formular la impugnación, el agente puso de manifiesto el yerro de haber sido encuadrado en el Nivel 3. Adujo concretamente que no se había considerado que su ingreso a la Administración fue en enero de 1989 y que a lo largo de su carrera fue adquiriendo conocimientos de las tareas a realizar dentro de la Administración Pública, habiendo sido designado como Jefe de Departamento de Despacho de



la Dirección Gral. de Gestión y Despacho del ex Ministerio de Producción y Turismo por el lapso de 4 años (adjuntó los correspondientes Decretos) y afirmó poseer altos conocimientos de los manejos del Sector de Mesa de entradas y salidas, dado que estuvo trabajando en ello por varios años.

Luego, se hizo lugar a su reclamo porque en los registros del Ministerio existían elementos valorativos objetivos que justificaron el cambio al nivel 4, fundado en que el agente tiene la antigüedad, la idoneidad y la capacidad necesaria para su otorgamiento (según punto 12 inc. 1 de los "Criterios Generales y Metodología", que es la antigüedad a considerar (ingreso hasta el 31/12/89).

Similar a ello aconteció en relación con el Sr. Lucero, quien –tal como surge de su legajo, ofrecido al mismo efecto que el anterior- impugnó el encuadramiento realizado en el Nivel 2; éste como da cuenta la documentación, siempre se desempeñó en el área del Ministerio de Producción y Turismo, ocupándose de describir las funciones y tareas desarrolladas desde 1996 y las capacitaciones recibidas [informática]. Todo lo cual, finalmente motivó que se acogiera su reclamo de encuadramiento en el Nivel AD3.

IX.3- En vistas a todas estas consideraciones, las tachas sustanciales efectuadas por la accionante en relación con el encuadramiento inicial otorgado, no pueden ser recibidas.

Es que no ha logrado acreditar que le correspondiera el encuadre en el Nivel AD4 pretendido, que es en definitiva el derecho que esgrime pues, en función de ello, es que solicita que se paguen las diferencias salariales que entiende existen debido al incorrecto encuadre.

X.- Para continuar, cabe señalar que no pasan desapercibidas las tachas formales que la actora le imputa al accionar administrativo, en cuanto a que no se siguió el procedimiento establecido en el CCT para efectuar el encuadramiento inicial; vértice a partir del cual funda la existencia de los vicios que la llevan a solicitar la declaración de inexistencia o nulidad de los actos atacados.

En efecto, sobre el procedimiento a los fines de efectuar el agrupamiento y encuadramiento, en el Título IV), Capítulo 2, Cláusula 2.1. del C.C.T se expresa:

"IV)- 2.2.- Encuadramiento Inicial del personal IV)- 2.2.1.- Procedimiento: Dentro de los cuarenta (40) días hábiles posteriores a la homologación del presente Convenio, la Comisión de Interpretación y Auto - Composición Paritaria (C.I.A.P.), con la información, elementos valorativos básicos y el soporte técnico del Área de Recursos Humanos de "El Ministerio", procederá a elaborar la propuesta de agrupamiento y encuadramiento en el Escalafón Único, Funcional y Móvil de todos los trabajadores comprendidos en este Convenio, de conformidad con lo establecido en Título III, Capítulo 1, Cláusulas 2 y 3. En forma simultánea y como parte integrante de este encuadre inicial se efectuará el reconocimiento de antigüedad.... Completado el Encuadramiento inicial, la C.I.A.P - dentro de los veinte (20) días hábiles posteriores procederá a efectuar las notificaciones correspondientes a cada uno de los trabajadores, quienes podrán impugnar la ubicación asignada (escalafón y/o antigüedad) dentro de los diez (10) días hábiles de ser notificados. La C.I.A.P. en un plazo de veinte (20) días hábiles, deberá emitir y comunicar al impugnante su dictamen definitivo.

Vencido ese último plazo, la C.I.A.P. comunicará a "El Ministerio" el Encuadramiento inicial para su consideración y aprobación final, el que deberá comenzar a aplicarse a partir de la fecha prevista en el Título I, Capítulo 2, Cláusula 5. Los trabajadores, dentro de los diez (10) días hábiles de ser notificados del dictamen final de la C.I.A.P. podrán realizar sus impugnaciones ante "El Ministerio" el que en el plazo de veinte (20) días hábiles y previa solicitud de opinión a la C.I.A.P., deberá emitir y comunicar al impugnante, su dictamen definitivo. Sin perjuicio de ello el trabajador, de considerarse afectado, podrá recurrir la decisión por la vía administrativa o judicial".

En ese contexto, la actora denuncia vicios, en especial la falta de notificación del dictamen emitido por al C.I.A.P. que, dice, le impidió impugnar los Criterios Generales y Metodología utilizada para alcanzar la propuesta de encuadramiento.

Ahora bien, en primer lugar, como fuera antes señalado, la C.I.A.P. emitió dos Circulares (fs. 160/161) Por la N° 001/08, informó a "todo el personal comprendido dentro de los alcances de CCT del ex Ministerio de Producción y Turismo, ahora Ministerio de Desarrollo Territorial y Secretaría de Estado de Recursos Naturales que, a partir del 17/1/08 quedó



constituida la C.I.A.P. y que a partir del día 30 de enero del 2008 se realizaría el correspondiente encasillamiento de acuerdo a los criterios que fueron acordados por los integrantes de la C.I.A.P. y que se adjunta a la presente circular".

Por la N° 002/08, se ratificó la primera y se expresó "A efectos de que la Comisión pueda desarrollar las tareas de encasillamiento del personal en tiempo y forma y debido a que no se dio cumplimiento a la Circular 001/08 se solicita se envíen en forma urgente las notificaciones del personal de las áreas a su cargo".

Recuérdese que las "circulares e instrucciones" son "simples actos de la administración" (art. 97 de la Ley 1284) que deben exponerse en vitrinas o murales en las oficinas respectivas durante un plazo mínimo de veinte días hábiles y compilarse en un repertorio o carpeta que debe estar a disposición de los agentes públicos y de los administrados. Y resultan impugnables mediante reclamación, formulando observaciones, consideraciones y reservas de derecho.

Ahora bien, ha quedado claro que, a esa fecha, la accionante estaba prestando funciones fuera de la órbita del Ministerio señalado; tal es así, que solicitó su inclusión (en el año 2009) en el Convenio Colectivo de Trabajo vigente, aclarando que pese a que prestaba servicios desde el año 2004 en el Ministerio de Gobierno, Justicia y Trabajo nunca dejó de pertenecer a la planta de personal permanente del Ministerio de Producción.

También, que su pedido fue canalizado debidamente, ya que luego de los trámites de rigor, la C.I.A.P., mediante Disposición 1164/10, hizo lugar al reclamo interpuesto por la Sra. Estrella Ivana Vanesa y la incorpora en el Escalafón Único, Funcional y Móvil de los Trabajadores comprendidos en el C.C.T. Leyes 2570 y 2574, a partir del 1 de enero de 2008, encasillándola inicialmente en el Agrupamiento AD Nivel 3, lo que fue luego recogido por el Decreto 2270/10.

Puede inferirse de estas circunstancias que la situación en la que se encontraba la actora (fuera del Ministerio) es la que generó que no fuera considerada cuando se activó el procedimiento de reencuadramiento para todo el personal a partir de enero de 2008 y, de allí, que no se haya seguido estrictamente el procedimiento establecido en el C.C.T. (tal como afirma la accionante).

Es que, no emerge de las constancias administrativas acompañadas qué sucedió con posterioridad al dictado de la Disposición 1164/10 de la C.I.A.P. que la encasilló inicialmente en el agrupamiento AD Nivel 3; nótese que el expediente 003888/09 por el que tramitó el reclamo, culmina con dicha Disposición.

Ergo, efectivamente no hay constancias de que se la haya notificado de dicho acto y, consecuentemente, de que se siguiera el procedimiento establecido en el CCT en el caso de que el trabajador pretendiera ejercer el derecho a la impugnación.

Antes bien, de lo que surge de las actuaciones [al menos no se cuenta con otras], todo lleva a estimar que se expidió la CIAP haciendo lugar al reclamo de inclusión en el régimen del Convenio y luego, en oportunidad de resolverse las impugnaciones de varios agentes contra el Decreto 831/09 (que aprobó el encasillamiento inicial del personal), el Poder Ejecutivo resolvió también la situación de la Sra. Estrella.

De allí es que sólo el artículo 4 del Decreto 2270/10 haga referencia a la situación de la actora.

Decreto que, también vale señalar, no surge que haya sido notificado con anterioridad a que ella se diera por notificada "personalmente" del mismo en enero del año 2011 (Expte. 5000-006506/2011).

Ahora bien, pese a todo esto, no puede soslayarse que la actora ha tenido la oportunidad de impugnar el encuadramiento inicial (que es en orden a lo cual se establecen las correspondientes notificaciones), esgrimiendo las razones por las cuales, a su criterio, lo actuado por la Administración y, particularmente, el Decreto 2270/10 resultaban ilegítimos, obteniendo como respuesta el Decreto 1023/11 que, tratando las tachas efectuadas –de fondo y de forma-, termina por rechazar la reclamación efectuada.

También, de cara a ello, y por considerarse afectada por el encuadramiento inicial (pto. IV) 2.2.1 in fine del CCT) acudió a esta sede judicial a fin de reeditar la impugnación.

Al respecto, no puede dejar de mencionarse que en el ámbito de la acción procesal administrativa –tal la intentada- "El Tribunal tiene, en todos los casos, jurisdicción plena y decide ampliamente lo que considere que en derecho corresponde respecto a las pretensiones del accionante, sea anulando total o parcialmente el acto, sea interpretándolo, sea reconociendo o no reparación de daños y perjuicios, sea restableciendo o restituyendo un derecho vulnerado, desconocido o incumplido, en mérito a la intensidad de protección que merezca su situación



subjetiva, conforme a la valoración de la prueba ofrecida y producida. Esta simplificación es también directamente beneficiosa para los accionantes, pues todas las partes en el proceso podrán, de este modo, concentrar su esfuerzo probatorio y argumental sobre el fondo de las actuaciones debatidas. Corresponde a la sentencia determinar qué pretensiones acoge, de conformidad al tipo de tutela jurídica que considere que ha sido invocada y probada" (cfr. Exposición de Motivos de la Ley 1305).

De cara a todo ello, no se advierte que el procedimiento –aún con los desajustes que han sido señalados- haya provocado en la actora una situación de indefensión, o que se hubiera visto privada de introducir algún argumento susceptible de variar el resultado del acto.

Tal es así, que tampoco lo logró en esta instancia judicial.

Y, como se ha advertido en otras oportunidades, la existencia de irregularidades en el procedimiento administrativo no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo. En principio y, a modo general, cabe recordar que, en cada caso, la presunta irregularidad que pudiera atribuirse a la forma en que se llevó a cabo el procedimiento no se erige, por sí sola, como un vicio invalidante del acto administrativo, sino que es necesario algo más, esto es, que la trasgresión sea sustancial, es decir que tenga entidad para afectar fundamentalmente al acto, que sea apta para "variar el acto administrativo".

Puesto en otros términos, el "vicio de forma carece, pues, de virtud en sí mismo, su naturaleza es estrictamente instrumental, sólo adquiere relieve propio cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo así en la decisión de fondo y alterando, eventualmente, su sentido en perjuicio del administrado y de la propia Administración" (cfr. Acuerdo 135/11 del registro de la Secretaría Actuante y sus citas, autos "Arano").

La omisión de un trámite en un expediente administrativo no lleva indefectiblemente a declarar la nulidad del mismo, debiendo valorar en cada caso las consecuencias que tal omisión trae aparejada. Mucho más cuanto la decisión ha sido acertada, pues en todo caso se está pidiendo la nulidad por la nulidad misma, dejando de lado la verdad jurídica objetiva, pretendiendo ampararse en un excesivo ritualismo formal que no debe tutelarse para obtener ventajas indebidas.

Siguiendo esos lineamientos, esta Sala se ha pronunciado expresando (Acuerdo 137/11, autos "Rubesa") que: "Y es que en materia administrativa rige también el principio de que no corresponde declarar la nulidad por la nulidad misma, exigiéndose siempre un perjuicio concreto. Así, se ha resuelto que "La nulidad de los actos llevados a cabo durante el procedimiento administrativo, no escapa al principio que establece que no corresponde decretar la nulidad por la nulidad misma, y tampoco a la regla en virtud de la cual esa sanción queda supeditada a la existencia de un perjuicio..." (CNac. Apel. Cont. Adm. Fed., Sala IV, 28/1/1993, "Gypobras SA c/Estado Nac.", La ley online) (Ac. 71/11).

Desde esta perspectiva, quien pretende la revisión judicial, debe acreditar, en forma nítida, inequívoca y concluyente un grave menoscabo de las reglas del debido proceso que, asimismo, exhiba relevancia bastante para variar la suerte de la causa. En otras palabras, que conforme al principio de trascendencia no cabe declarar la nulidad por la nulidad misma (cfr. CSJN, en autos "Del Val", "Nicosia", "Brusa", "Moliné O'Connor", "Boggiano", entre otros).

Entonces, si tal como ha quedado patentizado, analizada que fue la cuestión sustancial, se ha concluido que no existe mérito para descalificar el encuadre inicial otorgado en el Nivel AD3, en tanto la prueba reunida no permite reconocer que éste haya sido erróneo o le correspondiera –como afirma la actora- el nivel AD4, todo lleva a colegir que, en esta instancia, acoger el pedido de nulidad del acto por las falencias de forma observadas, importaría tanto como declarar la nulidad por la nulidad misma y resignar el conocimiento de la verdad objetiva que emerge de las constancias de la causa.

XI.- En definitiva, por todo lo dicho, entonces, no cabe más que concluir que la demanda debe ser rechazada, pues el derecho que ha intentado hacerse valer no ha logrado sobreponerse; en otras palabras, no se ha logrado acreditar que el encuadre inicial otorgado haya resultado erróneo (y tampoco que le asista el derecho a ser encuadrada inicialmente en el Nivel 4).

Por lo demás, las falencias que se imputan al procedimiento llevado a cabo, si bien no conllevan a acoger el pedido



de nulidad por las razones que han sido expuestas en el punto anterior, lo cierto es que justifica plenamente que las costas del presente sean impuestas en el orden causado, pues pudieron formar en la accionante la convicción suficiente de su derecho a promover esta acción (art. 68 segunda parte del CPC y C). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Moya, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda incoada por la señora IVANA VANESA ESTRELLA contra la PROVINCIA DE NEUQUEN. 2º) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1305). 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4º) 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](#)

"PEREZ HUGO OMAR C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3979/2012) – Acuerdo: 20/16 – Fecha: 21/03/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

FACULTADES DISCIPLINARIAS DE LA ADMINISTRACION. INASISTENCIAS REITERADAS. SANCION. CESANTIA. SUMARIO ADMINISTRATIVO. EFECTIVO EJERCICIO DEL DERECHO DE DEFENSA. DEBIDO PROCESO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Corresponde rechazar la demanda de quien fue cesanteado de los cuadros de la administración pública debido a sus reiteradas ausencias y petitionó que se le abonen sus haberes y los daños y perjuicios sufridos en el periodo en que estuvo cesanteado y demás beneficios; también, el reconocimiento de su antigüedad, la categoría a los fines jubilatorios y el mantenimiento de todos sus derechos adquiridos. Ello es así, pues, no se encuentra configurado vicio alguno en la sustanciación sumarial. A todo evento, vale destacar que, al haber optado el accionante por el procedimiento sumario, la prueba se ha limitado a las actuaciones administrativas acompañadas a la causa, con lo cual la cuestión ha quedado reducida a la postulación de un re-examen de lo actuado por la Administración; así, partiendo de considerar que no se han negado las faltas que dieron lugar a la sanción, la cuestión se ha reducido a proponer una distinta consideración de los hechos. En este orden, en el procedimiento sumarial se dio estricto cumplimiento a lo prescripto en el Decreto 2772/92 a partir del cual se le brindó



la oportunidad al interesado de ejercer su derecho de defensa; participó activamente en las actuaciones sumariales, tuvo ocasión de ser oído (recepción de indagatoria); se le comunicó la imputación en tiempo y forma (audiencia de indagatoria, con notificación de la resolución de instrucción del sumario); se le brindó la posibilidad de designar un abogado defensor; se respetó su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y tuvo la posibilidad de impugnar, tanto administrativa como judicialmente, la decisión, conociendo sus fundamentos.

2.- Desestimadas las principales tachas en base a las cuales el actor postuló el re-análisis, puede concluirse que, en este caso, el ejercicio del poder disciplinario de la Administración no ha rebasado los límites impuestos por la reglamentación, ni ha resultado irrazonable o arbitrario; para más, todo ello se ha dado en el marco de una investigación sumarial en la que se ha respetado el debido procedimiento y se ha garantizado el derecho de defensa del agente sancionado.

Texto completo:

ACUERDO N° 20. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de marzo del año dos mil dieciséis, 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: "PEREZ HUGO OMAR C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3979/12, en trámite por ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fojas 7/17, Hugo Omar Pérez, por derecho propio, con patrocinio letrado, inicia formal acción procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén.

Pretende que se declare la nulidad de los Decretos 1199, 2639 y 1682, del 8 de julio de 2010, 30 de diciembre de 2010 y 19 de septiembre de 2012, respectivamente.

Solicita que se abonen sus haberes y los daños y perjuicios sufridos en el periodo en que estuvo cesanteado y demás beneficios, con intereses hasta el efectivo pago; también, el reconocimiento de su antigüedad, la categoría a los fines jubilatorios y el mantenimiento de todos sus derechos adquiridos.

Explica que en el expediente 4420-1365/08 (donde se agregó por cuerda el expediente 3420-89904/07) se dictó el Decreto 1199/10 por medio del cual se dispuso aplicarle la sanción de cesantía.

Dice que se investigaron ausencias, supuestamente injustificadas, a partir del 17 de septiembre de 2007.

Describe las constancias de los expedientes mediante los cuales se instruyeron los sumarios administrativos y cuestiona sus conclusiones.

Impugna el Decreto 1199/10. Sostiene que, al momento de ser sancionado, se encontraba prescripta la causa que lo motivó, según lo establece el artículo 31, 2° párrafo del Decreto 2772/92.

Explica que la Resolución 684/08 que originó las actuaciones fue dictada el 8 de junio de 2008 y el Decreto sancionatorio el 6 de julio de 2010, es decir, cuando el plazo de prescripción se encontraba cumplido (casi 30 días más tarde).

Cuestiona la notificación del dictamen de la Junta médica ya que no se habría cumplido con los requisitos formales para su dictado.

Señala que el Decreto 1199/10 omite la exposición de los antecedentes del caso.

Denuncia que se conculcó el principio de congruencia. Dice que en las Resoluciones 621/08 y 684/08, que ordenan instruir los sumarios, no surge que la investigación deba realizarse conforme a la figura de "abandono de cargo".



Expresa que los hechos sujetos a investigación deben determinarse porque limitan la competencia del instructor y resguardan el principio de congruencia.

Ello, en definitiva hace a la posibilidad de que el sumariado conozca cuales son las irregularidades que se le imputan.

Plantea que la sanción es desproporcionada y arbitraria, porque pese a referir que la decisión se adopta conforme el art. 121, último párrafo del E.P.C.A.P.P., el decreto atacado se limitó a detallar los antecedentes sin expresar los motivos que justificaron el apartamiento de la sanción sugerida por la Junta de Disciplina, quien propuso el sobreseimiento.

Invoca los derechos que considera comprometidos (arts. 14 bis, 18 y 19 C.N.; 18 y 19 de la C.Pcial.; art. 7 del Convenio de la OIT 158, incorporado a nuestro ordenamiento por el art. 75 inc. 22 de la C.N.) e invoca jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación.

Requiere, en concepto indemnizatorio, los salarios caídos, los beneficios que le corresponden hasta su reincorporación y el daño moral sufrido.

Efectúa reserva del caso federal.

Ofrece prueba.

II.- Mediante la RI 149/13 se declaró la admisión formal del proceso (fs. 36/39).

III.- Efectuada la opción por el procedimiento sumario (fojas 42) se corrió traslado de la demanda.

IV.- La demandada, mediante apoderados, con patrocinio del Sr. Fiscal de Estado contesta a fs. 87/114 y postula su rechazo, con costas.

Enumera los antecedentes y fundamentos de la sanción aplicada conforme las constancias del Expte. 5000-004157/10 que concluyó con el dictado del Decreto 1199/10.

Alude al ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración, la regulación de las Juntas Médicas llevadas a cabo en esa sede y el procedimiento que el actor debió cumplir.

Sostiene que la acción es improcedente.

Dice que en la tramitación del sumario se respetaron los pasos legales establecidos tanto en el E.P.C.A.P.P., como en el Decreto 2772/92 y la conducta fue encuadrada legalmente conforme a los hechos investigados y probados.

Agrega que la Administración actuó legítimamente, habiendo permitido al actor ejercer su derecho de defensa y respetado el debido proceso.

Indica que se aplicó la sanción de cesantía, con fundamento en el art. 111 inc. i) del E.P.C.A.P.P., ya que se acreditó que el agente se ausentó de su trabajo, de manera injustificada, por más de cinco días a pesar de que se había dispuesto el alta laboral.

Destaca que el accionante no niega haber faltado, sino que se limita a sostener que continuaba en reposo por el mismo padecimiento que había sido dado de alta, ignorando el dictamen de la Junta médica.

Alude a la Disposición 721/93 de la Subsecretaría de Salud (la que no fue impugnada en sede judicial) que dispone que, cuando el agente fuera dado de alta por la Junta médica no puede justificar su inasistencia inmediatamente posterior por la misma causa. Por ello, dice, el Servicio de Medicina ocupacional no justificó el certificado médico presentado fuera de término ya que la Junta Médica, por la misma patología, le había otorgado el alta el 14 de septiembre de 2007.

Acota que la Junta determinó el alta y como el sumariado se negó a firmar se le remitió una carta documento, que fue recibida el 21 de septiembre de 2007, a efectos de notificarle que debía presentarse a cumplir sus tareas.

Expresa que el actor, en su caso, debió apelar el dictamen de alta médica para que la Junta médica permanente de apelación revise el dictamen.

Destaca que dicha apelación suspende los efectos del dictamen pero, al no hacerlo, el alta se hizo efectiva y no puede justificarse válidamente las inasistencias posteriores con la presentación de nuevos certificados por la misma patología.

Manifiesta que el Sr. Pérez tuvo la posibilidad de ser oído, de conocer las actuaciones y antecedentes administrativos y exponer las razones de sus pretensiones y defensas. Tuvo derecho a ofrecer y producir pruebas, reclamar y obtener respuesta.



Se exploya sobre la potestad disciplinaria en el ámbito de la Administración Pública.

Denuncia que el actor introduce ahora una cuestión que no fue invocada en sede administrativa, al referir que el Decreto 1199/10 se habría dictado cuando ya estaba prescripta la causa por aplicación del art. 31, 2º párrafo del Decreto 2771/92.

Refiere sobre los efectos de la notificación del acto, a los fines de la prescripción alegada y afirma que el Decreto que impuso la cesantía -1199/10- fue notificado el 26 de julio de 2010, es decir dentro de los dos años, sin que haya operado el plazo de prescripción.

Menciona los efectos que acarrea el hecho de que el actor haya optado por el procedimiento sumario en esta causa, ya que la prueba se limita a la documental aportada.

Dice que el acto impugnado no puede ser tachado de irrazonable, ni de arbitrario y, por ende, que no corresponde la declaración de nulidad.

Sostiene que es improcedente el reclamo por salarios caídos, como también el daño moral pretendido, que, además, no fue reclamado en sede administrativa.

Ofrece prueba.

V.- A fojas 123/134 se expide el Fiscal General quien opina que corresponde rechazar la demanda.

VI.- A foja 135 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose firme y consentida, coloca las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Vale comenzar por señalar que se comparte el dictamen del Sr. Fiscal General pues, tal como allí se expresa, se ha partido de recoger los lineamientos que este Tribunal ha brindado en su profusa jurisprudencia en torno a lo que implica el control jurisdiccional de las sanciones administrativas. Además, en tanto dicho dictamen realiza una detallada descripción de las constancias de la causa, se atenderá aquí sólo a las cuestiones sustanciales que ameritan su consideración.

Dicho ello, cabe recordar que constituyen atribuciones privativas de la Administración, en materia disciplinaria, establecer la naturaleza y entidad de la falta, como así también la calificación de la sanción.

El Órgano administrativo es único juez de ella ya que, tanto su adecuación a la falta cometida, como la caracterización de ésta, entran en la esfera de su exclusiva competencia. Claro está, siempre que no se rebasen los límites impuestos por la reglamentación respectiva o se incurra en patentes desvíos lógicos (Acuerdos 88/10, 90/10, 50/11 entre otros).

Por ello y, aún cuando la actividad discrecional que realiza el poder administrador se encuentra exenta del control judicial en cuanto al mérito o conveniencia de la medida que se adopte, de ninguna manera escapa al control de legitimidad del acto, entendiéndose por legitimidad, la conformidad del obrar administrativo con el ordenamiento jurídico (Cfr. Héctor A. Mairal, "Control Judicial de la Administración Pública", Ed. Depalma, 1984, Vol. II, Págs. 643/4).

En consecuencia, estando habilitado el control de legitimidad del actuar administrativo, cabe comenzar con el análisis de los cuestionamientos efectuados por el accionante al acto sancionatorio.

VII.1.- Respecto al embate vinculado con la prescripción de la acción para imponerle la sanción administrativa, vale adelantar que no se observa configurado.

En efecto, conforme lo dispuesto por el art. 31, 2º párrafo del Decreto 2772/92, "... no podrá aplicarse sanción si han transcurrido los plazos del párrafo anterior [dos años], computados desde la iniciación del sumario sin que se haya resuelto su situación por la autoridad competente en primera instancia".

Ahora bien, sabido es que, en nuestro régimen procedimental administrativo, la "notificación" se vincula con el requisito de "forma" del acto (art. 39 y 53 de la Ley 1284); de allí que se establezca que los actos administrativos deben ser notificados al interesado y por ello es condición de su "validez" y no solo de "eficacia".

Entonces, es claro que, para efectuar el cómputo del plazo de prescripción del referido art. 31 del Decreto 2772/92, deben considerarse las fechas de notificación de ambos actos al accionante [tanto del que dispuso el inicio del sumario, como el de la conclusión].

En este orden, la Resolución 684/08 del Ministerio de Salud y Seguridad Social fue notificada al agente en la audiencia



oportunamente celebrada, conforme las constancias de fs. 96 y 107 del Expte. 5000-004157/10) el día 2 de octubre de 2008. Luego el Decreto 1190/10, que dispuso la sanción, fue notificado el 27 de julio de 2010 (fs. 160, Expte. 5000-004157/2010).

Ergo, no se advierte cumplido el plazo de prescripción. Y, siendo así, cabe desestimar la tacha efectuada.

VII.2.- Por otro lado, en cuanto a la imputada violación al principio de congruencia, conforme a las constancias documentales acompañadas, también se adelanta que no se encuentra configurado.

En lo que hace a dicho principio, sabido es que importa la correlación entre la apertura de investigación y el auto de cargos, limitando la actuación del poder disciplinario desplegado por la Administración y enmarcando el ejercicio del derecho de defensa del agente sumariado.

En los presentes, puede constatarse que el Sr. Pérez tuvo conocimiento de la responsabilidad investigada y la posible sanción frente a sus inasistencias injustificadas.

Así en la Resolución 621/07 de inicio de las actuaciones sumariales se indican las conductas objeto de investigación y la posible sanción, conforme el art. 111 inc. i) del E.P.C.A.P.P. y lo propio acontece en la Disposición 153/08 que aprueba dichas actuaciones sumariales.

Por su parte, la Resolución 684/08 también alude a ambas circunstancias respecto a la conducta investigada y la sanción prevista.

VII.3.- En cuanto a las faltas que dieron lugar a la sanción impuesta, como se dijo, el accionante afirma no haber sido debidamente notificado del alta laboral y cuestiona que no se haya considerado la presentación de nuevos certificados médicos.

En este punto, es pertinente traer a colación el procedimiento establecido por el Decreto 2793/04.

En lo que aquí importa, se indica que la Junta Médica emite un dictamen otorgando el alta del agente o señala una nueva audiencia, debiendo contar con fecha y hora, sirviendo de notificación fehaciente.

Cuando el agente fuera dado de alta por la Junta Médica debe presentarse indefectiblemente a retomar sus tareas en su lugar de trabajo y si no lo hace, se considerará ausencia injustificada lo que dará motivo a que la Unidad Sectorial de Recursos Humanos tome intervención.

Además, otorgada el alta médica, sólo se considerará válido un nuevo certificado médico de reposo por la misma patología cuando se presenten nuevos elementos que ameriten la justificación o la realización de una nueva Junta Médica.

La decisión de la Junta Médica realizada en cada organismo, podrá ser apelada por el agente dentro de los 4 días hábiles de notificado del dictamen, debiendo convocarse en estos casos a la Junta Médica Permanente de Apelación, la que funcionará en la Dirección Provincial de Control de Gestión y Recursos Humanos de la Provincia del Neuquén, siendo la decisión de ésta última de carácter inapelable.

Por su parte, el propio régimen de licencias, justificaciones y franquicias que rige la relación laboral, establece un minucioso procedimiento de contralor de asistencia, avisos de ausencia, procedimiento de justificación y gestión y trámite de licencias, contando con un Departamento especial de Salud Ocupacional encargado de efectuar esos controles y justificar o no las inasistencias en que incurrir los agentes.

Debe reconocerse, entonces, que la Junta Médica es el órgano idóneo para estudiar y analizar las patologías que aquejan al personal y sus conclusiones tienen sustento para fundar el actuar del órgano administrativo que la requiere.

En los presentes, no existe constancia que el actor haya impugnado en debido tiempo y forma el dictamen emitido por la Junta Médica que le otorgó el alta médica; tal como han quedado fijados los hechos, desconoció el alta médica otorgado en el mes de septiembre de 2007 y volvió a presentar certificados médicos que fueron rechazados por la autoridad de aplicación, considerándose dichas faltas como injustificadas.

En especial, sobre la notificación de la decisión de la Junta Médica, surge que el accionante se negó a firmar el acta donde se resolvió otorgarle el alta a partir del día 17/9/7 y, por ello, se le remitió el Telegrama (recibido el 21/9/07).

Dicha circunstancia, además, fue reconocida por el actor al momento de prestar declaración en el ámbito sumarial, al decir:



“...cuando completaron las planillas de alta médico y me dijeron que si quería firmar que firme, yo en ese momento le había entregado un informe del Dr. Barreras Mouso. En ese momento me informaron que me encontraba de alta y que debía comenzar a trabajar a lo que respondí que no me encontraba en condiciones y nuevamente me dijo que ella no estaba para perder su tiempo y que no me hiciera el loco, razón por la cual me retiré y le dije que no firmaría...” (fs. 54)

Como se mencionó, el “alta médica y que debía presentarse a cumplir funciones” fue efectivamente notificado mediante Telegrama OCA 4AR0052554, recibido por su hijo, circunstancia que se encuentra legalmente prevista (artículo 151 de la Ley 1284, que prevé la entrega de notificación a otra persona que se encuentre en el domicilio real del interesado, bajo debida constancia).

Pese a ello no concurrió a trabajar los días investigados -17, 24 y a partir del 25 de septiembre- y presentó nuevos certificados, como lo expresa al momento de brindar su declaración, sin que sean aceptados por tratarse de igual patología.

VII.4.- Tampoco se advierte que la sanción haya sido desproporcionada, tal como afirma en la demanda, al entender que la falta cometida no tenía entidad suficiente como para generar la ruptura del vínculo laboral.

Al respecto, más allá que la apreciación de las faltas y la graduación de la sanción sean resortes de la autoridad administrativa, pueden ser revisadas en el caso de irrazonabilidad o arbitrariedad; y, en este caso, lucen ausentes estos últimos supuestos.

Sabido es que el Poder Ejecutivo (Órgano competente para la aplicación de la sanción) tiene la facultad de adoptar una decisión distinta a la sugerida por la Junta de Disciplina o por la Dirección de Asuntos jurídicos, toda vez que los dictámenes y opiniones emitidos por dichas dependencias no resultan vinculantes.

Ergo, el dictamen de la Junta de Disciplina (que aconsejó el sobreseimiento) no determinaba para el Poder Ejecutivo la obligación de seguir la propuesta; es más, repárese que al inicio del sumario se consignó la falta como trasgresión al art. 9 inciso a) del E.P.C.A.P.P. y, oportunamente, la Dirección General de Sumarios sugirió la aplicación de la sanción de cesantía prevista en el art. 109 inc. i).

Luego, teniendo por acreditada la falta enrostrada (faltas injustificadas de 5 días laborables y continuos) la sanción que se ha estipulado es la acordada estatutariamente para la figura del abandono de cargo, vértice desde el cual no es posible llevar a cabo otro recorrido de análisis ya que, en esta sede, el accionante tampoco ha logrado aportar elementos que permitan advertir la mentada desproporción o arbitrariedad que se imputa.

VII.5.- En este contexto, no emerge que se haya sancionado dos veces las mismas conductas, toda vez que en el primer sumario se investigaron las inasistencias desde el 17 al 24 de septiembre de 2007 y en la segunda actuación, fueron consideradas las siguientes, desde el 25 de septiembre.

En conclusión, el repaso del decreto impugnado permite afirmar que al disponer la cesantía la Administración actuó en el marco de las facultades disciplinarias que la reglamentación le ha atribuido.

VIII.- Por último, resulta importante destacar que en el trámite sumarial aparecen cumplidos los principios inherentes al debido procedimiento; tuvo oportunidad de ser oído y ejercer su derecho de defensa.

Como reiteradamente se ha sostenido, no se encuentra comprometido el derecho de defensa si el sumariado designó defensor, tomó vista de las actuaciones, formuló su descargo, ofreció y produjo pruebas y dedujo recurso administrativo (CSJN fallos 273:134, Lexis Nº 114/17317; 114/18910 – Sup. Corte Bs. As., 16/06/1987, Moreno, Carlos Sebastián v. Provincia de Buenos Aires s/Demanda Contencioso Administrativa, 27/09/1988).

En este orden, en el procedimiento sumarial se dio estricto cumplimiento a lo prescripto en el Decreto 2772/92 a partir del cual se le brindó la oportunidad al interesado de ejercer su derecho de defensa; participó activamente en las actuaciones sumariales, tuvo ocasión de ser oído (recepción de indagatoria); se le comunicó la imputación en tiempo y forma (audiencia de indagatoria, con notificación de la resolución de instrucción del sumario); se le brindó la posibilidad de designar un abogado defensor; se respetó su derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo y tuvo la posibilidad de impugnar, tanto administrativa como judicialmente, la decisión, conociendo sus fundamentos (cfr. constancias del Expte. 5000-004157/10).



Por consiguiente, la decisión adoptada aparece fundada y con sustento suficiente frente a las ausencias injustificadas en la que incurriera el actor a la prestación de sus servicios.

Del análisis realizado precedentemente de los antecedentes de hecho o circunstancias fácticas que sirvieron de fundamento a la emisión del Decreto 1199, no se encuentra configurado vicio alguno en la sustanciación sumarial.

A todo evento, vale destacar que, en los presentes, al haber optado el accionante por el procedimiento sumario, la prueba se ha limitado a las actuaciones administrativas acompañadas a la causa, con lo cual la cuestión ha quedado reducida a la postulación de un re-examen de lo actuado por la Administración; así, partiendo de considerar que no se han negado las faltas que dieron lugar a la sanción, la cuestión se ha reducido a proponer una distinta consideración de los hechos.

En este orden, desestimadas las principales tachas en base a las cuales el actor postuló el re-análisis, puede concluirse que, en este caso, el ejercicio del poder disciplinario de la Administración no ha rebasado los límites impuestos por la reglamentación, ni ha resultado irrazonable o arbitrario; para más, todo ello se ha dado en el marco de una investigación sumarial en la que se ha respetado el debido procedimiento y se ha garantizado el derecho de defensa del agente sancionado.

Por todo ello, no existe mérito para descalificar la sanción aplicada y, consecuentemente, la pretendida declaración de nulidad de los actos impugnados debe ser rechazada.

Por estas consideraciones, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda en todas sus partes, con costas a la parte vencida, en tanto no se advierten motivos para apartarse de la regla general (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). TAL MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: por adherir al criterio del Dr. Kohon, es que voto en igual sentido. MI VOTO. De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar en todas sus partes la acción procesal administrativa incoada por el Sr. HUGO OMAR PEREZ contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN; 2º) Imponer las costas a la parte actora, en función del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria en la materia); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4º) 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](#)

"CORRENTOSO DEL VALLE S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ INDEMNIZACIÓN" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 299666/2003) – Interlocutoria: 76/16 – Fecha: 31/03/2016

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS DEL PERITO. IMPUESTO AL VALOR AGREGADO. BENEFICIARIO DE LOS HONORARIOS NO INSCRIPTO. CESION PRIVADA DE HONORARIOS. PAGO DEL IMPUESTO POR EL CONDENADO EN COSTAS. IMPROCEDENTE.

En el caso bajo análisis no corresponde reclamarle al condenado en costas una suma



de dinero en concepto de I.V.A, toda vez que para su determinación corresponde tener en cuenta la calidad que reviste frente a tal impuesto, el beneficiario de dichos honorarios, ello con independencia de cualquier otro acto posterior, como puede ser la transferencia de dicho crédito a favor de terceros. Consiguientemente, el impuesto (IVA) cuya obligación de pago pretende atribuir el Perito –no inscripto frente al I.V.A- a la Provincia –condenada en costas-, se genera a partir de la cesión de honorarios que el mismo realiza a favor de la firma Ingeniería del Ambiente S.R.L., quien resulta ajena al proceso, por lo tanto resulta impropio que el resultado o efecto de tal convención con un tercero pueda repercutir en el patrimonio de la condenada en costas.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "CORRENTOSO DEL VALLE S.A. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ INDEMNIZACIÓN" (Expte. N° 299666/2003) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL N° 2 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.- Viene la presente causa a estudio en virtud del recurso de apelación articulado por la Provincia del Neuquén a fs. 1112/1114 vta., contra el decisorio de fs. 1111, que ordena a la demandada depositar la suma de \$126.000 en concepto de IVA.

Manifiesta que, le causa agravios el auto apelado, en tanto y en cuanto, hace cargar a su parte un impuesto no adeudado, esto es, el IVA sobre los honorarios que el perito ..., no inscripto en IVA, cede privadamente a favor de un tercero que si se encuentra gravado con dicho impuesto.

Dice que, el impuesto cuya obligación pretende atribuirse a su representada, no se devenga a partir de la intervención en autos del Ingeniero ... en su carácter de perito de oficio, sino a partir de la cesión de honorarios que el mismo efectuara a la firma Ingeniería del Ambiente S.R.L, quien en autos resulta ser un tercero ajeno al proceso, respecto de la cual no existe obligación alguna por parte de su instituyente.

Corrido traslado, no es contestado por el perito.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, diremos que en este particular caso, el IVA no puede serle reclamado a la condenada en costas, Provincia del Neuquén, en función precisamente de que para su determinación corresponde tener en cuenta la calidad que reviste frente a tal impuesto, el beneficiario de dichos honorarios, ello con independencia de cualquier otro acto posterior, como puede ser la transferencia de dicho crédito a favor de terceros. El impuesto (IVA) cuya obligación de pago pretende atribuir el Perito ... a la Provincia, se genera a partir de la cesión de honorarios que el mismo realiza a favor de la firma Ingeniería del Ambiente S.R.L., quien resulta ajena al proceso, por lo tanto resulta impropio que el resultado o efecto de tal convención con un tercero pueda repercutir en el patrimonio de la condenada en costas

En un caso similar, la Sala I, de esta Cámara de Apelaciones, en autos: "HUARTE, DANTE ALBERTO Y OTRO C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN DEL NQN S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS- EXPTE. N° 248.515/0" (INC. N° 1641/2012) ha tenido oportunidad de pronunciarse- citando un antecedente del más alto tribunal del País (Central del Neuquén S.A. c/ Provincia de Bs. As.)- diciendo que:

"... han sido los abogados y no la sociedad civil en cuestión, quienes han participado en el proceso sirviendo sus trabajos como fundamento del nacimiento de la obligación. A partir de ello, entonces, nació una situación jurídica concreta e individual en cabeza de los sujetos referidos, en la que no cabe reconocer incidencia a los vínculos que los unen tercero absolutamente ajeno al expediente judicial, no resultando del objeto de la obligación ni de la relación



con sus sujetos el pago adicional que se reclama. Por lo tanto, como los servicios profesionales que dieron sustento a la regulación estipendaría no se encuentran alcanzados por el impuesto al Valor Agregado, sus beneficiarios revisten frente al ente recaudador la calidad de responsables no inscriptos visto que el carácter que reviste el estudio jurídico apelante con relación al impuesto no tiene virtualidad para imponer al condenado en costas su sufragación, pues, aquella no brindó ningún servicio que exija reconocer el adicional pretendido."

Por lo expuesto, se ha de revocar el auto de fs. 1111 en cuanto ordena intimar a la Provincia al pago del impuesto al valor agregado, con costas a cargo del Perito atento a su carácter de vencido.

Por lo expuesto, esta SALA III

RESUELVE:

- 1.- Revocar el auto de fs. 1111, en cuanto exige a la Provincia el pago del IVA.
- 2.- Imponer las costas al perito en su carácter de vencido (art. 69 C.P.C.C).
- 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](#)

"CEREZAS DEL NEUQUEN SRL C/ E.P.E.N. S/ D. Y P. RES CONTRACTUAL PARTICULARES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 458523/2011) – Sentencia: 39/16 – Fecha: 31/03/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

EMPRESA PRESTATARIA DE SUMINISTRO ELECTRICO. INTERRUPCION DEL SERVICIO. RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. INDEMNIZACION POR DAÑO.

Cabe confirmar la sentencia de grado que responsabiliza a una empresa prestataria de suministro eléctrico por los daños causados por la interrupción del servicio, pues para eximirse de responsabilidad, el EPEN debió verificar y en su caso exigir de manera previa, el cumplimiento, ya sea de la instalación de sistemas de protección o en su caso, conforme su criterio, de fuentes auxiliares, lo que no hizo. Si bien, la empresa prestataria no puede garantizar que en algún momento -por distintos motivos: contingencias climáticas o fallas técnicas-, pueda verse interrumpido el servicio de energía, tal circunstancia no puede servir de justificación para -en los casos de que esto sea factible- cumpla con su obligación de restablecer en un plazo razonable, el suministro para evitar daños a las personas o bienes, o al menos minimizar las consecuencias que acarrea el corte de energía eléctrica para los usuarios.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de marzo de 2016.



Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CEREZAS DEL NEUQUEN SRL C/ E.P.E.N. S/ D. Y P. RES CONTRACTUAL PARTICULARES", (Expte. N° 458.523/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA CIVIL 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 de fs. 507/515 vta. hace lugar a la demanda y en consecuencia condena al Ente Provincial de Energía del Neuquén a abonar a la parte actora en el plazo de 10 días de notificados, la suma de pesos doscientos dieciocho mil ochocientos veinte (\$218.820), con más sus intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén desde la fecha del siniestro (13/09/2008) hasta su efectivo pago. Asimismo le impone las costas a la demandada vencida y difiere la regulación de honorarios hasta el momento procesal oportuno.

Para así resolver, considera que la causa de la interrupción del suministro eléctrico del día 13 de septiembre de 2008, se debió a la exclusiva culpa del EPEN, al haber instalado un transformador con capacidad insuficiente para la demanda energética que debía satisfacer, y provisto de fusibles inadecuados para proteger dicho transformador ante cualquier sobrecarga.

Al entender que se encuentran cumplidos los extremos requeridos para que se configure la responsabilidad civil del EPEN, determina la cuantificación del daño causado, y hace lugar a los rubros reclamados: daño emergente (\$ 7.400) y lucro cesante (\$ 211.420).

A fs. 519 el E.P.E.N., interpone recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, expresando agravios a fs. 532/534 vta., los que fueron replicados por la parte actora a fs. 537/540.

II.- En sus agravios la demandada manifiesta que en la sentencia de grado se ignoró la obligación que pesa en cabeza del usuario y que está prevista en el punto 6to. del Reglamento de Suministro de Energía.

Aduce, que el servicio de energía eléctrica no es infalible, ya que cientos son las causas por las que en algún momento el mismo se puede interrumpir y es por dicha razón que si algún particular o empresa, depende para su subsistencia del suministro eléctrico, tiene que tomar sus recaudos, los que están explicitados en la norma del reglamento del suministro de energía, como una obligación a cargo del usuario.

Expresa, que el juez basa su fallo tomando los dichos del perito en electricidad, al descartar la defensa de su parte por la sobrecarga inferida por la falta de denuncia de otra bomba por parte del actor.

Menciona, que según las probanzas de autos, la causa del daño no se hubiese evitado con los fusibles "bien" calibrados, pero sí con un equipo alternativo.

Señala, que de la testimonial de fs. 327/329 surge que en solo cinco minutos las cañerías (mangueras) se hubiesen congelado y con ello hubiese sido inútil cualquier regreso de energía.

Interpreta, que el nexo causal entre el corte de energía (cualquiera fuera la causal de este, es decir, mal calibrados los fusibles o la sobrecarga del transformador) y el congelamiento, solo se podría haber evitado con el cumplimiento del reglamento y con la tenencia de un equipo alternativo.

Relata, que el EPEN es un ente autárquico que depende del Poder Ejecutivo y que se brinda el servicio público de energía sin fines de lucro, por ello al fijarse la tarifa, se prevé una obligación a cargo de usuario como la mencionada en el punto 6.4 del reglamento de suministro.

Subsidiariamente, señala que el a-quo yerra en sus cálculos aritméticos, condenando a abonar la suma de \$218.820, cuando bajo su propio razonamiento se lo debió condenar a abonar la suma de \$131.494. Efectúa consideraciones al respecto.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, la actora contesta a fs. 537/540, solicitando el rechazo de los mismos con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento, en primer lugar debo exponer algunos lineamientos sobre la responsabilidad por daños causados (por acción u omisión) en el suministro de energía eléctrica, para luego evaluar si en el caso de autos ha mediado o no responsabilidad de la prestataria del servicio eléctrico EPEN, por los daños reclamados por la actora como consecuencia de la interrupción del servicio.



La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene resuelto que la empresa prestataria del servicio público de energía eléctrica tiene la obligación de supervisión propia de esa actividad. La empresa titular de las líneas de media y baja tensión tienen la obligación de supervisión propia de esa actividad – como prestataria de un servicio público –, la que le obliga a ejercer una razonable vigilancia de las condiciones en que aquel se presta para evitar consecuencias dañosas. (conf. CS, 15/10/87, "Prille de Nicolini, Graciela C. c/ Segba" LL 1988-A-218, Fallos 310:2103 y ss.- CS, Fallos 315:693) (el remarcado me pertenece).

También la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo que la empresa generadora de energía debe extremar las precauciones para que el servicio público se lleve a cabo en las mejores condiciones posibles de seguridad, cuidando y supervisando que la cosa no ocasione daños a terceros. (C. Fed.; La Plata, Sala I, 03/05/74, "Toraya, Alfredo y o. c/ Agua y Energía Eléctrica y/o Coop. Eléctrica Chapadmalal Ltda..." LL, 156-39).

Así pues, y conformidad con los pronunciamientos jurisprudenciales citados que comparto, la responsabilidad de la empresa prestataria del servicio de energía (sea esta pública o privada) no se agota en la generación y distribución de la misma, sino que también asume una obligación de seguridad, y, es en función de ésta última que debe adoptar los recaudos necesarios para vigilar que el servicio se preste de manera regular, evitando causar daños a personas o bienes.

En función de esta última obligación a la que hiciera referencia en el párrafo anterior, considero insuficiente el argumento del apelante, quien al invocar lo dispuesto en el punto 6 del Reglamento de Suministro de Energía, pretende trasladar la responsabilidad a la actora.

Si bien el art. 6to. del Reglamento de Suministro de Energía sobre "OBLIGACIONES DEL TITULAR Y/O USUARIO", punto 6.4 SISTEMA DE PROTECCIÓN Y/O FUENTES AUXILIARES", dispone: "En aquellos casos en que la eventual interrupción y/o perturbación del suministro de energía eléctrica pudiera producir alteraciones en procesos, pérdidas de materias prima o de datos o memoria en sistemas de computación, el USUARIO deberá prever integrando a la instalación interna a su cargo, sistemas de protección y, en caso de ser necesario, fuentes auxiliares de emergencia que eviten tales contingencias", interpreto que dicha norma reglamentaria resulta en el caso insuficiente para eximir de responsabilidad a la empresa prestataria del servicio.

Elo es así, porque la norma reglamentaria mencionada deja abierto un amplio abanico de posibilidades que, de aplicarse a raja tabla, despojaría de responsabilidad a la empresa prestataria del servicio de energía frente a los daños ocasionados a los usuarios por la falta o irregular prestación del servicio.

Si bien, la empresa prestataria no puede garantizar que en algún momento -por distintos motivos: contingencias climáticas o fallas técnicas-, pueda verse interrumpido el servicio de energía, tal circunstancia no puede servir de justificación para -en los casos de que esto sea factible- cumpla con su obligación de restablecer en un plazo razonable, el suministro para evitar daños a las personas o bienes, o al menos minimizar las consecuencias que acarrea el corte de energía eléctrica para los usuarios.

Si la empresa de energía pretende eximirse de responsabilidad aplicando el Reglamento de Suministro de Energía (6.4), debe, en función de su poder de policía, verificar, de manera previa o durante la prestación del servicio, el cumplimiento por parte de determinados usuarios de "los sistemas de protección y/o de las fuentes auxiliares de emergencia que eviten tales contingencias".

Consecuentemente, dicho reglamento no puede ser utilizado por la empresa prestataria del servicio eléctrico para, una vez ocasionado el daño por falta o irregular prestación del servicio, eximirse de responsabilidad, pues para que ello sea factible el EPEN debió verificar y en su caso exigir de manera previa, el cumplimiento, ya sea de la instalación de sistemas de protección o en su caso, conforme su criterio, de fuentes auxiliares.

La demandada no ha acreditado haber requerido a la actora como requisito previo o durante la prestación del servicio, el cumplimiento de tales requisitos (sistema de protección o instalación de fuentes auxiliares), por lo tanto, una vez ocasionado el daño al haberse quemado el transformador, no puede trasladar su responsabilidad a la firma accionante invocando el incumplimiento de lo dispuesto en el Reglamento de Suministro de Energía (6.4).

En relación al cuestionamiento probatorio, juzgo que la testimonial de fs. 327/329 resulta insuficiente para desvirtuar las



demás pruebas obrantes en la causa, principalmente el informe pericial de fs. 443/446 y las explicaciones brindadas por el experto a fs. 457/458.

Del informe pericial (fs. 443/446), se desprende: "El medidor correspondiente a la fecha del siniestro, era un medidor a inducción y solo se registraba la energía activa consumida y no la demandada en potencia, lo que hubiera permitido un registro de la máxima potencia utilizada en algún período de tiempo. Lo manifestado hace que el consumo de energía realizado en el período del siniestro y en igual período en los años posteriores, estén dentro de la Tarifa General contratada, no siendo posible constatar, con los registros del EPEN, una sobrecarga por encima del valor de demanda habilitada..." (respuesta 2.2.2) (el resaltado me pertenece).

Tal circunstancia desacredita -ante falta de prueba que lo confirme- que la parte actora haya actuado en forma negligente al utilizar un mayor consumo de energía que el habilitado por el EPEN, ocasionando de este modo que se quemara el transformador.

Por otra parte, en el dictamen se indica: "Del típico montaje de una subestación transformadora aérea trifásica de 13,2 kw, 25KVA presentada por el EPEN como la que correspondía a la del transformador siniestrado (Anexo 7), se desprende que contaba con seccionadores fusibles del lado del secundario que alimenta a las cargas. Si la capacidad de esos fusibles fuera la adecuada en relación con el transformador, ante cualquier sobrecarga (sobrecorriente) deberían haber actuado, eliminando todas las cargas y protegiendo a dicho transformador. En el caso de que estos fusibles no fueran los adecuados, esa sobrecarga genera un aumento de temperatura en el transformador pudiendo producir un daño en el mismo..." (respuesta 2.2.5). (el resaltado es propio).

"Según lo señalado en los 2.2.3 y 2.2.5 la falla en el transformador se podría haber evitado si los fusibles aéreos del lado de baja tensión del transformador hubieran actuado correctamente. Si esta situación se hubiera dado, el restablecimiento del servicio hubiera sido rápido (sólo el cambio de fusibles).- (respuesta 2.2.8).

"La explosión de un transformador se produce por un cortocircuito producido como consecuencia de la pérdida de la aislación en alguno de sus componentes debido a una sobrecarga de los consumos y a la no actuación de la propia protección (fusibles del lado de baja tensión adecuados)..." (ver respuesta punto 2) fs. 446).

De lo expuesto se desprende, que la rotura del transformador, aun existiendo sobrecarga (cuestión no demostrada por la accionada) se podría haber evitado si el mismo hubiera contado con fusibles adecuados, a los fines de eliminar las cargas excesivas. Y que, en caso de que esta situación se hubiese presentado (sobrecarga) el restablecimiento del servicio hubiera sido rápido.

Asimismo, el perito en respuesta a la pregunta formulada (punto 2 de fs. 446) luego de efectuar los cálculos pertinentes, concluyó: "...En el caso que el actor estuviera excedido de la carga según la tarifa adjudicada y estuviera consumiendo 13KW sin que opere la protección de su pilar de medición, el saldo de potencia a suministrar por el transformador a los otros dos usuarios sería de 7kw (3,5 KW c/u), lo que podría resultar insuficiente para una noche de helada en chacras. Esto permite deducir que aun con las protecciones solicitadas por el EPEN, el transformador estaba trabajando al límite de su capacidad en determinados momentos, o que estaba subdimensionado para la carga que debía alimentar".

Vale decir entonces que, la empresa proporcionaba energía en condiciones no aptas o al "límite" de los consumos de otros dos usuarios que junto al actor dependían del correcto funcionamiento del transformador averiado.

Por otra parte, considero importante resaltar lo expuesto por el experto a fs. 457 y vta., donde en respuesta a la impugnación de la demandada, dijo: "En el tercer párrafo respecto al cuestionamiento al punto 2.2.3 del informe de pericia, con relación a lo mencionado "el cliente pudo cambiar la protección sin dar aviso, pues el EPEN no interviene en el pilar de medición del lado interno", es una posibilidad. No obstante el EPEN durante todo el período de suministro de energía eléctrica al Actor, cambió el medidor en dos oportunidades sin haber detectado ninguna anomalía, inclusive cuando se hizo la revisión luego del siniestro, en tal caso debería haberse aplicado el art. 11 -SUSPENSIÓN DEL SUMINISTRO punto 11.1.3 del Reglamento General para el Suministro de Energía Eléctrica, que señala: "por alterar las condiciones convenidas y/o aumentar la potencia demandada o ceder y/o vender total o parcialmente la energía a terceros de acuerdo a lo establecido en los puntos 6.8 y 6.9 de este reglamento. En lo relativo a la modificación de las



condiciones técnicas y/o aumento de potencias referidos en el punto 6.8, la suspensión solo será efectivizada si el incumplimiento pusiera en riesgo la seguridad de las instalaciones del EPEN y/o terceros".

Con ello se resalta el poder de policía que, en función del reglamento mencionado, detenta el EPEN, a fin de regularizar y/o en su caso hasta suspender el suministro cuando se den los supuestos enumerados en la norma mencionada en el párrafo anterior.

Situación ésta que de haber acontecido, no fue ni siquiera verificada por el EPEN en las dos oportunidades que señalara el perito.

Por otra parte, si bien, el congelamiento, como afirma el recurrente, se podría haber evitado si hubiera existido en el establecimiento "Los Vascos" un equipo alternativo para el funcionamiento de los aspersores, cabe aquí traer a colación –para no ser reiterativo– lo desarrollado en los párrafos anteriores al analizar lo establecido en el reglamento de Suministro de Energía (6.4).

Por lo tanto, acreditado el daño y su relación de causalidad, para eximirse de responsabilidad la demandada debía probar la culpa de la víctima o de un tercero por el cual no debe responder, situación que no se ha logrado acreditar en autos.

Por todos estos motivos y al compartir los fundamentos expuestos por el señor Juez de Grado, los agravios de la parte accionada serán rechazados.

En relación a la indemnización "lucro cesante", diré que efectivamente hubo un error en el cálculo debido a que el a quo al multiplicar 9.604 kg x \$11, indicó que el resultado era de \$185.570, cuando dicha multiplicación arroja la suma de \$105.644.

A dicha suma corresponde sumarle el valor de la fruta en el mercado externo (\$3.40 x U\$S 15.229,20) que nos da \$51.779.

En definitiva, en concepto de "lucro cesante" el importe que debe percibir la parte reclamante asciende a \$157.423 (105.644 + 51.779).

A dicho importe se le debe agregar el monto correspondiente al "daño emergente" (\$7.400), todo lo cual arroja como resultado la suma de \$164.823. En atención a los lineamientos de la sentencia de grado, a dicha suma se le deben restar los costos de producción, que ascienden a \$25.930.

Por lo tanto, efectuados los cálculos pertinentes, la indemnización asciende a la suma total de \$138.893, con más sus respectivos intereses, conforme fueran explicitados en la sentencia de grado.

IV.- Por todo lo expuesto, propondré al acuerdo que se confirme la sentencia de grado en su mayor parte, debiéndose modificar el cálculo indemnizatorio, que en función de lo expuesto asciende a la suma de PESOS CIENTO TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES (\$138.893). Las costas de Alzada se deberán imponer al demandado en atención a su condición de vencido (art. 68 del CPCyC). Regular oportunamente los honorarios de segunda instancia de conformidad a lo dispuesto por el art. 15 de la Ley 1594.

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. 507/515 vta., modificando el monto de condena el que se reduce a la suma de PESOS CIENTO TREINTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES (138.893), de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada en atención a su condición de 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](#)

"PIZARRO MARIA ESTHER C/ VIVANCO LUIS Y OTRO S/DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" -

Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 473783/2013) – Sentencia: 38/16 – Fecha: 31/03/2016

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

DESALOJO. ANIMUS DOMINI. IMPROCEDENCIA DE LA VIA. INSTANCIA ADMINISTRATIVA.

Cabe confirmar la decisión en crisis que desecha la petición de desalojo con fundamento en que, de acuerdo a los términos en que quedó trabada la litis, así como los testimonios y constancias del expediente administrativo, y sin que implique expedirse en torno al mejor derecho a la posesión que invocan ambas partes, resulta que la codemandada aportó elementos de justificación suficientes para demostrar "prima facie" que es poseedora animus domini del inmueble objeto del presente, lo que le permite concluir que la vía elegida no es la adecuada para debatir la controversia. En efecto, en cuanto a la insuficiencia de esta vía y la falta de prueba suficiente para decidir el reclamo de la actora basado en una acción de tipo personal dirigida a declarar la existencia de una obligación de restitución a cargo de los demandados, fundamentalmente por tratarse el hecho de la primera de uno derivado de un acto de adjudicación reconocido en sede administrativa y susceptible de ser revocado cuando, como en el caso, los presupuestos fácticos sobre el que se apoya la legitimación invocada son objeto de controversia en un expediente aún en trámite que debe ser decidido por la autoridad competente, máxime ante los fines sociales del programa habitacional que este último legalmente encarna (Ley Provincial N° 1043). En tal sentido los dictámenes transcriptos en uno y otro sentido sobre la originaria adjudicación a la actora y la actividad administrativa desplegada a tal fin por los demandados que denuncian incumplimientos de aquella, evidencian imprecisión. Ciertamente la vigencia o caducidad del derecho a la adjudicación que detenta una persona, así como su regularización para ser titularizado en otra, según pauta legal y reglamentaria, involucran cuestiones de hecho que corresponde sean ventilados y decididos originariamente ante la misma autoridad administrativa, siendo improcedente la previa intromisión judicial, particularmente si se atiende a la naturaleza y objeto procesal del juicio de desalojo.



Texto completo:

NEUQUEN, 31 de marzo de 2016

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PIZARRO MARIA ESTHER C/ VIVANCO LUIS Y OTRO S/DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION", (Expte. N° 473783/2013), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Marcelo Medori, dijo:

I.-A fs. 403/405 obra la expresión de agravios de la actora, fundando el recurso de apelación concedido con fecha 21.08.2015 (fs. 395); pide se revoque la sentencia de fecha 12 de agosto de 2015 (fs. 345/349) que rechazó la acción de desalojo y se haga lugar a la misma, ello con costas a los accionados.-

Denuncia apartamiento de la realidad fáctica y errónea aplicación del derecho y valoración de la prueba, conforme a que en la presente acción no se discutió el derecho a la posesión o un mejor título de dominio sobre el inmueble, como que la demandada tampoco acreditó aquella que hiera presumir que lo detentara animus domini, cuando ha ocupado el bien reconociendo la titularidad en la actora, tal lo informado por el organismo provincial de la vivienda, no demostrando la supuesta compra venta que invocara en su responde y haber admitido el comodato.-

Cuestiona por arbitraria e irrazonable la decisión que se funda en declaraciones testimoniales cuando el derecho de dominio y a la posesión para que se constituyan requieren de una serie de requisitos y actos formales que no han acontecido; y en contraposición, su parte los ha detentado.-

Critica pro incorrecta y falta de evaluación de la documental emanada del organismo provincial, que se presume legítima y no ha sido desvirtuada con otra, tal el acta de adjudicación a su favor, el dictamen del área legal también favorable a su regreso y el rechazo a la solicitud para que se regularice la vivienda a favor de la demandada, de igual forma, el recibo de sueldo del que resulta el regular débito de la cuota mensual.-

Impugna que no se le haya otorgado los efectos que surgen de la ley 1284 al expediente administrativo y la presunción de estabilidad y legalidad de sus actos allí contenidos, atento a que el IPVU no sólo suspendió los efectos del acto de adjudicación a favor de la actora sino también el abuso de confianza de la actual ocupante, habilitando a la primera a iniciar las acciones legales para el desalojo por resolución expresa.-

Sostiene en tercer agravio que la demandada admitió el comodato por 6 meses a favor de Vivanco que vencía el 15.09.2010, acompañado en el expediente administrativo y autorizado por el IPVU, que acreditada la obligación de restituir, y que se encuentra pendiente el recurso contra la resolución que denegó a la demandada el pedido de regularización de la vivienda; agrega que los testimonios son coherentes en cuanto sostiene que su parte quería vender y/o alquilar la vivienda, pero en forma alguna acreditan que lo haya concretado y que a demandada haya sido la compradora.-

Finalmente considera idónea la vía intentada para recuperar la vivienda y errónea aplicación del derecho que realiza la sentenciante, atento a que, siendo la acción de desalojo de naturaleza personal queda excluida de la discusión toda otra cuestión que directa o indirectamente se encuentre vinculada con el derecho que alegue quien pretenda retenerla.-

II.- Sustanciado el recurso (03.02.2016, fs.406), la co-demandada responde a fs. 408/409, solicitando su rechazo, con costas; avala el razonamiento y valoración de la prueba del juez de grado, y en lo sustancial, plantea que la apelación no constituye una crítica razonada y concreta de las partes del fallo que considera erróneas.-

III.- Entrando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis desecha la petición de desalojo con fundamento en que, de acuerdo a los términos en que quedó trabada la litis, así como los testimonios y constancias del expediente administrativo, y sin que implique expedirse en torno al mejor derecho a la posesión que invocan ambas partes, resulta que la codemandada aportó elementos de justificación suficientes para demostrar "prima facie" que es poseedora animus domini del inmueble objeto del presente, lo que le permite concluir que la vía elegida no es la adecuada para debatir la controversia.-



A.- Que resultando suficientes los agravios introducidos por la demandada a los fines de abordar el recurso (art. 265 C.P.C.C.), cabe reseñar que la accionante promueve demanda de desalojo invocando el carácter de adjudicataria en venta del bien por parte del organismo provincial de la vivienda (IPVU), conforme Resolución N° 0920/93 emitida por dicho organismo (fs.10/12), y habérlo cedido a los demandados bajo contrato de comodato que denuncia vencido en el año 2010; estos últimos, si bien no niegan tal vinculación precaria –invocan que fue en locación–, pretenden que el real negocio jurídico celebrado entre las partes fue un contrato de compra venta, y que habiendo ingresado a la vivienda realizaron importantes mejoras porque estaba destruida, y su incorporación estuvo motivada precisamente en la transferencia.-

Las actuaciones administrativas agregadas a fs. 89/238, informan la controversia suscitada entre las partes para ejercer y acreditar su derecho, la actora para que se reconozca el derivado de la originaria adjudicación en venta y la justificación del momentáneo retiro por razones de salud con préstamo a los demandados (fs.186/208), y éstos, por la efectiva ocupación del bien, abandono, desinterés y ofrecimiento en venta posterior al préstamo de aquella, y habérlo adquirido, situación que los llevó a solicitar que el organismo público regularizara a su favor la titularidad (fs.104/114 - 141-156/157).-

De tales actuaciones resulta por un lado el Dictamen N°214/11 del 27/05/2011 (fs.159/161), que informa acerca del estado de abandono anterior y actual con ocupación conforme planteo denunciado por la demandada, que el precio no se encuentra cancelado ni cuenta con los pagos al día, así como el incumplimiento de las obligaciones de conservar en buen estado el bien y de pedir autorización previa para abonarlo por razones justificadas (art. 18 inc. E) y Capítulo VII del Reglamento Administrativo de la Dirección General de Regularización Habitacional) todo ello a cargo del adjudicatario e incumplidos, así como la eventual sanción de caducidad conforme art.19, recomendando el "PASE a la DIRECCION GENERAL DE REGULARIZACION HABITACIONAL a los efectos de continuar con las tramitaciones necesarias a fin de arribar a la declaración de caducidad de la adjudicación otorgada mediante Resolución N°920/93", que motivó la previa citación por edictos (fs.53/54).-

Con posterioridad al descargo realizado por la actora, se emite el Dictamen N°390/11 del 26 de julio de 2011 (fs.212), donde se enfatizan las cuestiones de índole social y familiar de extrema gravedad que obligó a la actora a retirarse del inmueble, el hecho de la proximidad de su lugar de trabajo, y que se está ante una situación de intervención del título por parte de los demandados, aludiéndose para ello a "personas que ingresan a una vivienda debido a la confianza que depositan en ellas quienes son sus adjudicatarios, reclaman posteriormente que la misma pase a su nombre", que se califica como "abuso de confianza", recomendando el reconocimiento de los derechos de la Sra. Pizarro, agregando en posterior N°338/12 de abril de 2012 (fs.228) que "regularizando la vivienda a favor de la Sra. García Flores, declarando la caducidad de la adjudicación a la Sra. Pizarro se estaría legitimando un accionar disvalioso,..." y que "Deberá por tanto, rechazarse el pedido de regularización e la Sra. García Flores, informándole a la Sra. Pizarro que cuenta con la legitimación necesaria para hincar en sede judicial, las acciones correspondientes tendientes al desahucio del inmueble".-

Bajo estos antecedentes y consideraciones, or Resolución N°360/12 del 23 de mayo de 2012 el IPVU rechazó la solicitud de regularización de la Sra. Garía Flores, y para que se informe a la Sra. Pizarro la legitimación para lograr el desahucio (fs.230/231).-

A fs. 168/175 obra reclamación administrativa de la Sra. García Flores interpuesta el 28 de mayo de 2013 para que se declare la nulidad de esta última resolución, que se deje sin efecto la anterior otorgándosele la adjudicación de la vivienda, y como cautelar administrativa, se suspenda la ejecución de lo impugnado.-

Finalmente, no se han aportado constancias del avance de las actuaciones administrativas, a pesar de haber sido notificada al IPVU el 13.06.2014 (fs.390) la decisión de hacer cesar la medida cautelar de no innovar, dispuestapor esta Alzada del 1 de abril del 2014 (fs.377/379), con lo que la reclamación y planteos se encuentran pendientes de resolución.-

B.- En la materia, se ha sostenido que: "1- El juicio de desalojo tiene por objeto asegurar la libre disponibilidad del bien, a favor de quien tiene derecho a ello, cuando es ocupado por otro contra su voluntad. En suma es el instrumento



procesal idóneo para reintegrar en el uso de la cosa a quien tiene algún título a su libre disposición, excluyendo a quien, a la inversa, ningún título (en sentido amplio) goza en apoyo de su ocupación. Ello en tanto, la facultad de disponer la cosa sólo existe en tanto y en cuanto no medie otra facultad enervante de un tercero, que frente a la demanda del propietario haga valer su derecho. En el juicio de desalojo la causa petendi, en cuanto término esencial de la litis radica en la condición de tenedor obligado a restituir que se atribuye al demandado y el derecho del actor a recibir su restitución. Al demandante le basta con demostrar que le asiste un derecho a tener la cosa bajo su señorío, sea en carácter de propietario, poseedor, etc.. Producida esa prueba por la parte actora, la carga probatoria se desplaza al demandado, quien para neutralizar la acción deberá demostrar que a su vez disfruta de una situación jurídica incompatible con el derecho acreditado por el actor, bien porque aún siendo tenedor su obligación de restituir no es exigible, o bien porque es un auténtico poseedor *anusus domini* de la heredad, cuyo *jus possessionis* no es susceptible de ventilarse en el marco del juicio de desalojo. No acreditado este derecho a mantenerse en la ocupación de la cosa, deberá estarse al mejor derecho demostrado por la parte actora y por consiguiente se deberá condenar al demandado en su condición de tenedor a restituir el inmueble. En las acciones de desahucio por tenencia precaria le basta al accionante probar la propiedad de la finca, la que obra como hecho constitutivo de la acción, sin que le incumba además demostrar el título por el cual la demandada tienen la cosa en su poder, prueba ésta que a la inversa, debe producir la accionada para contrarrestar el progreso de la pretensión deducida en su contra..." (Id. Del fallo: 98161992 –Fecha: 04/10/2004 – Tribunal: CAMARA AEPEL CIV. Y COM 8A –Fuero: CIVIL Y COMERCIAL –Tipo de proceso: Sentencia –Carátula: RIOS, MARIA C/AMUSCHASTEGUI JUAN CARLOS Y OTRO S/DESALOJO –COMODATO - TENENCIA PRECARIA –LDT).-

Que a partir de las situaciones adquiridas en el proceso y según los hechos establecidos o reconocidos, le incumbía a la pretensora probar los constitutivos, es decir aquellos que normalmente producen determinados efectos jurídicos, mientras que la demandada debía acreditar los impeditivos, es decir, la falta de aquellos hechos que normalmente concurren con los constitutivos, falta que impide a éstos producir el efecto que le es propio (art. Art. 375 del Cód. Proc.; Chiovenda, "Instituciones", III, pág.94).-

El dilema de la carga de la prueba se presenta al juez en oportunidad de pronunciar sentencia, cuando la prueba es insuficiente e incompleta a consecuencia de la frustración de la actividad procesal de las partes.

Tratándose de una cuestión de hecho, si se ha producido prueba en el juicio, el juez la evaluará de conformidad con los principios generales. De existir insuficiencia o ausencia de prueba respecto de los hechos esenciales y contradictorios de la causa, apelará a los principios que ordenan la carga de la prueba. Es decir, frente a los hechos inciertos, dudosos o simplemente no probados por los litigantes, el juez, aún así, debe llegar a toda costa a una certeza oficial; dictará sentencia responsabilizando la parte que, según su posición en el pleito, debió justificar sus afirmaciones y sin embargo no llegó a formar la convicción judicial acerca de los hechos controvertidos. Bien claro lo tiene dicho la jurisprudencia: 'lo que decide un pleito es la prueba y no las simples manifestaciones unilaterales de las partes' (SCBA, 9/10/79, DJBA, 117-337).-

IV.- Atento los agravios vertidos y las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, estimo que le asiste razón a la a quo en cuanto a la insuficiencia de esta vía y la falta de prueba suficiente para decidir el reclamo de la actora basado en una acción de tipo personal dirigida a declarar la existencia de una obligación de restitución a cargo de los demandados, fundamentalmente por tratarse el hecho de la primera de uno derivado de un acto de adjudicación reconocido en sede administrativa y susceptible de ser revocado cuando, como en el caso, los presupuestos fácticos sobre el que se apoya la legitimación invocada son objeto de controversia en un expediente aún en trámite que debe ser decidido por la autoridad competente, máxime ante los fines sociales del programa habitacional que este último legalmente encarna (Ley Provincial N°1043).-

En tal sentido los dictámenes transcritos en uno y otro sentido sobre la originaria adjudicación a la actora y la actividad administrativa desplegada a tal fin por los demandados que denuncian incumplimientos de aquella, evidencian imprecisión.-

Ciertamente la vigencia o caducidad del derecho a la adjudicación que detenta una persona, así como su



regularización para ser titularizado en otra, según pauta legal y reglamentaria, involucran cuestiones de hecho que corresponde sean ventilados y decididos originariamente ante la misma autoridad administrativa, siendo improcedente la previa intromisión judicial, particularmente si se atiende a la naturaleza y objeto procesal del juicio de desalojo, siempre atendiendo a la concreta situación fáctica hasta aquí descripta que informa pendiente un reclamo en tal sentido.-

V.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó 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 de la recurrente vencida (art. 68 C.P.C.C.), procediendo a la regulación honoraria con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria, una vez determinados los correspondientes a la anterior instancia.-

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.345/349, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.
- 2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la recurrente vencida (art. 68 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](#)

"MENDEZ HECTOR OSCAR C/ MOÑO AZUL S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 442829/2011) – Sentencia: 37/16 – Fecha: 31/03/2016

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

FORMA Y PRUEBA DEL CONTRATO DE TRABAJO. TRABAJADO AGRARIO. PEON. INTIMACIONES. PRESUNCION. OPERATIVIDAD. PERSONAL PERMANENTE.

1.- [...] la empleadora tuvo oportunidad de conocer los motivos de la interpelación de su dependiente, expidiéndose -de manera previa a la interposición de demanda- sobre las pretensiones de éste.- Por lo tanto, dentro de este marco fáctico resulta innecesario el requerimiento de intimación previa, a fin de que el accionante se considere en situación de despido.

2.- [...] el actor ha logrado demostrar que la relación laboral existente entre él y la empresa demandada se encuadra en la categoría de "peón general con carácter permanente". Ello es así, toda vez que el actor no se limitaba a realizar tareas de cosecha (tarea de temporada), sino que realizaba tareas de distinta índole propias de



una chacra, como poda, raleo y demás labores básicas de un establecimiento agrícola como el de la firma demandada.

Texto completo:

NEUQUEN, 31 de marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MENDEZ HECTOR OSCAR CONTRA MOÑO AZUL S.A. SOBRE DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 442829/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando M. GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- Vienen los presentes autos a estudio del Cuerpo, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 274/277, contra la sentencia de fs. 268/271 y vta.-

II.- Se agravia el apelante porque considera insuficiente la prueba tenida en cuenta por el a-quo, consistente en informe del AFIP y testimonio del Sr. González, para tener por acreditado que el Sr. Héctor Oscar Méndez, reviste el carácter de trabajador permanente, omitiendo toda referencia a las restantes constancias de la causa.-

Afirma, que el tribunal de grado consideró innecesaria la prueba pericial contable solicitada por su parte.-

Expresa, que si bien en la Ley 22.248 no existe una norma similar al art. 18 de la L.C.T., la antigüedad se computa por tiempo efectivo de trabajo.-

Señala, que el sentenciante no ha tenido en cuenta el tiempo efectivo de trabajo, sino que se ha limitado a considerar la fecha de ingreso y egreso para obtener la antigüedad del trabajador, pese a surgir de las constancias de la causa que no trabajó todo el año, ni todos los días del mes.-

Indica, que de los recibos de haberes que lucen en el expediente, como así del informe de la AFIP, se desprende que el Sr. Mendez, algunos meses no prestó servicios, y no obstante ello, el juez de grado opta por computar como corrido el tiempo de trabajo, equiparando la situación del accionante con la de un trabajador permanente continuo, ignorando los testimonios rendidos en la causa.-

Cuestiona la valoración del testimonio del Sr. Carlos Javier González.-

En segundo lugar, le causa agravios que el juez considere que la situación de despido indirecto en la que se coloca el actor sea correcta, a pesar de no haberse cumplido con el requisito de la intimación previa.-

Así, menciona que el trabajador envía el 5-10-10, un confuso telegrama rupturista intimando a la aclaración de la relación laboral, declarando una antigüedad de doce años como peón rural e indicando a renglón seguido que por no haber tenido novedades respecto de sus labores por dos meses, ha incurrido la empresa en las causales propias de un despido sin causa.-

Y, que, luego de ello, reclama las certificaciones laborales y exige respuesta de su empleadora en el término de 48 horas bajo apercibimiento de promover acciones legales.-

Refiere, que en los hechos se trató de una única misiva y la intimación y ruptura fueron simultáneas, el mismo 5-10-10.-

Sostiene, que el famoso informe de la AFIP, da cuenta que el actor trabajó en agosto de 2010, cobrando por ello el sueldo de dicho mes en septiembre del mismo año y los primeros días de octubre de 2010, es decir, sin que hayan transcurrido los dos meses alegados, resuelve dar por concluido el vínculo sin formular intimación previa.-

Entiende, que resulta evidente que el accionante no podía desconocer que existían intervalos en la prestación de su débito laboral y por ende resultaba ineludible la formulación de una intimación previa a los efectos que la empresa le indicara si tenía o no trabajo para darle, optando pese a ello por la situación más gravosa.-

Advierte, que en la sentencia se señala que al actor no se le otorgó trabajo durante los meses de agosto y septiembre de 2010, cuando surge del informe de AFIP, que sí laboro en el mes de agosto de 2010, por lo que no existió un lapso prolongado durante el cual no se le dieron tareas.-

Indica, que tampoco puede ser analizado el comportamiento del actor en base a la respuesta de la empresa frente a un hecho consumado, ni menos aún resulta posible hacerlo en función de una postura defensiva asumida en la



contestación de la demanda, cuando no se puso a la empleadora en mora para dar cumplimiento con su obligación de dar ocupación, siendo ello un recaudo necesario para efectivizar un distracto en la modalidad de despido indirecto.-

Corrido el pertinente traslado de la expresión de agravios, el mismo no fue contestado por la contraria.-

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, en primer lugar corresponde que analice, por resultar de suma importancia, el requisito de la intimación previa, a los fines de la configuración del despido indirecto.-

En efecto, si bien el despido como extintor de la relación laboral es una conducta recepticia que debe ser comunicada por escrito, debiéndose a través de la misma expresar concretamente el motivo que dio origen a la ruptura del contrato (art. 243 LCT), a mi entender, la aplicación lisa y llana en todos los casos de dicho dispositivo legal al margen de los principios que rigen la materia laboral, puede implicar un formalismo excesivo en desmedro de los derechos del trabajador.-

Dentro de los principios laborales, cabe hacer especial referencia en el "Primacía de la Realidad", debido a que mediante su aplicación se otorga prioridad a los hechos, es decir, a lo que efectivamente ha ocurrido, sobre las formas o apariencias e inclusive sobre lo pactado por las partes cuando a través de dichos acuerdos se haya violado el Orden Público Laboral.-

Sentado lo anterior, debo decir que de las constancias de la causa surge que el actor envió carta documento (ver fs. 3, 4) a su empleadora, intimándola a que en el plazo de 48 horas aclare su situación laboral y que en el mismo texto, seguidamente se consideró despedido en función de los motivos allí detallados, lo cual posteriormente fue objeto del reclamo judicial de autos.-

Frente a dicha intimación y comunicación de distracto, la empleadora respondió la misiva (ver carta documento de fs. 2), rechazando por improcedente el carácter de trabajador permanente invocado por el actor, negando la situación de despido indirecto en que se colocara y comunicándole que continuaba latente el vínculo laboral de cosecha.-

Ante la respuesta de la empresa, en cual niega la calificación de trabajador permanente que invoca el actor en su telegrama, y que vuelve a negar tal circunstancia en su contestación de demanda, resulta innecesario, exigir de manera cabal que el acto de intimación y apercibimiento se desdoblén en dos actos o momentos distintos.-

Ello es así, pues en el caso, la empleadora tuvo oportunidad de conocer los motivos de la interpelación de su dependiente, expidiéndose -de manera previa a la interposición de demanda- sobre las pretensiones de éste.-

Por lo tanto, dentro de este marco fáctico resulta innecesario el requerimiento de intimación previa, a fin de que el accionante se considere en situación de despido.-

Por lo expuesto, este primer agravio será rechazado.-

En cuanto al carácter de trabajador permanente o no permanente, diré que cobran relevancia los testimonios rendidos en la causa, a través de los cuales a mi entender se desprende que el operario detentaba el carácter de "permanente" y que revestía la categoría de: "peón general".-

Si bien no desconozco que la documentación que menciona la demandada, principalmente los recibos de haberes adjuntados a fs. 6/42 y 106/159, como así las demás constancias y contratos obrantes a fs. 52/105, dan cuenta de que se trataría de un trabajador no permanente, considero que sobre las formas o apariencias debe otorgarse prioridad a los hechos, a lo que efectivamente ocurrió en la realidad.-

Es decir, que por aplicación del principio de primacía de la realidad, es el Juez el que debe desentrañar las verdaderas características de la relación que unió a las partes, por sobre los aspectos formales de la misma.-

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: "Debe rechazarse el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia del A-quo que reconoce la relación laboral ya que, la primacía de la realidad, como regla de interpretación para el jugador impone a éste considerar la realidad de la relación sobre la forma, o bien si se prefiere sobre la ficción montada por las partes; es decir la apariencia legal no prevalece sobre la realidad. Tal principio se traduce en el proceso laboral en el relativo valor de la prueba documental respecto de la testimonial. A la prueba documental se le oponen las declaraciones de los testigos, que dan cuenta de la prestación de servicios del actor en el establecimiento de la demandada, cumpliendo tareas propias de la actividad comercial de ésta última, lo que



torna descalificable el contradocumento, en función de los hechos comprobados de la causa y de las previsiones del art. 14 de la Ley 20744. Lo que importa considerar es la real situación creada y la posición ocupada por el trabajador en la empresa de otro, con prescindencia de la apariencia construida por más que se presente consentida, ya que no se admite renuncia expresa al carácter de trabajador subordinado" (L.D.T. LEYC 20744 20-09-74 Art. 14-CATSL2 RS, I000 83 RSD-22-95 S 20-4-95, Juez VERON OSVALDO A. (SD)Gauna Héctor Javier c/ Alberto Haldsmann y otro s/ Laboral-MAG. VOTANTES: Rodríguez de Dib, Martha C. - Verón, Osvaldo A).-

También que: "Dentro de los principios que rigen en el fuero laboral se encuentra el de primacía de la realidad, conforme art. 11 de la LCT, según el cual cuando no existe correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó e incluso, se documentó, prevalecen aquellos sobre estos. Vale decir que priva la verdad de los hechos, sobre la apariencia formal que las partes hubieran podido utilizar para encubrir aquellos. Toda estipulación contractual por escrito no tiene en principio, mas valor que el de una presunción, que puede caer ante la prueba en contrario de los hechos; pues la forma cede ante la primacía que tiene la realidad que escriben los hechos (L.D.T. LEYC 20744 Art. 11-CATSL2 RS, L000 76 S 6-11-2, Juez VERON OSVALDO (SD)Ibarra Jacinto Rosendo c/ Jorge Omar María Liotta y/o quien resulte responsable s/ sueldos adeudados, etc.- MAG. VOTANTES: Verón Martha C.-Rodríguez de Dib Martha C).-

Consecuentemente, y teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales producidas en la causa, a las que me referiré seguidamente, entiendo que, como ya lo anticipara, el actor ha logrado demostrar que la relación laboral existente entre él y la empresa demandada se encuadra en la categoría de "peón general con carácter permanente".-

Así entonces, a fs. 234 obra declaración testimonial del Sr. Carlos Javier González, quien en relación al trabajo que realizaba el actor a favor de Moño Azul S.A., dijo: "...Chacarero, podaba, esto yo lo he visto...Y todo el año trabajaba Méndez para Moño Azul, porque yo lo vi a Méndez pasar por ahí hacía el trabajo de él, que quedaba en Moño Azul..."-.

A fs. 236, declaró como testigo la Sra. Diana Magdalena Robledo, quién, al preguntársele donde trabajaba el actor y en que consistía su tarea, respondió:

"...En la de Rincón de Emilio, y me acuerdo que cosechaba, poda, raleo, las tareas básicas de unachacra... El era trabajador temporario, se le hacían contratos, cuando terminaba una tarea, se le hacía otro contrato y así sucesivamente...Él trabajaba para Moño Azul, sumando todos los meses, aproximadamente 9 meses al año..."-.

De los mencionados testimonios se desprende que el actor no se limitaba a realizar tareas de cosecha (tarea de temporada), sino que realizaba tareas de distinta índole propias de una chacra, como poda, raleo y demás labores básicas de un establecimiento agrícola como el de la firma demandada.-

Si bien, la testigo Diana Magdalena Robledo, luego de describir las tareas que realizaba el Sr. Héctor Méndez, expuso que era un trabajador temporario, tal circunstancia no guarda coherencia con el tiempo que dice la testigo que trabajaba el actor (nueve meses al año) ni con el tipo de tareas: "raleo, poda y demás tareas de chacra", lo que motivaba -conforme sus dichos- la realización de sucesivos contratos: "...se le hacían contratos, cuando terminaba una tarea, se le hacía otro contrato y así sucesivamente..."-.

Por otra parte, el Sr. Walter Adrián Gutiérrez al declarar a fs. 237 y vta., al preguntársele sobre cuantos empleados tiene la chacra de la demandada, expuso:

"...Contando el personal permanente y el personal de cosecha, aproximadamente cincuenta personas...". Ello demuestra la existencia de personal permanente en la chacra para la realización de tareas pre y pos cosecha, lo que en función de las características de las tareas que realizaba el demandante, en función de los testimonios analizados, me persuaden para propiciar en estos autos, la confirmación de la sentencia apelada, en cuanto considera al actor en la categoría de peón general de carácter permanente.-

IV.- Por todo lo expuesto, y al compartir los fundamentos de la sentencia de primera instancia, propongo al Acuerdo su confirmación en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios, con costas a la recurrente vencida (Art.68 Cód. Proc. y 17 de la ley 921), a cuyo efecto se regularán los honorarios de Alzada de conformidad con el Art.15 LA.-

Tal mi voto.-



El Dr. Medori dijo:

Por compartir los argumentos del voto que antecede adhiero al mismo, expidiéndome de igual modo.

V.- Por ello, esta Sala III,

RESUELVE:

- 1.- Confirmar la sentencia obrante a fs. 268/271 y vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.
- 2.- Costas de Alzada a la recurrente perdidosa (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 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](#)

"CANDIDO ALEXIS SEBASTIAN Y OTRO C/ BRENS S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala III - (Expte.: 447221/2011) - Sentencia: 35/16 - Fecha: 29/03/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO INDIRECTO. REGISTRACION LABORAL. LIBROS CONTABLES. INTIMACION PREVIA. INDEMNIZACION AGRAVADA. MULTA.

1.- Corresponde revocar la sentencia de grado que rechazó la demanda deducida persiguiendo el cobro del 50% del salario en negro que percibían los actores, toda vez que a través de esta declaración testimonial se ha logrado probar que la accionada cometía ciertas irregularidades en lo que respecta al pago de los salarios de los actores, al abonar parte del salario real en negro, situación ésta que justifica tener por configurada la causal de despido invocada por los trabajadores. Por lo tanto, la negativa de la empleadora en reconocer dicha irregularidad como así su omisión de registrar correctamente los salarios percibidos por los actores, constituye motivo suficientemente injurioso para tener por configurado el despido indirecto en que éstos se colocaron.

2.- La falta de exhibición o requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causa-habientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos".

En autos, contrariamente a lo sostenido en la sentencia, cobra virtualidad la presunción favorable consagrada en la misma norma, pues no resulta justificada la



causa invocada por la mepresa demanda, para no presentar la documentación contable que en su oportunidad le fuera requerida por el perito contador para expedirse sobre los puntos de pericia ofrecidos.

3.- El art. 2 de la Ley 25.323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y al obligar al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales. De las constancias de autos surge que mediante Telegramas, los actores cumplieron con el paso previo aludido en el párrafo que antecede, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada, corresponde declarar procedente su aplicación.

4.- Surge que la empleadora ha dado sobrados motivos para el reclamo judicial propiciado en los presentes autos, ello en función de no haber dado respuesta favorable a los requerimientos de los demandantes a fin de registrar los pagos en negros efectuados. En función de dicha actitud y teniendo en cuenta el resultado propiciado, corresponde también condenar a la accionada al pago de la multa del art. 15 de la Ley N° 24.013.

Texto completo:

NEUQUEN, 29 de marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CANDIDO ALEXIS SEBASTIAN Y OTRO C/ BRENSS.A. S/ COBRO DE HABERES" (EXPT E N° 447221/2011), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 2 a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando M. GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Fernando M. Ghisini dijo:

I.- Vienen estos autos a consideración de la Sala para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte actora a fs. 280/286 y vta., contra la sentencia de fs. 271/275, cuyo traslado fue contestado a fs. 289/294 y vta. por la parte contraria solicitando su rechazo con costas.

II.- Manifiesta la parte recurrente que la afirmación en la sentencia respecto a que no resultó probada en la causa la falta de registración de los actores resulta una aserción dogmática y traduce una escasa comprensión de las reglas de la sana crítica.

Entiende, que en autos hubo una absurda valoración de la prueba testimonial, ya que las declaraciones de los señores Cisterna, Carrasco y Martínez, fueron coincidentes y concluyentes en que los actores percibían el 50% de su salario en negro, y explicaron que era una modalidad habitual de la empresa el pago del salario una parte en negro, ya que ellos también lo habían percibido de ese modo en su momento y que a su vez, les constaba que al actor le pagaban de ese modo.

Crítica, que la a-quo haya quitado mérito a dichos testimonios mencionados invocando un antecedente de la Cámara de Apelaciones local.

Afirma, que más allá que de la prueba obrante en la causa no surja con total exactitud y precisión como devengaban las comisiones, no puede dejar de tenerse por probado que los pagos en negro efectivamente existieron ya que las declaraciones testimoniales así lo acreditan.

Sostiene, que una cosa es determinar el monto de las sumas en negro que le eran abonadas al actor y otra muy distinta es tener por probado la existencia misma de los pagos en negro, ya que si tenemos por acreditada la existencia de tales



pagos -más allá de no haberse determinado el monto- tendremos por acreditado el agravio invocado y por justificado el despido indirecto por culpa de la empleadora.

Argumenta, que la jueza infringe las reglas de la apreciación de la prueba pericial contable, separándose arbitrariamente de lo establecido por los arts. 476 del CPCyC, 38 de la Ley 921 y 55 de la LCT.

Menciona, que hubo una absurda valoración de la prueba indiciaria. Efectúa ciertas consideraciones al respecto.

III.- Analizada las presentes actuaciones, advierto que la primera cuestión que corresponde determinar es sí con la prueba producida en la causa los actores han logrado demostrar percibieron parte de su salario en negro a fin de justificar el reclamo de las indemnizaciones pretendidas como consecuencia de la situación de despido en que se han colocado.

En relación a la evaluación de la prueba rendida, debo decir que no comparto las apreciaciones efectuadas en la anterior instancia respecto de las declaraciones brindadas por los Sres. Jorge Daniel Cisterna (fs. 80 y vta.), Natalia A. Martínez (fs. 138/139) y Pablo Marcelo Carrasco (fs. 140/141).

En primer lugar, nada dice la sentencia sobre la idoneidad, imparcialidad y credibilidad de los testigos mencionados, pues sólo se limita a citar un antecedente de esta Cámara, sin analizar clara y concretamente, cuales son los motivos por los que dichos testimonios no resultan suficientes para acreditar la causa de despido invocada por los actores.

Los testigos destacados han declarado en función de haber tenido conocimiento de lo acontecido en la empresa, por haber estado vinculados en relación de dependencia con la misma.

Como bien ha señalado la jurisprudencia: "No puede cuestionarse la idoneidad de los testigos por su vinculación laboral con los actores (art. 456 Código Procesal) si es evidente que sólo ellos pudieron tener exacto conocimiento del empleo que se diera -en el caso- a la motobomba que estaba a su cargo. Se trata, pues, de testigos necesarios, lo que valoriza en especial sus dichos." (Sn 930313 Rsd-178-93. 14/09/1993. Juez: Civilotti (SD) "Coccaro Rubén Miguel Y Otro C/ Villa Hnos. & Cía.S.A. Y Otro S/ Daños y Perjuicios. Mag. Votantes: Civilotti - Vallilengua - Maggi).

"La circunstancia que los testigos manifestaran ser empleados de una de las partes no obsta a que sus declaraciones puedan ser tenidas por verdaderas, como ocurre en el sub-lite, en razón de ser testigos necesarios por su intervención personal y directa en diversos aspectos de las vinculaciones entre los justiciables y en cuanto sus exposiciones son coincidentes" (Cheuquepal, Jorge Martín c/ Textil Windsor S.A. s/ Diferencia de Haberes, 29/03/1996 Cám. Ap.

C.C. de Azul, 28-08-86, cit. por Morello y otros en "Códigos...", Ed. Platense, t. V-B, pág. 319 CAN1, Sent. Laboral N° 75, año 1994 CAN1, Sent. Laboral n° 106 y n° 31, año 1992 CAN1, Sent. Civil n° 42, año 1993 CAN1, Sent. Laboral n° 1, año 1995 CAN1, Sent. Laboral n° 74, año 1992 CAN1, Sent. Laboral n° 118, año 1995 CAN1, Sent. Laboral n° 17, año 1996).

"Los dichos de los testigos -aun cuando pueda considerarse que les comprende las generales de la ley por ser empleados de la demandada- pueden ser admitidos como medio idóneo para tener por acreditados los hechos sobre los cuales declaran, cuando de sus testimonios surge suficiente fuerza convictiva. Es que tales testimonios deben admitirse como prueba de los hechos en la medida en que se aprecien objetiva e imparcialmente, máxime cuando se trata de testigos necesarios y sus testimonios no fueron impugnados en la etapa prevista por el artículo 456 del C.P.C.C..." De Godoy, Jorge Ricardo c/Benítez Hermanos S.C. y/o Quien Resulte Responsable s/Laboral S CAN2 TW 000L 000098 18/08/1999 MA Vergara. Meilij, "Contrato de Trabajo", t.II, Ed. Depalma, 1981, n° 1845, pág. 462; Etala, "Contrato de Trabajo", par. 3, pág. 526, par. 4, pág. 527, Ed. Astrea, 1998 Fenochietto-Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", t. II, parágrafos 2, 4 y 7, págs. 481 y 482; respectivamente, Ed. Astrea, 1983 Cabanellas, "Tratado de Derecho Laboral", t. II, vol. III, Ed. Omeba, 1964, n° 1.080, pág. 356.

"Resulta aplicable al caso el fundamento dado por la jurisprudencia respecto de testigos que sean socios o empleados de una de las partes, en el sentido de que tal calidad "no impide que sus declaraciones sean tenidas en cuenta, en razón de tratarse de deponentes necesarios en virtud de sus intervenciones personales y directas en la operación que originó el pleito" (CNCom. Sala C, 9/2/95, LL, 1995-D-158, y DJ, 1995-2-603; íd. 22/6/93 L.L., 1994-C-189...)" (Carlos Eduardo Fenochietto, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, 1999, tomo II, pág. 620 cita n° 5)." DRES.: AREA MAIDANA - GOANE (EN DISIDENCIA) - DATO - GANDUR. GARCIA HAMILTON ENRIQUE RAMON C/LA GACETA S.A. s/COBROS 07/02/2002, Sentencia N° 12, Sala Laboral y Contencioso Administrativo.

Cabe, pues, en la especie, sopesar la fuerza convictiva de los testimonios aludidos para verificar si la causal de despido



invocada por los accionantes ha resultado o no debidamente acreditada.

Así, el señor Jorge Daniel Cisterna, en su declaración expuso: "...Que conoce a Candido porque trabajaron juntos en Brens. Que conoce a Barrientos también porque trabajaron juntos en Brens. El testigo trabajó en Brens desde marzo del 2010 hasta Marzo del 2011, fecha en que cerró Brens S.A. El testigo era gerente de la parte comercial de ventas. El testigo tiene un juicio iniciado contra Brens S.A. Que las demás generales no le comprenden..."

Continúa diciendo que: "Candido y Barrientos eran vendedores. Una persona iba a la empresa a veces Tonello a veces la encargada de Recursos Humanos Angélica no recuerda el apellido y llevaban los pagos. El pago era con cheques. El pago era mensual les pagaban los primeros días del mes. Los actores cobraban comisiones por las ventas que realizaban. Había una forma de pagar las comisiones, una parte en negro y la otra parte se blanqueaba en el recibo de sueldo. No recuerda si era un porcentaje determinado. Ellos vendían planes de ahorro y tenían otro encargado por ello no sabe cuál era el porcentaje de las comisiones que cobraban en negro. En el caso del testigo el 50% de las comisiones las cobraban en negro. La comisión estaba formada por un porcentaje del valor del auto...Ambos actores trabajaban de lunes a sábado, lo hacían viajando o en la zona...En la mayoría de los casos les ofrecieron continuar con el trabajo es decir pasarse a otra empresa del grupo en este caso era Sahiora debiendo renunciar a la firma Brens SA., algunos aceptaron y otros no. Cándido ingresó a trabajar para Armorique, pero no sabe cuando. Cedida la palabra al letrado de los actores, pregunta: Recuerda si Brens tenía algún punto de planes de ahorro donde se trabajara los días domingos? Efectivamente, en Jumbo se trabajaba los domingos, en la entrada del Jumbo está el puesto de planes de ahorro. Los dos actores trabajaron en ese puesto. Puede precisar si en el traspaso de personal a la firma Sahiora se reconocía antigüedad, remuneraciones y demás condiciones laborales que aceptaban el traspaso? No, quedaba todo a cero. Era empezar de nuevo" (el resaltado me pertenece).

Ahora bien, antes de analizar el testimonio transcrito, debo decir que el hecho que el testigo tenga pendiente un reclamo judicial con la firma demandada, no constituye fundamento suficiente para invalidar su declaración, máxime, como ocurre en el caso, si sus dichos se corroboran con otros medios de prueba, como ser los restantes testimonios que serán objeto de análisis.

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho: "...debe dejarse sentado que la circunstancia de que el testigo tenga juicio pendiente con la demandada no conduce a su descalificación absoluta, sino en tal caso, a examinar sus dichos con mayor rigor. Se advierte que no han respondido a cuestionarios que sugieran o induzcan la respuesta y que como compañeros de trabajo del actor, dan cuenta del tipo de tareas realizadas, los esfuerzos implicados y las características ambientales del lugar en que se desarrollaron, en tanto relatan la verdad de lo que observaron por el conocimiento necesario y cierto de ello (art. 440 CPCC)." DEL VOTO DEL DR. NOGUEIRA. (Autos: "Alvarado, Perfecto E. c/FF.AA. s/ley 24.028" (Expte. 13.485/05, Rtro.S.III.T.122, f°52/54 del 5/9/06; origen: Jdo. Fed. de Junín). - Sala: Sala Tercera. - Magis.: Jueces Dres. Carlos Alberto Nogueira. Antonio Pacilio. Sentencia - Fecha: 05/09/2006 - Nro. Exp. 13.485/05).

Y que: "Respecto de la tacha interpuesta sobre la persona de testigo "A" por haber manifestado éste en el acto de la audiencia tener iniciado juicio en contra de los accionados, cabe decir que no existen las tachas absolutas. Al respecto se sostuvo que "La circunstancia de que los testigos mantuvieran juicio pendiente contra las demandadas al tiempo de su declaración, no los inhabilita como tales, y no se advierte razón alguna para descalificar sus testimonios cuando éstos se observan coherentes, concordantes y suficientemente fundados en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que tuvieron conocimiento de los hechos sobre los cuales se expiden" (CNAT, Sala IV, S.D. 95.792 del 11/10/2011, Expte. N° 7.561/2009 "Alegre Carlos Alejandro c/ Empaher SRL s/ Despido", Dres. Marino – Guisado). Por lo que dicha circunstancia no implica de por sí la inhabilitación del testigo para prestar declaración, aunque sí obligará al sentenciante a considerar su testimonio con mayor cuidado y atención y concordancia con los restantes elementos probatorios, y por lo que se rechaza la tacha en su persona..." (DRES.: DIAZ CRITELLI – TEJEDA. Sentencia Casatoria en virtud de la cual se dictó este fallo – Ver: Sentencia de Corte n°.: 16 del 17/02/2010100026998#> JUAREZ JULIO ARNALDO c/ TORRES BUGUEAU ADOLFO Y OTROS s/ COBRO DE PESOS S/ INSTANCIA UNICAION MERO TRAMITEO POR LA -DGR-SENTENCIA, EJECUCION DE ASTREINTES CIA) ENEGADAA PROCESAL EN GRADO DE TENTATIVA, Fecha: 21/03/2013, Sentencia N°: 45, Cámara del Trabajo - Sala 2). Sentado lo anterior, y según surge de los dichos del Sr. Cisterna, los actores cobraban comisiones por ventas las que eran



pagadas, parte en blanco a través de los recibos de sueldo y parte en negro. Si bien el testigo no recuerda el porcentaje, al referirse a su caso particular, menciona que el 50% de las comisiones eran en negro. Esta última circunstancia coincide con la modalidad de pago que, conforme mencionan los reclamantes, percibían la comisión de su empleadora.

Por su parte, a fs. 138/139 la Sra. Natalia Andrea Martínez, dijo: "...Todos cobraban igual, la mitad en blanco y la mitad en negro. En general cobraban menos por recibo y más en negro. Pero el sueldo era relativo porque era por comisiones. No cobraban aguinaldo pero les hacían firmar recibos de aguinaldo...Cedida la palabra al letrado de los actores pregunta: Recuerda cual era la metodología para realizar los pagos en negro y quién los realizaba? Los pagos fueron siempre realizados por el Sr. Tonelotto en una oficina en forma individual los iba llamando uno por uno y los hacía firmar un recibo en negro.

Como se liquidaba el haber en blanco y si las mismas guardaban relación con las comisiones vendidas en ese mes? cada vendedor llevaba su propio control de las comisiones, y siempre a la hora de cobrar faltaba uno o dos planes y siempre se le echaba la culpa a alguna administrativa, siempre faltaba algún faltante...No todas las comisiones recibían en el recibo de sueldo, figuraban tres o cuatro planes que era lo que alcanzaba a cubrir el básico y después el resto era todo en negro. Todos sus compañeros cobraban sumas en negro? Si, lo sabe porque entre ellos lo comentaban y la metodología de cobro era para todos igual. En el primer cobro de aguinaldo la testigo firmó el recibo en negro, el recibo de sueldo y un recibo de aguinaldo. Pero no le pagaron el aguinaldo diciendo que las comisiones eran altas. La testigo no quiso firmar lo llamaron al Sr. San Martín, coordinador de planes de ahorro, y le dijeron que si no firmaba no le pagaban el sueldo. La testigo se vio obligada a firmar porque necesitaba el trabajo".

Del testimonio reseñado como así del anterior, se desprende que la firma demandada tenía como operatoria habitual pagar parte de los salarios en blanco y otra en negro.

A fs. 140/141, obra declaración del Sr. Pablo Marcelo Carrasco, quién expresó:

"Ellos cobraban comisiones únicamente, mitad en blanco y mitad en negro como todos los empleados. Ellos no cobraban aguinaldo...era una lucha hasta lo comentaba el jefe de planes de ahorro, que siempre le reclamaba a Salem porque les hacía firmar recibo de cobro del aguinaldo pero nunca les pagaban...Cedida la palabra al letrado de los actores pregunta: Recuerda como era la metodología de pago que se utilizaba en Brens? Del 5 al 10 pagaban con cheques del BPN, que era la mitad en blanco y 5 días más tarde les pagaba la otra mitad del sueldo en negro... Les pagaba Osvaldo Tonelotto. A todos los compañeros les pagaban de la misma manera? si, incluidos los actores" (el resaltado me pertenece). A través de esta declaración testimonial se ha logrado probar -junto con los dos anteriores- que la accionada cometía ciertas irregularidades en lo que respecta al pago de los salarios de los actores, al abonar parte del salario real en negro, situación ésta que justifica tener por configurada la causal de despido invocada por los trabajadores en los telegramas de fs. 4 y 13.

Por lo tanto, la negativa de la empleadora en reconocer dicha irregularidad como así su omisión de registrar correctamente los salarios percibidos por los actores, constituye motivo suficientemente injurioso para tener por configurado el despido indirecto en que éstos se colocaron en los telegramas obrantes a fs. 8 y 17.

En consecuencia, propondré a este Acuerdo que se revoque la sentencia de origen, en cuanto rechaza la demanda por improbadamente, y hacer lugar a la misma por el monto que se determinará a continuación.

Así entonces, al haberse acreditado la causal de despido invocada por los actores, esto es la falta de registración del 50% de los haberes, corresponde hacer lugar a las indemnizaciones reclamadas en el escrito de demanda. Para ello, parto de la base de lo dispuesto en el art. 55 de la LCT, que claramente establece: "Omisión de su exhibición. La falta de exhibición o requerimiento judicial o administrativo del libro, registro, planilla u otros elementos de contralor previstos por los artículos 52 y 54 será tenida como presunción a favor de las afirmaciones del trabajador o de sus causa-habientes, sobre las circunstancias que debían constar en tales asientos".

En autos, contrariamente a lo sostenido en la sentencia, considero que cobra virtualidad la presunción favorable consagrada en la misma norma, pues no resulta justificada la causa invocada por Brens S.A., para no presentar la documentación contable que en su oportunidad le fuera requerida por el perito contador para expedirse sobre los puntos de pericia ofrecidos.



Así, en el dictamen de fs. 100/126, el perito manifestó: "Que me informan que el libro de INVENTARIO Y BALANCES no se encuentra y que fue objeto de un robo denunciado el día 10 de marzo de 2011, mostrando una fotocopia del acta de denuncia Judicial, donde no especifica el mencionado libro ni tampoco he visto documentación respaldatoria...".

Sobre éste punto en particular, diré que la denuncia efectuada por Soel Felipe Salem (ver fs. 127/129) resulta insuficiente para exonerar a la empresa demandada de la carga de exhibir el Libro de Inventario, Balances y cualquier otra documentación contable, a fin de desvirtuar la presunción establecida en el art. 55 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Las consideraciones expuestas precedentemente, resultan relevantes a fin de dotar de validez probatoria al dictamen pericial contable de autos (fs. 100/126), que si bien ha sido motivo de pedido de explicaciones e impugnaciones por parte de la demandada (ver fs. 151/153; 176/182), a mi criterio con ello no se ha logrado despojar al dictamen de su valor probatorio. Ello así, toda vez que la carga de aportar la documentación pertinente para peritar estaba a cargo de la demandada, quien ha incumplido con dicha carga, situación ésta que de ninguna manera puede resultarle favorable.

En función de lo expuesto, teniendo en cuenta la pericia contable de fs. 100/126 y los montos y rubros reclamados en el escrito de demanda, corresponde hacer lugar a la diferencia indemnizatoria reclamada por los actores, conforme rubros y planilla que se detallará a continuación.

En cuanto a la indemnización por antigüedad, la parte demandada al contestar la demanda (fs. 48 vta., 49), en forma subsidiaria, solicita la aplicación del tope dispuesto en el art. 245 de la LCT.

Sobre este tópico, diré que a los fines de la aplicación del tope que consagra la norma en cuestión, estaba a cargo de la demandada -conforme lo ya resuelto por esta Sala a través del voto del Dr. Marcelo Juan Medori, en autos: "Giosue Guillermo Cesar c/ Castinver S.A. y otro s/ cobro de haberes" (Expte. N° 391245/2009), probar el eventual exceso entre lo devengado a favor del actor y el equivalente a tres veces el importe mensual de la suma que resulta del promedio de todas las remuneraciones previstas en el convenio colectivo de trabajo, aplicable al trabajador al momento del despido por la jornada legal o convencional, excluida la antigüedad.

Al no haber probado la accionada dicha circunstancia, corresponde acoger la indemnización que en función de la antigüedad de los operarios se reclama en la demanda, con más sus respectivos intereses que serán calculados a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén, desde que cada uno hizo efectivo el despido hasta el efectivo pago.

En relación a la indemnización de los arts. 1 y 2 de la Ley 25323, advierto que las consideraciones expuestas en la contestación de demanda en relación a dichas multas, no resultan procedentes.

En efecto: en lo que respecta a los recaudos fácticos y formales que hacen a la procedencia de la indemnización establecida por el art. 2 de la Ley 25.323, los actores previo al inicio de esta demanda han intimado a la demandada al pago de los rubros objeto de reclamo.

El art. 2 de la Ley 25.323 se aplica al empleador que no paga la indemnización por despido estando fehacientemente intimado a ello y al obligar al trabajador a iniciar las acciones administrativas o judiciales. De las constancias de autos surge que mediante Telegramas de fs. 4, 6, 11, 13, 16 y 17, los actores cumplieron con el paso previo aludido en el párrafo que antecede, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros, dándose entonces, los supuestos previstos en la normativa legal citada, corresponde declarar procedente su aplicación.

Al respecto se ha dicho: "El art. 2 de la Ley 25.323, no vincula el plus indemnizatorio a apercibimiento previo alguno, sino que simplemente lo condiciona a la intimación y a la acción posterior..." (Julio Armando Grisolia- Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social- T II, ed. Lexis Nexis- pag. 1299).

Por otra parte, el art. 15 de la Ley 24.013 establece: "si el empleador despidiese sin causa justificada al trabajador dentro de los dos años en que se hubiere cursado de modo justificado la intimación prevista en el art. 11, el trabajador despedido tendrá derecho a percibir el doble de la indemnización que le hubiera correspondido como consecuencia del despido. Si el empleador otorgare efectivamente el preaviso, su plazo también se duplicará. La duplicación de las indemnizaciones tendrá igualmente lugar cuando fuere el trabajador el que hiciera denuncia del contrato de trabajo fundado en justa causa, salvo que la causa invocada no tuviera vinculación con las previstas en los arts. 8, 9 y 10, y que el empleador acreditare de modo fehaciente que su conducta no ha tenido por objeto inducir al trabajador a colocarse en situación de despido".



De las constancias de la causa, surge que la empleadora ha dado sobrados motivos para el reclamo judicial propiciado en los presentes autos, ello en función de no haber dado respuesta favorable a los requerimientos de los demandantes a fin de registrar los pagos en negros efectuados.

En función de dicha actitud y teniendo en cuenta el resultado propiciado, corresponde también condenar a la accionada al pago de la multa del art. 15 de la Ley N° 24.013.

Por todo lo expuesto, las demandas prosperarán por las sumas que indican los actores en sus planillas de liquidación.

Así para el Sr. Alexis Sebastián Candido, teniendo en cuenta su antigüedad (1/08/2009-28/03/2011) como así la mejor remuneración detallada por éste en su demanda: \$20.216,26; la acción prosperará por los siguientes rubros:

1- Indemnización antigüedad:	\$40.432,52.-
2- Indemnización preaviso omitido:	\$20.216,26.-
3.- Sac s/ preaviso:	\$1684,68.-
4.- Integración mes despido:	\$2021,69.-
5.- Indem art. 1 y 2 Ley N° 25.323:	\$72.610,09.-
6.- Indem multa art. 15 Ley N° 24.013:	\$40.190,35.-
TOTAL:	\$201.320,39.-

Por su parte, para el Sr. Diego Barrientos, teniendo en cuenta su antigüedad (11/01/2010- 22/03/2011) como así la mejor remuneración detallada por éste en su demanda: \$17.102,28; se hará lugar a la misma conforme los siguientes items:

1- Indemnización antigüedad:	\$17.102,28.-
2- Indemnización preaviso omitido:	\$17.102,28.-
3.- Sac s/ preaviso:	\$1425,19.-
4.- Integración mes despido:	\$4560,60.-
5.- Indem art. 1 y 2 Ley N° 25.323:	\$37.197,45.-
6.- Indem multa art. 15 Ley N° 24.013:	\$40.190,35.-
TOTAL:	\$117.578,15.-

A dichas sumas, se les deberán adicionar los respectivos intereses (Tasa activa del Banco Provincia del Neuquén) desde la fecha en que se configuró el despido para cada uno de los reclamantes (Barrientos el 22 de marzo de 2011 y Candido el 28 de marzo de 2011) hasta su efectivo pago.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo que se revoque la sentencia de primera instancia y en consecuencia se haga lugar a la demanda interpuesta por los Sres. Alexis Sebastián CANDIDO y el Sr. Diego BARRIENTOS, condenando a Brens S.A. a abonarle a los actores dentro del plazo de diez días de notificada la presente, la suma detallada en la planilla de liquidación que integra este pronunciamiento, con más sus intereses y costas. Debiéndose proceder a regular los honorarios correspondientes a ambas instancias.

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. 271/275, lugar a la demanda interpuesta por los Sres. Alexis Sebastián CANDIDO y el Sr. Diego BARRIENTOS, condenando a BRENS S.A. a abonarle a los actores dentro del plazo de diez días de notificada la presente, la suma detallada en la planilla de liquidación que integra este pronunciamiento, con más sus intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha en que se configuró el despido para cada uno de los reclamantes (Barrientos el 22 de marzo de 2011 y Candido el 28 de marzo de 2011) y hasta su efectivo pago.



- 2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).
 - 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 cuestión litigiosa resuelta.
 - 4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% de lo que oportunamente se fije en la instancia de grado a los que actuaron en igual carácter por la actora y en el 30% a los letrados de la demandada (art. 15 L.A.).
 - 5.- 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](#)

"ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO C/ DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala III – (Expte.: 428024/2010) – Sentencia: 31/16 – Fecha: 22/03/2016

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. MUERTE. FALTA DE RESPONSABILIDAD DEL MEDICO. ASEGURADORA. EXCEPCION DE FALTA DE LEGITIMACION PASIVA. IMPROCEDENCIA. INDEMNIZACION POR DAÑO. PERDIDA DE CHANCE. DAÑO MORAL.

1.- No cabe responsabilizar al médico actuante si éste cumplió con la obligación de medios que impone la ley, es decir, si brindó a la paciente un diagnóstico y tratamiento adecuado, pues se desprende que, el problema no nace con la cirugía, sino que hay dos etapas claramente diferenciadas: una primera, que es previa a la cirugía, en donde existió por parte del galeno que atendió en primer término a la occisa un apresuramiento en indicar la cirugía, ello porque conforme surge de la pericia médica, la paciente respondía satisfactoriamente al tratamiento clínico; y una segunda, que se fue gestando con posterioridad, ya desde la primera cirugía, en donde recién el médico demandado tuvo intervención, no en la primera, sino en las dos cirugías realizadas con posterioridad.

Surge de la historia clínica y de la pericia médica de autos, que el médico demandado toma contacto con la paciente en un Hospital, como consecuencia de la derivación efectuada a dicho nosocomio por el primer médico interviniente quien operó por primera vez a la paciente, debido a una complicación postoperatoria. En definitiva, no se le pueden atribuir las consecuencias de una operación (primera intervención



quirúrgica) de la cual no participó. Conforme expone el dictamen pericial, el tiempo de espera entre la segunda operación y la reconstrucción del tránsito intestinal, era un factor de fundamental importancia para disminuir considerablemente los riesgos.

2.- No está en discusión el prestigio, ni la experiencia que el médico demandado tiene como cirujano, pero sí corresponde advertir que en determinados casos en donde ya existieron complicaciones anteriores y fueron conocidas por él, es un deber del cirujano evaluar todas las posibilidades y factores de riesgo, a fin de determinar –salvo casos de extrema emergencia donde por el escaso tiempo no existen mayores alternativas- cual es el ambiente hospitalario más adecuado, en función de la complejidad de la situación particular, para llevar a cabo este tipo de intervención. De allí entonces, que el perito en base a todos los elementos obrantes en la causa (principalmente la historia clínica e infraestructura hospitalaria) haya determinado que lo prudente hubiese sido, en este caso concreto, la derivación de la paciente.

3.- En torno al quantum fijado en la sentencia en concepto de “pérdida de chance”, teniendo en cuenta el monto solicitado por tal rubro en la demanda: \$154.625,22, sin posibilidades de ampliación atento a la falta de reserva expresa de dicha facultad, es que el importe determinado por tal concepto \$ 162.683 (\$40.000 para el esposo y \$122.683 para la hija) deberá disminuirse proporcionalmente (75,4%) respetando la suma expresada en la demanda, lo cual arroja la suma de \$116.587 para la segunda y \$38.038 para el primero.

4.- Cabe modificar la sentencia de grado y dejar sin efecto la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora, pues al tener en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura de seguro. Ello surge de los términos del propio contrato, ya que al ser la propia Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la tomadora del contrato de seguro para quedar cubierta por las contingencias ocurridas en ocasión o con motivo de la presentación médica de los profesionales que se enuncian en la nómina “seguro colectivo”, su interés resulta patente, pues con ello lo que se pretende garantizar es la indemnidad patrimonial del Estado Provincial con motivo de los juicios por mala praxis de sus dependientes.

5.- En cuanto al rubro daño moral corresponde para la hija una indemnización superior a la de su padre por el daño a los bienes extrapatrimoniales, tales como la sensación de seguridad, protección y resguardo que durante la minoridad los sujetos requieren y que toman tan necesaria la figura materna, con los graves perjuicios afectivos, espirituales y psíquicos que padece una niña que, a corta edad, sufre la muerte de su madre.



En orden a lo expuesto, entiendo que la estimación efectuada por la magistrada de origen no se ajusta a las circunstancias del caso, por lo que el monto acordado en concepto de daño moral deberá ser elevado, en función de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, para aquélla, a la suma de \$250.000 y para el esposo, a la suma de \$150.000, con más sus intereses, conforme fueran establecidos en la anterior instancia.

Texto completo:

NEUQUEN, 22 de Marzo de 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ERCOLE CLAUDIO RUBEN Y OTRO C/ DONNELLY PATRICIO E. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS RESPONSABILIDAD CONT. DEL ESTADO" (Expte. N° 428024/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo CIVIL N° DOS a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaría actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia dictada en la instancia de origen a fs. 958/971, hace lugar a la demanda interpuesta por Claudio Rubén Ercole y Malen Marcela Ercole, -esposo e hija respectivamente de quien fuera en vida Nolfá Pino- al considerar que hubo responsabilidad médica basada en los errores incurridos, los que fueron la causa y el origen de las complicaciones que derivaron en una sepsis que causó la muerte de la señora Pino.

Y remata: "En conclusión, queda acreditado a la luz de las pruebas producidas que el Dr. Donnelly encaró intervenciones de urgencia sin contar con la infraestructura necesaria para cirugías complejas, como por ejemplo la falta de terapia intensiva en el hospital de San Martín de los Andes; no esperó el tiempo suficiente entre una y otra cirugía a efectos de que la paciente se encuentre en mejores condiciones para evitar complicaciones; durante la segunda intervención que realiza no advirtió la laceración quirúrgica (complicación intraoperatoria) en la cirugía que realizaba, de un asa del intestino delgado, lo que provoca una reoperación con desarrollo de una sepsis por peritonitis. Por tanto, advierte negligencia e imprudencia en el obrar del médico dependiente de la Provincia.

En cuanto a la citación en garantía propiciada por la Provincia, hace lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la aseguradora por no seguro, y condena en costas a la primera. Respecto de la citación del codemandado Donnelly, hace extensiva la condena a SMG Compañía Argentina de Seguros S.S., en virtud del art. 118 de la Ley Nacional de Seguros.

II.- Ese decisorio de primera instancia es apelado por la parte actora a fs. 986, por el codemandado Patricio E. Donnelly a fs. 983 y por la Provincia del Neuquén a fs. 982.

II.- a) Agravios de la parte actora (fs. 996/998)

Se agravia toda vez que la sentencia no ha hecho lugar al daño material provocado sobre la base de considerar que al no haberse acreditado los gastos de traslado, los mismos no se presumen.

Aduce, que si bien no existen comprobantes de la realización de tales gastos, ha quedado probado en autos que la Sra. Nolfá E. Pino tuvo que ser trasladada de urgencia a la ciudad de Neuquén, donde fuera internada en la Clínica Pasteur, lugar adonde permanece desde el 13 de marzo hasta el 3 de abril de 2009 en que fallece, conforme surge de la historia clínica agregada a la causa.

Expone, que ello ha generado gastos de vestimenta, comida y traslado, que no requieren de prueba concreta, ya que jurisprudencialmente se ha receptado que tales gastos se presumen de acuerdo a las circunstancias del caso.

Por otra parte, critica por bajo, el importe determinado en la sentencia en concepto de daño moral. Señala, que si bien resulta sumamente dificultoso poder valorar o cuantificar este daño, producto de la muerte de un ser tan cercano como lo es una esposa o una madre, por una mala praxis médica, los jueces deben atenerse a los resultados obtenidos a través de los medios de prueba producidos, sumados a los restantes antecedentes de la causa, los cuales, en el caso



concreto, quedaron debidamente probados.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, a fs. 1019/1020 contesta la Aseguradora SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS, y solicita el rechazo de los mismos con costas.

A fs. 1025/1028 y vta. hace lo propio la Provincia de Neuquén, solicitando en primer lugar, que se declare desierto el recurso de la actora por no reunir los requisitos del art. 265 del CPCyC; y subsidiariamente, pide el rechazo del recurso con costas.

II.- b) Agravios de la Provincia del Neuquén (999/1006)

Controvierte la sentencia de grado porque hace lugar a la excepción de no cobertura opuesta por la Compañía SMG, que fuera citada por su parte como tercero en garantía, en mérito al contrato de seguro; y además cuestiona la imposición en costas a su parte.

Sostiene, que la a-quo hace lugar a la excepción articulada por la aseguradora citada, sin mayores apreciaciones ni análisis de las circunstancias.

Entiende, que carece de toda lógica que la Provincia contrate un seguro para resguardarse de reclamos por mala praxis médica de sus galenos en ocasión de funciones en nosocomios públicos, que no incluya a la Provincia misma.

Afirma, que no tendría sentido dar cobertura asegurativa a los médicos, si no lo es con el alcance a la indemnidad del Estado Provincial, en tanto dichos galenos, incluidos en la nómina, sólo activaran la posibilidad de la cobertura en la medida que la reclamación de que se trata, resulte de un hecho reprochado en ocasión de la función pública para la que han sido contratados.

Indica, que la póliza contratada, N° 490169 cuando consigna: "Queda entendido y convenido que cuando se mencionan los vocablos "ASEGURADO" o "TOMADOR" se considerará indistintamente...", no hace más que reconocer el derecho que asiste a la Provincia de Neuquén como asegurada, a fin de legitimarla para citar a la aseguradora SMG, en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

Destaca, que dentro la órbita del Estado Provincial, ha sido el Ministerio del área Salud quien, a través del Banco de la Provincia del Neuquén, contrata con la empresa SMG un seguro por responsabilidad médica, que consiste básicamente en dar cobertura al riesgo de responsabilidad civil frente a eventuales reclamos de pacientes en los nosocomios públicos, y cuando fueran atendidos o intervenidos por los médicos dependientes de la Provincia, especificados en el anexo correspondiente, actuando en ocasión de las funciones propias para la que han sido contratados por el Estado.

Apunta, que el titular del interés que se asegura es el Estado Provincial, y consiste justamente en que la aseguradora cubra la responsabilidad patrimonial que pudiera generarse en cabeza de terceros supuestamente damnificados por la mala praxis médica reprochada a médicos dependientes del Estado, y en ocasión de cumplimiento de las funciones que, como dependiente, ejerce.

Señala, que de otro modo no se justificaría que el Estado destine grandes sumas de dinero a las primas de esta póliza, si en los supuestos de reclamación, como es el caso de autos, quedara excluida de la cobertura.

Expresa, que la nómina de profesionales comprendida en la póliza, en modo alguno excluye la cobertura del Estado Provincial contratante, sino que por el contrario, el listado dota de un recaudo de control y condicionamiento a los supuestos en que la póliza entra en operatividad.

Refiere, que entender lo contrario, claramente desnaturalizaría los términos del contrato de seguro, incluso el gasto mismo en el pago de la prima, deviniendo en un enriquecimiento ilegal, abusivo y reprochable de las aseguradoras, que han vendido una póliza abstracta, por la que nunca erogaran un peso, máxime cuando los supuestos de reclamación por la mala praxis al Estado provincial, muy rara vez pueden atribuirse a la actuación de un galeno determinado, siendo habitual la intervención de varios en nosocomios públicos.

Alega, que la negativa de SMG a dar la cobertura para la que ha sido citada, y previamente contratada, se erige en un ardid que transformaría dicha póliza en flagrante estafa, en tanto percibidas sus primas y demás costos del erario, jamás le generaría la obligación de asumir gastos por el riesgo asegurado.

Subsidiariamente, y para el supuesto en que no se hiciera lugar al recurso, pide que se revoque la imposición en costas



a su parte por la citación efectuada, en función de que ha procedido a la citación de la aseguradora con sustento en el contrato de seguro pactado y abonado, actuando de buena fe.

II.- c) Agravios del demandado Patricio E. Donnelly (fs. 1007/1011)

En primer lugar, considera que hubo una errónea imputación de falla técnica y culpa de su parte.

Sostiene que la jueza en su resolutorio transcribe extractos aislados de los informes periciales, que evaluados individualmente constituye una errónea valoración de la prueba.

Menciona, que la jueza transcribe conclusiones del informe pericial que no se refiere a su actuación, por lo que entiende que ello constituye un grave yerro en la merituación de los hechos y de la prueba.

Revela, que la a quo confunde las intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital de Junín de los Andes por el Dr. Mayo (donde se produce una dehiscencia de la anastomosis a los 5 días de la operación) e imputa falla técnica y culpa al Dr. Donnelly por una intervención quirúrgica en la que no intervino.

Por otra parte, aduce que en relación a las intervenciones quirúrgicas en las que participó, la a-quo omite merituar las aclaraciones realizadas por el perito (respuestas a las preguntas 6 y 13), en donde se expone que la complicación derivada de la reconstrucción del tránsito intestinal es una consecuencia posible y descripta por la bibliografía, no relacionada a falla técnica alguna.

Manifiesta, que ha quedado claro que no ha existido una mala maniobra o falla técnica, sino que la complicación (laceración) es descripta como posible consecuencia del proceso quirúrgico.

Critica también, la imputación de una tardía detección en la complicación, pues interpreta que la a-quo confunde lo que es una lesión inadvertida con una lesión en "dos tiempos" (tardía o por decúbito).

Considera, que el hecho que 48 horas después de la cirugía se detectó debito entérico lleva más a la hipótesis que seguramente un desgarro inicial haya evolucionado culminando finalmente en una laceración tardía. Por lo cual no había laceración inicial que detectar... ni culpa de su parte.

Destaca, que el perito médico en sus distintas presentaciones y en sus conclusiones no atribuye una impericia o mala maniobra quirúrgica a su parte en la realización de la operación, como presupone la a quo para imputar responsabilidad. Es más, conforme se expuso precedentemente, aclaró dicho galeno que la complicación (laceración debido a las múltiples adherencias) se encuentra dentro de las incurrencias médicas posibles.

Dice que la jueza, siguiendo un criterio erróneo del perito, le atribuye responsabilidad a su representado por otros motivos: falta de espera de un intervalo mayor entre ambas operaciones...(lo que a su entender aumentó el riesgo de la operación) y el hecho de realizar una operación en un Hospital zonal donde no deben realizarse este tipo de operaciones.

En cuanto a lo primero, luego de exponer una serie de lineamientos sobre la responsabilidad médica, puntualmente expresa que no existen guías de procedimientos que determinen en forma objetiva cual es el período promedio que debe transcurrir desde la cirugía inicial hasta la reconstrucción. Y que, el perito no adjuntó evidencia científica alguna a fin de fundar su afirmación sobre la insuficiencia del intervalo.

En relación a la segunda cuestión, señala que, por un lado el perito médico lo culpa por realizar la operación en un Hospital zonal donde no se deben hacer este tipo de operaciones.

Expone, que el Dr. Donnelly como dependiente del sistema de salud provincial, trató a la Sra. Nolfi Pino por una urgencia derivada de una dehiscencia de la anastomosis (complicación derivada de una intervención quirúrgica realizada por el Dr. Mayo en el Hospital de Junín de los Andes). Operó exitosamente a la paciente, la cual siguió bajo la supervisión de su médico cirujano, Dr. Mayo.

Afirma, que conforme lo expusiera la propia actora en la demanda, el médico tratante Dr. Mayo, consultó a la clínica Pasteur en esta ciudad de Neuquén, pero no había cirujano para recibir a la señora Pino. Todo ello demuestra un análisis previo por parte del médico tratante (Dr. Mayo) y del paciente sobre las opciones quirúrgicas disponibles, aún por su obra social.

Discurre, que atribuir culpa en cabeza del Dr. Donnelly por no derivar al paciente en la segunda intervención quirúrgica, resulta improcedente, máxime considerando la elección programada de realizar la cirugía en el Hospital



Ramón Carrillo, que el médico tratante (Dr. Mayo) y la propia paciente habían realizado.

Revela, que por otro lado la experiencia del galeno adquirida, tanto en el Hospital Británico como en el exterior en cirugía laparoscópica (6 años), acreditada en autos, desvirtúan toda posible imputación de imprudencia o aventura jurídica.

Agrega, que lo cierto es que la derivación final fue hecha en el momento en que si necesitaban el monitoreo intensivo y no hubo relación directa causal del fallecimiento por la derivación en última instancia. Todo ello demuestra una errónea valoración de las circunstancias fácticas, de la prueba y de la atribución de culpa en cabeza del cirujano.

En forma subsidiaria, se agravia por el monto de condena.

A fs. 1029/1037 la parte actora contesta el traslado del recurso y solicita su deserción, y a continuación contesta los agravios, peticionando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones traídas a resolución de esta Alzada, razones metodológicas aconsejan tratar en primer término los agravios expuestos por el Dr. Patricio E. Donnelly.

Así entonces, viene al caso destacar que sobre la responsabilidad médica, se ha dicho: "Dentro de la medicina curativa, la culpa debe ser considerada con relación a cuatro aspectos esenciales de la labor del facultativo: el reconocimiento o inspección del paciente, el diagnóstico, el tratamiento y la atención y cuidado del enfermo... El médico primero debe ver y reconocer al paciente, disponiendo la realización de todos los estudios, análisis e investigaciones que estime necesarios; para poder así llegar a un diagnóstico certero... El Diagnóstico consiste en la averiguación que hace el médico, valiéndose del examen de los síntomas o signos que presenta el paciente, para tratar de establecer la índole y caracteres de la enfermedad que lo aqueja y sus posibles causas determinantes. El mismo, salvo los casos de conclusión muy evidente, se inicia como "diagnóstico diferencial" y se va formando y completando de a poco. El diagnóstico es por otra parte de fundamental importancia, ya que habrá de servir de sustento al "pronóstico" y al "tratamiento" a someter al enfermo..." (Pedro N. Cazeaux- Félix A. Trigo Represas- Derecho de las Obligaciones – 4ta edición-, Tº V, pág. 682/683- Ed. La Ley).

"En la responsabilidad médica es muy importante la discriminación de lo que produce el actuar del galénico y lo que causa la enfermedad a fin de determinar la autoría causal...El paciente llega enfermo y su enfermedad tiene su propio curso causal; llega dañado y puede empeorar si la enfermedad continua o curarse. Hay entonces un curso causal determinado por la enfermedad. El médico se obliga a prestar los medios tendientes a la curación. Lo que se debe analizar en el plano de la causalidad es este "plus causal que agrega el médico al acontecer la enfermedad. Deben discriminarse las siguientes situaciones: -

El médico puede desarrollar correctamente su prestación y el enfermo puede curarse; no hay enfermo. –Puede también desarrollar correctamente su prestación y el enfermo agravarse, ya que la enfermedad no es curable. En este caso el galeno también cumple correctamente puesto que no se obliga a curar. Hay daño en el sentido de que el paciente sufre, pero es causado por la enfermedad y no por el médico. – El médico puede desarrollar una prestación culposa y agravar la enfermedad. En ese caso es responsable por lo que su obrar causa al paciente y no por el que causa la enfermedad. Si el paciente se hubiera curado con una buena prestación médica, el galeno responde de todo el daño; si en cambio no se hubiera curado, pero habría mejorado o curado parcialmente, el médico responde por ese plus de mejora parcial que no se logró. – El médico puede no desarrollar ninguna prestación, debiendo hacerlo. En este caso no causó directamente ningún daño, ya que no hay un obrar comisivo sino una abstención.

Esta omisión resulta dañosa porque priva al paciente de la chance de la curación..." (Ricardo Luis Lorenzetti- Responsabilidad Civil de los Médicos- Tomo II- Pág. 124/125- ed. Rubinzal – Culzoni).

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: "La falta de éxito en la prestación del servicio médico no conduce necesariamente la obligación de resarcir al damnificado, pues el médico cumple, empleando la razonable diligencia que se debe requerir a quien se le confía la vida de un hombre o su curación. Esa es la diligencia asumida, ya que el médico o el cirujano no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino únicamente utilizar las técnicas adecuadas para ello. Autos: BARBIERI, Héctor Luis c/COBER. MED. S.A. Y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS - Sala: Civil - Sala E - Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. E14846 - Fecha: 27/07/1994.



El médico, o el cirujano, no pueden asegurar un tratamiento o una operación exitosa, sino, únicamente, utilizar las técnicas adecuadas para ello, salvo supuestos excepcionales en que se ha aceptado la responsabilidad frente a un mal resultado. Es que, por lo general, el éxito final de un tratamiento o de una operación no dependen enteramente del profesional, sino que, a veces, se ve influenciado por factores ajenos a él, como son el riesgo quirúrgico, el adelanto de la ciencia u otras circunstancias imposibles de controlar. Autos: COLMAN DADINO, Luis y otro c/ M.C.B.A. s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Sala: Civil - Sala E - Mag.: DUPUIS. - Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. E233157.

Bajo el prisma de estos conceptos generales desarrollados por la Doctrina y la Jurisprudencia, es que voy a evaluar si ha mediado o no responsabilidad (total o parcial) del Dr. Donnelly, en el fallecimiento de la señora Nolfá Pino.

Para ello, lógicamente, resulta de fundamental importancia evaluar el aporte probatorio que desde la ciencia médica aporta el dictamen pericial de fs. 531/575, como las impugnaciones y contestaciones efectuadas en la causa, en relación al mismo.

En el informe pericial médico se efectúa un relato de lo acontecido en la historia clínica agregada en autos, y en lo que aquí interesa, nos dice: "En la historia clínica del Hospital de Junín de los Andes se consigna que la enfermedad sobre la que se trata este expediente comenzó el día 28/10/02 manifestando en la consulta constipación crónica, con dolor recurrente en la fosa ilíaca izquierda, dolor que no calma ni aún evacuando intestino y sin buena respuesta a la dieta. La médica que la asiste pide una radiografía de abdomen y un colón por enema".

"El 7 de julio consulta por nuevo dolor en fosa ilíaca izquierda al ginecólogo, quien palpa en el examen tanto vaginal como rectal una masa dolorosa, por lo que realiza una ecografía transvaginal constando que no hay relación con el aparato genital, ante estos hallazgos la deriva a cirugía..."

"30/09/08 Cirugía: paciente evaluada hace dos meses + o -, por masa palpable pelviana y dolor, palpable por TR (tacto rectal) se solicita TAC, tiene RNM con información incompleta p/ evaluar quiste hepático (hidatídico) + diverticulosis colónica, conocida como VCC, para evaluar imagen de 3 cm entre recto y cuello del útero. Se solicita prequirúrgico. Está a dieta por diverticulosis y trimebutina hace dos meses con buen a regular resultado ya que continúa con dolor. Firma Pablo Mayo..."

"Se propone una cirugía electiva, previo darle a conocer la información mediante un formulario genérico..."

"No hay mención de si se realizaron nuevamente estudios para determinar si la paciente que en la internación en agudo había presentado un nivel de glucemia alto, 2,60 gramos para un normal hasta 1,05 gr por litro, ¿era una diabética? o ¿tenía un índice corporal alto que justificase ese valor?..."

"No se le propone una derivación que luego se buscará infructuosamente cuando la paciente se complique, lo que condicionará en ese momento su derivación al Hospital de San Martín de los Andes..."

"Es decir se lleva a quirófano una paciente sin cumplir los pasos reglados diagnósticos y sin proveerle la información necesaria para que ejerza su derecho de opción..."

"Al cabo de cinco días se descubre una filtración de la anastomosis; no se describe si había o no peritonitis, compromiso general ni otros datos necesarios para establecer si existía una emergencia o era una urgencia que diera tiempo para una derivación a un centro de mayor experiencia en este problema".

De lo hasta aquí expuesto, surge que la Sra. Nolfá Pino fue atendida y posteriormente operada por el Dr. Mayo en la localidad de Junín de los Andes, sin que hasta ese momento tomara intervención del Dr. Donnelly.

Vale decir, que de la prueba pericial médica producida en autos se desprende que los estudios y tratamientos brindados a la señora Pino, previo a la intervención quirúrgica fueron adecuados y que el comienzo de las decisiones equivocadas fue el indicar la cirugía ante una paciente que había respondido bien al tratamiento clínico, presentándose problemas relacionados con las prácticas quirúrgicas.

En tal sentido, el perito (ver fs. 569) expone: "Si la pregunta está referida al tratamiento médico instituido antes de la primera cirugía la respuesta es que fue adecuado y eficaz, pues no hubo mayores problemas. El comienzo de las decisiones equivocadas fue un apresuramiento en indicar la cirugía ante una paciente que había respondido bien al tratamiento clínico, falta de estudios de acuerdo a los protocolos aceptados...Luego siguen los problemas estrictamente relacionados con las prácticas quirúrgicas".



Y a fs. 570 indicó: "El motivo de la primera cirugía fue una diverticulitis aguda, que había respondido bien al tratamiento médico. Los estudios diagnósticos no siguieron las recomendaciones sobre el tema...tampoco se esperó el tiempo necesario para hacer una segunda evaluación confirmatoria, además se la operó extemporáneamente. La cirugía consistió en una resección segmentaria de sigmoides con anastomosis colo rectal".

De lo precedentemente expuesto, se desprende que, el problema no nace con la cirugía, sino que hay dos etapas claramente diferenciadas: una primera, que es previa a la cirugía, en donde existió por parte del galeno que atendió en primer término a la señora Pino un apresuramiento en indicar la cirugía, ello porque conforme surge de la pericia médica, la paciente respondía satisfactoriamente al tratamiento clínico; y una segunda, que se fue gestando con posterioridad, ya desde la primera cirugía, en donde recién el Dr. Donnelly tuvo intervención, no en la primera, sino en las dos cirugías realizadas con posterioridad.

Por lo tanto, el Dr. Donnelly, según surge de la historia clínica y de la pericia médica de autos, toma contacto con la paciente en el Hospital de San Martín de los Andes, como consecuencia de la derivación efectuada a dicho nosocomio por el Dr. Mayo, debido a una complicación postoperatoria:

"dehiscencia de la anastomosis por necrosis del anillo anastomótico distal" (ver respuesta del perito fs. 570).

En definitiva, en lo que respecta a éste punto, le asiste razón al apelante Donnelly en cuanto a que no se le pueden atribuir las consecuencias de una operación (primera intervención quirúrgica) de la cual no participó.

Sentado lo anterior, corresponde evaluar sí –en función de las intervenciones posteriores a la oportunidad señalada- le cabe algún grado de responsabilidad o no al Dr. Patricio Donnelly.

Si bien, de la pericia se desprende que: "Al cabo de cinco días se descubre una filtración de la anastomosis; no se describe si había o no peritonitis, compromiso general ni otros datos necesarios para establecer si existía una emergencia o era una urgencia que diera tiempo para una derivación a un centro de mayor experiencia en este problema" (ver fs. 533).

Esta circunstancia no le puede ser atribuida al demandado, pues el criterio para derivar a la paciente a un centro de mayor complejidad al de San Martín de los Andes, no estaba en cabeza del Dr. Donnelly, pues él se limitó a recibir a la paciente con el cuadro descripto: filtración de la anastomosis, como consecuencia de la derivación efectuada por el médico del hospital de Junín.

Del informe pericial se observa que, el demandado toma intervención como consecuencia de la derivación médica relatada anteriormente, oportunidad en la cual tuvo que operar de urgencia a la paciente, siendo su posterior evolución –conforme lo expuso el perito- (ver fs. 571) buena.

Hasta aquí, la participación del Dr. Donnelly no resulta reprochable, por el contrario, con su accionar y a través de una operación de urgencia, logró estabilizar a la Sra. Pino de las complicaciones post operatorias que presentaba a los cinco días de realizada la primera cirugía.

De la pericia médica analizada se visualiza que el problema se suscita por la intervención quirúrgica efectuada con posterioridad a la operación de Hartman -tercera operación- practicada por el Dr. Donnelly para reconstruir el tránsito intestinal de la paciente.

A fs. 533/534 el médico de oficio expuso: "La enferma es operada por otro equipo médico conformado por el Dr. Donnelly en San Martín de los Andes. Este describe una lesión de la anastomosis, peritonitis (¿localizada, generalizada?) y realiza una operación de Hartman. Técnica de diversión del colon que se abre a la pared mediante una colostomía superior y se cierra el recto interrumpiendo la continuidad del tránsito intestinal, el que requerirá de una nueva cirugía en el futuro. La paciente se recupera de su complicación. Luego de los cuatro meses se le propone la cirugía de reconstrucción del tránsito. Tampoco allí se le plantean las opciones disponibles que incluyen el lugar de la cirugía, el equipo médico, la necesidad de contar con terapia intensiva, la posibilidad de complicaciones, ni la experiencia local en este tipo particular de operación, ni se plantea si ese es el mejor momento para hacerla, teniendo en cuenta su historia anterior..."

De lo expuesto, se reitera, el Dr. Donnelly ha tenido una buena intervención al realizar la operación de Hartman, ya que el resultado ha sido muy bueno y sin mayores complicaciones.



Ahora bien, sin perjuicio de que el facultativo médico, según surge de la documentación obrante a fs. 75/78, y en base a su historial profesional, contaba con experiencia suficiente como cirujano general, conforme detalla el informe pericial, no tuvo en cuenta una serie de factores que, precisamente en función de su basta experiencia como médico cirujano, hubieran evitado el resultado fatal sufrido por la Sra. Nolfá Pino, como consecuencia de la última intervención quirúrgica.

Sobre este punto resulta esclarecedora la pericia médica, cuando al referirse a la tercera operación, dice: "Se produce nuevamente una complicación, esta vez no postoperatoria sino intraoperatoria inadvertida en la misma, la laceración quirúrgica de un asa de intestino delgado, lo que lleva a la reoperación mediata, con desarrollo de una sepsis por peritonitis. Se la deriva a la Clínica Pasteur donde arriba ya con un cuadro de síndrome de respuesta inmunológica sistémica, SIRS, con falla multiorgánica que termina con la muerte" (el resaltado me pertenece) (fs. 534).

En sus conclusiones el perito expone: "...es un cirujano general entrenado, pero no lo está en cirugía de intestino pues no hay casuística que lo avale.

Por lo tanto no hay sustento para plantear a una paciente una reconstrucción del tránsito en un ambiente precario para ese nivel de cirugía y en especial en un caso que había terminado allí por una complicación grave. Lo prudente hubiera sido derivar a la paciente..." (el resaltado me pertenece).

A fs. 567, al preguntársele al perito sobre la causa del fallecimiento de la Sra. Nolfá E. Pino, respondió: "Murió como consecuencia de un síndrome de respuesta inmunológica sistémica, SIRS, causado por una sepsis secundaria a una peritonitis por laceración intestinal no descubierta en cirugía y tratada 48 horas después" (el destacado es propio).

Y también: "la laceración era una consecuencia conocida y previsible y por lo tanto evitable, si se respetaban los tiempos entre una intervención y otra; el apresuramiento en resolver el caso aumentó innecesariamente el riesgo. Riesgo que por otra parte no fue comunicado a la paciente para que hiciera una opción de operarse más tarde o en otro lugar adecuado a ese tipo de cirugía, esto fue responsabilidad del médico tratante".

Sobre este punto en particular -indicado en la pericia-, quiero señalar que en el presente caso no está en discusión el prestigio, ni la experiencia que el Dr. Patricio Donnelly tiene como cirujano, pero sí corresponde advertir que en determinados casos en donde ya existieron complicaciones anteriores y fueron conocidas por él, es un deber del cirujano evaluar todas las posibilidades y factores de riesgo, a fin de determinar -salvo casos de extrema emergencia donde por el escaso tiempo no existen mayores alternativas- cual es el ambiente hospitalario más adecuado, en función de la complejidad de la situación particular, para llevar a cabo este tipo de intervención.

De allí entonces, que el perito en base a todos los elementos obrantes en la causa (principalmente la historia clínica e infraestructura hospitalaria) haya determinado que lo prudente hubiese sido, en este caso concreto, la derivación de la paciente.

En su conclusión el perito sostiene: "Con respecto a la inexperiencia también se debe incluir en ella la falta de un proceso de diagnóstico por parte del Dr. Mayo quién no cumple los parámetros aceptados para el caso. Es de destacar que la indicación de cirugía de resección de la diverticulosis en sus manos no está clara y es precoz, pues se menciona cuatro semanas + o - textual, o sea no se respetaron los tiempos de desinflamación útiles para operar a un enfermo en mejores condiciones. Luego se opera y se comete un error técnico fruto de la inexperiencia, lo demuestra la necrosis del cabo distal, esto es una demostración que el cabo inferior no estaba bien irrigado pues tan sólo al quinto día, o sea inmediatamente, se produce una disrupción de la anastomosis.

Hay un defecto técnico evidente. La prueba "del gomero" sic, no sirve nada más que para demostrar que el anillo del aparato tomó toda la circunferencia, pero se hizo sobre un extremo desvitalizado por falta de irrigación suficiente dará igualmente una prueba positiva que deja tranquilo al operador inexperto..."

Esto demuestra que las complicaciones arrancaron desde el momento en que el Dr. Mayo -con elocuente premura- según el informe pericial, decide operar en la ciudad de Junín de los Andes a la Sra. Nolfá Pino, como consecuencia de la diverticulosis que aquejaba a la misma.

En ese sentido, la pericia a fs. 569 expresa: "Si la pregunta está referida al tratamiento médico instituido antes de la primera cirugía la respuesta es que fue adecuado y eficaz, pues no hubo mayores problemas. El comienzo de las



decisiones equivocadas fue un apresuramiento en indicar la cirugía ante una paciente que había respondido bien al tratamiento clínico...".

A partir de allí arrancaron problemas mayores que aquejaban la salud de la Sra. Pino, los que se fueron agravando, no con la segunda intervención quirúrgica realizada por el Dr. Donnelly, sino con la tercera y última operación efectuada por éste último con resultado fatal.

Resulta ilustrativa la pericia (fs. 558) cuando describe la evolución que fue experimentando la paciente a través de las intervenciones quirúrgicas: "El Dr. Donnelly con mayor hábito quirúrgico soluciona el primer problema, por el cual hasta ese momento no hay reproche sobre su accionar. Luego cuando debe reconstruir el Hartmann, su apresuramiento en realizar la operación, tema que por su formación debía necesariamente conocer como peligroso, y su omisión de proponerle a la paciente un lugar más adecuado no sólo en cuanto a infraestructura, sino sobre sus propias cualidades para hacerlo muestran a un cirujano sus propias limitaciones de experiencia y que no conoce o maneja mal los tiempos quirúrgicos, ese apresuramiento lo lleva a la consecuencia que es una laceración del intestino delgado, que no reconoce en la cirugía, dando por terminada ésta sin tratarla. Luego sucede lo inevitable: debe operar de urgencia, hacer una operación sobre un intestino inflamado, muy poco preparado para suturarlo, con una peritonitis que es el comienzo del final anticipable.

Todo termina de la peor manera, derivando tardíamente e ineficazmente al centro al que debiera haber recurrido antes."

Descrita la secuencia referenciada en el párrafo anterior, el dictamen médico califica la actuación del Dr. Donnelly en oportunidad de intervenir por segunda vez (tercera operación) a la paciente Sra. Nolfina Pino, del siguiente modo: "... En la aparición de este problema hay una evidente conexión con no respetar tiempos de espera que tiene indudable influencia en la evolución de la operación en el proceder del Dr. Donnelly. El tiempo entre cirugías es esencial para disminuir los riesgos de tener complicaciones intraoperatorias...".

En función de las complicaciones anteriores, conforme expone el dictamen pericial, el tiempo de espera entre la segunda operación y la reconstrucción del tránsito intestinal, era un factor de fundamental importancia para disminuir considerablemente los riesgos.

En la pericia se dijo: "...se procede no respetando los períodos necesarios para disminuir los riesgos operatorios que se realizan cuando una situación que no es advertida en la cirugía y lleva a la reoperación inmediata por peritonitis y desarrollo de una sepsis y síndrome de respuesta inmunológica generalizado que la lleva a la muerte...".

En cuanto a la relación de causalidad entre el hecho: "intervención quirúrgica" y el desenlace fatal: "resultado muerte", el experto afirma: "No hay solución de continuidad entre los casos, es una sola patología que requiere de distintos tiempos, cirugía para rescate, luego cirugía de reconstrucción con laceración inadvertida del intestino delgado, que lleva a la reoperación en peores maneras y finaliza con la muerte evitable si se hubiesen respectado todos los factores que tienen influencia en el proceso. El nexo causal es innegable pues una acción lleva implícita a la otra, o sea hay una causa que no es desplazada por ningún elemento externo. Existió claramente una posibilidad de operarse en un lugar más seguro que no fue considerada hasta que fue inevitable hacerlo" (el subrayado y la negrita me pertenecen).

De manera contundente el perito remarcó: "Esto hace entrar en la definición médica de mala praxis a ambos profesionales, uno por falta de conocimiento clínico de la enfermedad, procedimiento diagnóstico, indicación de la cirugía, tiempo necesario de espera y cirugía con una falla técnica propia de una persona no habilitada a esa cirugía, tal es el caso del doctor Mayo. El Dr. Donnelly está incurso en la misma definición por no advertirle que la cirugía era compleja, no darle la información adecuada que le permitiera elegir donde y por quién hacérsela, sumada su falta al operar en un momento con mayores riesgos, siendo una persona que se formó específicamente, al menos teóricamente en cirugía de colon, debiendo por esa misma razón ser más prudente y responsable en el manejo de la paciente, su falla al no advertir la laceración la transforma a esta de una complicación subsanable en una complicación que la lleva a la muerte. Todo esto en un contexto de un hospital no adecuado para hacer ese tipo de cirugía..." (el subrayado me pertenece).



Al preguntársele al perito (ver fs. 571) cuánto tiempo paso desde la reoperación hasta la reconstrucción del tránsito y si considera este un tiempo adecuado. Respondió: "Cuatro meses, no es un tiempo adecuado normalmente, pero si se agrega que había sido operada dentro de las cuatro semanas del comienzo del cuadro y reoperada cinco días después, ese tiempo debía haberse prolongado al menos por seis meses desde la intervención propia. De esa manera se mantendría dentro del riesgo propio de la enfermedad, ese apresuramiento fue un factor de riesgo que al no responder a ninguna demanda de la paciente asume el médico, más aún si no lo ha comunicado en forma específica, no solicitado autorización para hacerlo con mayor riesgo. Siendo un profesional con buena formación teórica sobre el tema su conocimiento es exigible y su conducta reprochable médicamente desde el punto de vista profesional".

Si el Dr. Donnelly cumplió con la obligación de medios que impone la ley, es decir, si brindó a la paciente un diagnóstico y tratamiento adecuado.

Respondió: "No. No hubo de su parte una información completa, veraz, suficiente y adecuada. Al apresurar la operación aumentó el riesgo de la paciente sin necesidad ni solicitar su acuerdo, no le informó completa y adecuadamente todos los puntos necesarios para que ella tomara la decisión. Operar a los cuatro meses incrementó el riesgo de tener precisamente esta complicación, no había ninguna razón para asumirlo y menos inopinadamente" (ver fs. 574) (el subrayado me pertenece).

Reiterando lo ya dicho, a fs. 568 expresa: "La laceración era una consecuencia conocida y previsible y por lo tanto evitable, si se respetaban los tiempos entre una intervención y otra: el apresuramiento de resolver el caso aumentó innecesariamente el riesgo...".

Del mentado informe se desprende con claridad que el intervalo de espera entre una operación y otra, exigía al médico tomar mayores recaudos, pues no se trataba de un caso convencional, sino que la paciente ya había sufrido complicaciones, había sido reoperada a los cinco días de la primer fallida operación realizada por el Dr. Mayo, por lo que, conforme se desprende del dictamen médico, la conducta reprochable que se le imputa al Dr. Donnelly, es no haber evaluado clara y concretamente la situación antes de someter a la paciente a una cirugía que –en función de los antecedentes médicos anteriores- era probable que presentara complicaciones.

Al preguntársele al perito (ver fs. 573) si la complicación detectada en el postoperatorio es esperable. Responde: "Es probable que ocurra, no esperable.

Están bien claros los factores de riesgo que llevan a ella, por lo tanto es obligación conocerlos y conjugarlos en la medida en que es posible hacerlo. El más eficaz es no encarar cirugías complejas en un lugar donde no hay infraestructura humana y física para llevarlo a cabo, habiendo equipos más capacitados para hacerlo...".

Al ser interrogado (ver fs. 574) si el tratamiento de la complicación fue rápido y adecuado. Respondió: "No fue rápido, es decir hubo una inadecuación temporal; pasadas 48 hs. hay una peritonitis que si se hubiese reparado de entrada o en las seis primeras horas, el resultado muy posiblemente hubiese sido otro..." (el destacado es propio).

Esta última conclusión a la que se arriba en el informe médico, confirma la premura en que se llevó a cabo dicha operación, pues el riesgo existió en quirófano y las posibilidades de recomponer la situación, fueron, al no ser descubiertas en el momento de la operación, sino 48 horas después, fatales para la vida de la paciente.

A mi criterio, el dictamen resulta acertado, máxime si, además de los defectos allí expuestos, tenemos en cuenta el resultado fatal que experimentó la paciente en una operación que –si bien riesgosa, como toda intervención quirúrgica- normalmente y respetando todos los procedimientos indicados en la pericia, difícilmente hubiera tenido el lamentable final.

Mención aparte, merecen las explicaciones brindadas por el experto a fs. 600/622, al evacuar las impugnaciones y el pedido de explicaciones de las partes.

Allí el experto expuso una serie de consideraciones que lejos de revertir los fundamentos expuestos en la pericia, los confirma, entre ellos: "Por el contrario existen claras guías que tratan de evitar operar a los pacientes en el período agudo o subagudo de los procesos adherenciales, tal como se ha descrito en la pericia. Si todos los trabajos mencionan que es razonable un tiempo de más de cuatro meses de espera, seis meses sería el término universalmente aceptado, mejora las posibilidades de no sufrir complicaciones debidas a este tema, cuanto más aquí en que se trata



no de una paciente en la que se practicara un Hartmann de inicio, sino que se hizo luego de una anastomosis fallida...".

Aquí el perito resalta nuevamente el factor tiempo como de vital importancia, máxime cuando la operación anterior había sido practicada de urgencia como consecuencia de una primera intervención fallida.

Continúa: "En la pericia se analizó específicamente este aspecto de cuál es el mejor intervalo para operar a una paciente a la que se le practicó una operación de Hartmann. Es una cita referida a un trabajo de la Unidad de Cirugía del Real South Hampshire Hospital de Inglaterra, país que cuenta con la mayor experiencia en patología de colon...En él analizan los autores los factores de riesgo en la reconstrucción del tránsito colónico. Dicen "El intervalo entre la primera y la segunda cirugía fue el más importante factor de riesgo. Seis de los doce operados tuvieron lesiones de intestino en los que se operaron antes de los tres meses, comparados con los siete de los 28 operados entre los tres y seis meses y ninguno de los cuarenta operados más allá de los seis meses. Las muertes se registraron en los dos primeros grupos".

"Si un médico realiza una práctica aumentando el riesgo no es una consecuencia de la enfermedad sino de su accionar sí, como en este caso, se produce una complicación que en mejores manos, en un mejor lugar y respetando los tiempos de las tácticas quirúrgicas no habría tenido lugar muy posiblemente, cae dentro de la definición de mala praxis médica. Le quitó la chance a la que tenía derecho".

De ello se desprende que el factor tiempo, tal como se viene exponiendo en oportunidad de analizar la pericia, ha sido un punto central para minimizar los riesgos de la operación, y en el caso no se ha respetado. Y que, por tal motivo, el riesgo operatorio aumentó como consecuencia del accionar médico. Asimismo, el perito en su segundo informe expone: "En todas las series se hace especial énfasis a las adherencias como un punto peligroso, lo que lleva a convertir la cirugía de laparoscópica en abierta para tener el mejor control de las asas intestinales a separar. Las adherencias guardan relación directa, tal como se analizara en la pericia con la cirugía y la existencia de procesos inflamatorios abdominales. Si una paciente ha sufrido dos cirugías motivadas por procesos de esa índole hay una clara advertencia sobre dificultades a enfrentar. Se puede optar por demorar la intervención o intentarla dentro de los lapsos considerados como promedio, pero no sumar un hecho más que aumenta el riesgo como es sumar la cirugía precoz y la laparoscopia, para finalmente al comprobar que existen esas adherencias en grado importante insistir en una vía que es peligrosa. Todo esto en un contexto de falta de experiencia personal, en solitario pues no hay un equipo entrenado en ello, en un hospital zonal. La suma de todas estas decisiones equivocadas guarda relación adecuada de causa efecto con el resultado obtenido. Si una complicación es posible la obligación del médico es preverla y tratar de evitar las maniobras que se sabe le da origen. No es una eventualidad fortuita, por el contrario es un peligro conocido y se sabe cómo evitarlo".

A fs. 618 en cuanto al tiempo que pasó desde la reoperación hasta la realización de la reconstrucción del tránsito, y si considera a este un tiempo adecuado. Respondió: "Aproximadamente 120 días. Es un tiempo de espera exiguo dado que había sido operada dos veces. Ese lapso se menciona en algunas series como límite inferior, pero en los casos en que la operación de Hartmann es la primera intervención, no en los casos en que media otra operación con nueva resección y peritonitis. En este caso no es tiempo adecuado, más aún si se toma a ciegas sin comprobar si ha mejorado el estado inflamatorio".

Dentro del contexto en que ocurrieron los hechos, la pericia resalta la importancia de minimizar lo más que se pueda el riesgo de la paciente, ello principalmente en función de los antecedentes clínicos y complicaciones que ya había presentado en otras intervenciones quirúrgicas. A tal fin, menciona que se podría haber optado por demorar la intervención o al menos intentarla dentro de los lapsos considerados como promedio.

Viene al caso citar la jurisprudencia que en sentido coincidente expresa: "Reconocida la vinculación causal entre la intervención quirúrgica y el daño sufrido por el paciente, la demanda debe prosperar si no se han extremado los medios pertinentes para diagnosticar correctamente y reparar las consecuencias de la operación pues la mala praxis médica supone un perjuicio al paciente a causa de un tratamiento no acertado. Es tarea más que ardua, imposible, pensar en una regla absoluta o querer trazar una línea categórica de demarcación para deslindar donde principia y



donde termina la responsabilidad médica, debiendo cada caso ser resuelto con un alto criterio de equidad, sin excesiva liberalidad, para no consagrar prácticamente la impunidad con el consiguiente peligro para el enfermo, y sin excesiva severidad que lleve a tornar imposible al ejercicio de la medicina. Cuando se trata del desempeño de un cirujano no cabe sino adoptar un criterio estricto pues por la índole misma de la intervención directa sobre el cuerpo del enfermo, con los riesgos altísimos que los cortes de los tejidos y la extirpación de los órganos hacen aparecer, los cirujanos se encuentran obligados a acentuar de manera muy especial las providencias precautorias. La regla del art. 902 del Cód. Civil concurre para intensificar o afirmar el concepto de culpa en esta especialidad (Cfr. Colombo, LL 36-800/801, N 7). Civil - Sala K GIORGIS Sentencia Definitiva C. 079874 FERREIRA DE CARDELLE, ROSA c/OBRA SOCIAL PARA LA ACTIVIDAD DOCENTE s/ORDINARIO 02/05/91 DEL VOTO DE LA MAYORIA (Dres. Moreno Hueyo y Degiorgis) El deber de información al paciente, aún cuando no está expresamente mencionado entre los que establece la ley 17.132, aparece en cambio contemplado por la ley 21.541 sobre trasplante de órganos, cuyo artículo 11 impone a los facultativos "informar de manera suficiente y clara, adaptada al nivel cultural del paciente, acerca de los riesgos de la operación de ablación o implante, según sea el caso, sus secuelas, evolución previsible y limitaciones resultantes.

Esta norma legal es aplicable por vía de analogía a otros tipos de intervención quirúrgica (art. 16 del C.C.). Tratándose de responsabilidad médica y excepción hecha de casos especiales, no resulta aplicable al caso el principio de la responsabilidad por riesgo del art. 1113 parte 2, del C.C. y resulta fundamental la prueba concreta de la culpa o negligencia del profesional, quien a su vez podrá excusar su responsabilidad no sólo demostrando la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero o el caso fortuito o fuerza mayor, sino la mera inexistencia de negligencia de su parte, o prueba de su no culpa. El médico, en el desempeño de su profesión, no puede garantizar el éxito del tratamiento y/u operación realizada al paciente. Incluso, en caso de total fracaso de la operación intentada, o de que el paciente quede total o parcialmente incapacitado, o con secuelas permanentes de dolores y malestares, el médico no responderá civilmente por estas secuelas si no se prueba de manera inequívoca la existencia de dolo, culpa grave, negligencia o impericia profesional en el cumplimiento de la prestación, en los términos de los arts. 512, 902 y conc. del C.C. La obligación del médico es una obligación de medios y no de resultados, en la que aquél se compromete a poner de su parte la experiencia y pericia inherente a su profesión pero de ninguna manera a garantizar el pleno éxito del tratamiento u operación practicada. En consecuencia, y cualquiera sea la naturaleza (contractual o cuasidelictual) de la responsabilidad civil de los médicos, es carga ineludible del paciente o acreedor de la prestación, probar la culpa del galeno, o su impericia, o su grave negligencia, como condición "sine qua non" para la viabilidad del resarcimiento reclamado. DEL VOTO DE LA MINORIA (Dra. Estevez Brasa): La mala praxis médica supone un perjuicio al paciente a causa de un tratamiento no acertado, más ello no significa ineludiblemente una culpa del profesional. La intervención médica puede revelar falencias por incumplimiento, diligencia amenguada provocada por la confianza en su arte, inadecuación del tratamiento, pero no necesariamente conducta culposa. No obstante, cuando de ello - sin "casus"- surge un daño al paciente, la respuesta resarcitoria se impone. El establecimiento asistencial no sólo responde frente al paciente por culpa del médico que interviene, sino también en caso de un incumplimiento que no necesariamente signifique culpa o negligencia del profesional. La garantía que brinda la institución contratante de tales servicios frente a quien recurre a ella, respaldada por el aval de un nombre o de un prestigio, obliga a tal entidad a responder." Civil - Sala K Sentencia Definitiva C. 076145 KASPAR c/SANATORIO MITRE s/DAÑOS Y PERJUICIOS 25/11/91). "Si los establecimientos asistenciales prevén y desarrollan una organización para la prestación del servicio de salud, y dentro de ese contexto se valen de la actividad de un cuerpo de profesionales y de personal auxiliar para ejecutar la prestación que han tomado a su cargo, deben procurar que el sistema funcione en plenitud, caso contrario, responden por las fallas que se produzcan y los daños ocasionados a los destinatarios de esa prestación." CCom: C (MONTI - CAVIGLIONE FRAGA - DI TELLA) - 15/05/97 BILLORDO, EDMUNDO C/ POLICLINICA PRIVADA DE MEDICINA Y CIRUGIA SA. S/ ORD.

De las consideraciones expuestas en la pericia médica y en sus explicaciones, en donde claramente se detallan los distintos períodos transitados desde el diagnóstico, seguimiento, tratamiento e intervención quirúrgica a la que fuera sometida la Sra. Nolfá Pino, y que a causa de la falta de criterio médico adecuado se ocasionara su muerte, me



persuaden para propiciar en este punto la confirmación de la sentencia apelada.

En cuanto a las consideraciones expresada por el recurrente en torno al quantum fijado en la sentencia en concepto de "pérdida de chance", considero que le asiste razón, por lo que teniendo en cuenta el monto solicitado por tal rubro en la demanda: \$154.625,22, sin posibilidades de ampliación atento a la falta de reserva expresa de dicha facultad, es que el importe determinado por tal concepto \$ 162.683 (\$40.000 para el Sr. Claudio R. Ercole y \$122.683 para Malen Marcela Ercole) deberá disminuirse proporcionalmente (75,4%) respetando la suma expresada en la demanda, lo cual arroja la suma de \$116.587 para Malen Marcela y \$38.038 para Claudio R. Ercole.-

En relación a los agravios de la Provincia, advierto que se centran en la falta de cobertura de seguro que en su disfavor consagra en pocas líneas y sin fundamento la sentencia de grado.

A poco de analizar el agravio, y de conformidad con los términos de la póliza N° 490169-0 obrante a fs. 117/118, se advierte que le asiste razón al apelante.

En efecto, del documento mencionado anteriormente, surge que la Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social del Neuquén, contrató una póliza médica colectiva a fin de mantener indemne al asegurado, entre los que no se encuentra solamente el médico prestador del servicio como se interpreta la sentencia, sino también la propia tomadora del seguro, es decir, la Provincia, para cubrir las contingencias de índole médica que ocurran en ocasión o con motivo de la prestación del servicio médico público, otorgado por la misma.

Ello surge de los términos del propio contrato, ya que al ser la propia Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la tomadora del contrato de seguro para quedar cubierta por las contingencias ocurridas en ocasión o con motivo de la presentación médica de los profesionales que se enuncian en la nómina "seguro colectivo", su interés resulta patente, pues con ello lo que se pretende garantizar es la indemnidad patrimonial del Estado Provincial con motivo de los juicios por mala praxis de sus dependientes.

Precisamente en este punto, considero que le asiste razón al recurrente, pues qué sentido tendría dar cobertura asegurativa a los médicos, si no lo es con alcance de indemnidad del Estado Provincial, en tanto dichos galenos, incluidos en la nómina, sólo activaran la aplicabilidad de la cobertura en la medida que la reclamación de que se trate, resulte de un hecho reprochado en ocasión de la función pública para la que han sido contratados.

Por otra parte, cabe resaltar que la Provincia ha actuado como contratante del seguro médico colectivo a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, lo cual, de manera alguna habilita a tenerla ajena como parte del contrato de seguro médico celebrado con la aseguradora SMG.

De lo contrario, las erogaciones en el pago de la póliza, como así también el ámbito de cobertura del contrato de seguro hubiera sido más extenso y no se limitaría al actuar de los médicos detallados en la nómina y en ejercicio de la prestación del servicio público de salud.

Por estas consideraciones, y al tener en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, juzgo que la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura de seguro, conforme póliza N° 490169-0, por lo que propondré al Acuerdo que se haga lugar a la apelación y en consecuencia se revoque la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., con costas su cargo.

Ahora bien, sobre el primer agravio de la parte actora, diré que teniendo en cuenta las circunstancias apuntadas al tratar la responsabilidad del Dr. Patricio Donnelly, en cuanto a las derivaciones desde el Hospital de Junín a San Martín de los Andes, como así desde ésta última localidad a la ciudad de Neuquén, donde la Sra. Nolfi Pino permaneció 15 días aproximadamente internada antes de su fallecimiento, el rubro "gastos de traslado" reclamados en la demanda (fs. 26/27), resulta a mi criterio procedente.

Ello así, toda vez que de lo contrario, se dejarían afuera una serie de gastos, que si bien no están acreditados, son de ordinario una consecuencia lógica de la experiencia traumática sufrida por la accionante y su grupo familiar.

En ese orden, la Jurisprudencia ha dicho: "Para la concesión de los rubros, gastos de farmacia, kinésicos, de traslado y propina procede estimar una suma indemnizatoria prudente por estos conceptos aunque no se hayan acreditado, cuando se trata de las lesiones sufridas por la víctima (conf. C. N. Civ. , Sala F, L. 67.070 del 21/12/90; íd., L. 61.092 del



22/2/91; íd., L. 107.799 del 12/11/92), no siendo obstáculo para ello la circunstancia que aquella contara con asistencia gratuita de un hospital público, por cuanto, sabido es, que siempre exceden los que suministran en dichos nosocomios a través de la asistencia médica que prestan" (Autos: PAEZ IRAMENDY Carlos Alberto c/MARTINO Mario Rafael s/DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:14069 - Civil - Sala F - Fecha: 12/04/1994).

Consecuentemente, al no haberse contemplado los gastos de traslado y estadía y demás necesarios para acompañar a la Sra. Pino en su peregrinar médico, considero que se debe acoger favorablemente el monto que por tal concepto reclama la actora, por lo que propiciare a este Acuerdo que se haga lugar al rubro "gastos", el cual en función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal y lo solicitado en la demanda se fija en la suma de \$3.000.

En cuanto al monto establecido en concepto de daño moral, debo decir que, si bien comparto los fundamentos brindados en la sentencia de origen en lo referente a su procedencia, observo que en este caso el importe resulta reducido en mérito a las constancias de la causa, a saber: edad de la hija al momento del fallecimiento de su madre; quién contaba con tan solo nueve años de edad y la situación vivenciada por el Sr. Claudio Rubén Ercole, cónyuge de quién en vida fuera Nolfia Elicia Pino, a raíz de su fallecimiento.

Tal como he afirmado en otras oportunidades, la reparación del daño debe ser "integral", es decir, debe procurar dejar a la víctima en la misma situación en la que se encontraba con anterioridad a que se le lesionaran sus derechos: el límite de la indemnización a otorgar por los daños es el del perjuicio realmente sufrido; no más, pero tampoco menos.

En este caso concreto, al momento del fallecimiento, la hija de la víctima había cumplido nueve años. Si bien, la cuantificación de este daño queda librada al criterio prudente de los magistrados, aunque ellos deben computar la entidad y magnitud de la lesión o agravio en función de las proyecciones de la persona en sus esferas existencial y psíquica, de sus padecimientos, de su dolor físico, de sus miedos, angustias y sufrimientos. La reparación "integral" del daño moral no puede resolverse sino en términos de aproximación, tanto desde la perspectiva del daño mismo, como desde la perspectiva de la indemnización, pues el monto que se fije no puede representar ni traducir el perjuicio ni sustituirlo por un equivalente (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, Cuánto por daño moral, LA LEY 1998-E-1061; PEYRANO, J. W., De la tarificación judicial 'iuris tantum' del daño moral, JA, 1993-I-880). Es, a lo sumo, un "precio del consuelo", como con agudeza lo señala Héctor P. Iribarne (De los Daños a las Personas, Bs. As., 1993, pág. 401). Pero resulta indudable que el quantum indemnizatorio debe tomar en consideración la razonable repercusión que el hecho dañoso ha provocado (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala F, F., V. C. c. O., A. M. y otro s/ daños y perjuicios 11/06/2013 Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/40937/2013).

Aquí estamos frente a una hija de corta edad, en donde la pérdida abrupta de su progenitora constituye un acontecimiento emocionalmente muy perturbador: es claro el hondo pesar espiritual que causa la muerte de quien estaba a cargo de su crianza, en una edad donde la dependencia afectiva, social y emocional con ella, es evidente.

En función de lo expuesto, considero que corresponde para Marcela una indemnización superior a la de su padre por el daño a los bienes extrapatrimoniales, tales como la sensación de seguridad, protección y resguardo que durante la minoridad los sujetos requieren y que tornan tan necesaria la figura materna, con los graves perjuicios afectivos, espirituales y psíquicos que padece una niña que, a corta edad, sufre la muerte de su madre.

En orden a lo expuesto, entiendo que la estimación efectuada por la magistrada de origen no se ajusta a las circunstancias del caso, por lo que el monto acordado en concepto de daño moral deberá ser elevado, en función de las facultades conferidas por el art. 165 del Código Procesal, para Malen Marcela Ercole Pino, a la suma de \$250.000 y para el Sr. Claudio Rubén Ercole, a la suma de \$150.000, con más sus intereses, conforme fueran establecidos en la anterior instancia.

IV.- Por las razones expuestas, propicio que se modifique parcialmente la sentencia, y en dejando sin efecto la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., y en consecuencia, se condene a esta última, en la medida del seguro, a abonar las sumas a la que ha sido condenada la Provincia del Neuquén, con costas por dicha actuación a cargo de la Aseguradora, atento a su carácter de vencida.

Hacer lugar al rubro "gastos" el que se fija en la suma de \$3.000, con más los intereses fijados en la sentencia de grado. Elevar el monto de condena por daño moral, a la suma de \$250.000 a favor de Malen Marcela Ercole Pino y en la suma



de \$150.000 a favor de Claudio Rubén Ercole, conforme lo expuesto precedentemente y lo reclamado en el escrito de demanda, con costas a cargo de los demandados.

Finalmente, disminuir el monto otorgado en concepto de "Pérdida de Chance" a la suma total de \$154.625,22, debiendo distribuirlo en la misma proporción de primera instancia (75,4% a favor de Malen: \$116.587) y (24,6% a favor del Sr. Claudio Ercole: \$38.038), con más los intereses fijados en la instancia de grado.

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.- Modificar parcialmente la sentencia dictada a fs. 958/971 vta., dejando sin efecto la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., y en consecuencia, condenar a esta última, en la medida del seguro, a abonar las sumas a la que ha sido condenada la Provincia del Neuquén, con costas por dicha actuación a cargo de la Aseguradora, atento a su carácter de vencida.

2.- Hacer lugar al rubro "gastos" el que se fija en la suma de PESOS TRES MIL (\$3.000), con más los intereses fijados en la sentencia de grado.

3.- Elevar el monto de condena por daño moral, a la suma de PESOS DOSCIENTOS CINCUENTA MIL (\$250.000) a favor de Malen Marcela Ercole Pino y en la suma de PESOS CIENTO CINCUENTA MIL (\$150.000) a favor de Claudio Rubén Ercole, conforme lo expuesto precedentemente y lo reclamado en el escrito de demanda.

4.- Disminuir el monto otorgado en concepto de "Pérdida de Chance" a la suma total de PESOS CIENTO CINCUENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS VEINTICINCO CON VEINTIDOS CENTAVOS (\$154.625,22), debiendo distribuirlo en la misma proporción de primera instancia (75,4% a favor de Malen: \$116.587) y (24,6% a favor del Sr. Claudio Ercole: \$38.038), con más los intereses fijados en la instancia de grado.

5.- Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos (art. 68 C.P.C.C.).

6.- 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.).

7.- 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](#)

"COLOMBO MARIO EDUARDO C/ ISIDRO PEÑA Y CIA. S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES"

- Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II - (Expte.: 379635/2008) - Sentencia: 53/16 - Fecha: 19/04/2016

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

RELACION DE DEPENDENCIA. CARACTERISTICAS. DEPENDENCIA JURIDICA. DEPENDENCIA ECONOMICA. PRINCIPIO DE LA NORMA MAS FAVORABLE AL TRABAJADOR. PRESUNCION DE LA EXISTENCIA DE CONTRATO DE TRABAJO. ALCANCE.

1.- Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda al considerar el a quo que



entre las partes existió una relación de naturaleza comercial. Ello es así, pues, advierto que la figura societaria del actor [...], fue creada "casi cinco años" antes de que comenzara la vinculación con la demandada, y conforme nota fue a través de tal sociedad de la que era socio gerente [...], que "solicitó a la demandada la representación de sus productos, exponiendo en tal solicitud su organización empresarial, adjuntando lista de empresas representadas, zonas atendidas y frecuencia, y los vendedores con los que disponía su organización, así como datos personales y antecedentes referenciales de casa uno de los socios. Y este contexto que surge esa documental y las notas enviadas marcan como comenzó la relación laboral, no surgiendo de las pruebas ofrecidas por el actor, la existencia de algún cambio en más de veinte años de relación entre las partes, ya que las facturaciones han sido establecidas a nombre de la sociedad, lo que echa por tierra la subordinación jurídica.

2.- [...] la prestación de servicios en forma personal, la imposición de precios y condiciones por parte de la demandada, no bastan para interpretar que existió subordinación económica, en razón de la similitud que reviste la dinámica de la actividad de viajante de comercio, con la de representante o agente de comercio, ni tampoco alcanzan para derribar la autonomía del actor y para, en base a su calidad de empresario.

3.- [...] respecto de la presunción prevista en el art. 9 LCT, que dispone que en caso de duda prevalecerá la más favorable al trabajador, no considero que corresponda su aplicación al caso de autos, ya que no se cuenta con datos concretos que viabilicen, operativa la presunción.

4.- No corresponde aplicar la presunción que deriva del art. 23 de la LCT, ya que ni de la prueba testimonial, pudo extraerse elementos que permitan interpretar que el actor se encontrara a disposición del demandado y que realizó tareas específicas de viajante de comercio y no de agente o representante, y de la integralidad de la prueba, si surge que la actividad personal del actor respecto a las ventas, obedeció a su calidad de empresario.

Texto completo:

NEUQUEN, 19 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "COLOMBO MARIO EDUARDO C/ ISIDRO PEÑA Y CIA. S.R.L. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES", (Expte. N° 379635/2008), 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 Secretaría actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 337/340 que rechaza la demanda, el actor apela expresando agravios a fs. 343/350, cuyo traslado ordenado a fs. 351, no es contestado por la contraria.



II.- Como primer agravio, se queja de que el a-quo haya considerado que entre las partes existió una relación comercial, por el hecho de tener el actor una sociedad para realizar actividades comerciales con otras empresas, alegando que ello resulta un análisis superficial por las formas y los nombres dados por las partes.

Sostiene que el sentenciante invoca el principio de supremacía de la realidad pero sólo en forma ritualista, porque si bien el actor no desconoció algunas cuestiones introducidas en la contestación de demanda, no implica ello que hubiere reconocido los hechos alegados en el conteste.

Expresa que en autos no quedó acreditado el extremo de que el actor asumiera los riesgos de la actividad, sino más bien todo lo contrario.

Manifiesta que el sólo hecho de tener esa organización comercial, para el a-quo parece suficiente para desacreditar la existencia de relación laboral, no evaluar tal realidad y evitar analizar el resto de la prueba.

Invoca que no fue valorado que prestó servicios en forma personal, que ello se probó con la documentación adjuntada ("memos" que la empresa le enviaba con indicaciones e instrucciones en relación a los productos y sus precios) y la prueba testimonial rendida.

Sostiene que tampoco fue mencionado que los precios y condiciones eran impuestos por la empresa demandada y que el actor no podía cobrar sus comisiones al cliente de Isidro Peña, sino que era la empresa quien con posterioridad, le remitía los pagos y ese dato está reconocido e ilustra la subordinación económica.

Critica el reproche a su parte por no haber alegado ni probado que tal actividad se desarrollara en fraude al derecho del trabajo, alegando que tal interpretación es contraria al art. 14 LCT.

Como segundo agravio, apunta a la conclusión del a-quo sobre la duración de la relación y a la valoración de que constituyó una sociedad para prestar actividades a varias empresas; dice que el juez presume y da por cierto que la relación que unió a la partes fue comercial.

Como tercer agravio, apunta a que resulta arbitrario que haya decidido que la prestación personal fue en beneficio de su sociedad y no de la demandada.

En cuarto lugar, se agravia de la interpretación que realiza el juez en relación a la subordinación económica, rechazándola en función de que la sociedad prestaba tareas para otras empresas, alegando que ello no obsta en que paralelamente hubiera sido dependiente de Isidro Peña y Cía.

Critica de dogmática la sentencia ya que la fundamentación es solo aparente atento la prueba producida en autos.

Como quinto agravio expresa omisión de considerar la prueba documental testimonial y analizar concretamente cada uno de los elementos que configuran una relación laboral, del tipo establecida en el Estatuto del Viajante de Comercio y contrastarlas y aplicar el art. 9 de la LCT.

Como sexto agravio manifiesta que ni siquiera se expide de la forma de percibir remuneración, cómo se realizaban las ventas, y quien corría con el riesgo empresario, tampoco en cuanto a la estipulación de los precios y bonificaciones que eran indisponibles por parte del actor.

Invoca que existió subordinación jurídica porque la demandada siempre tuvo el control a través de la supervisión efectuada a los viajantes y el seguimiento de las actividades mediante correspondencia, correo electrónico, vía telefónica y fax principalmente además de las entrevistas personales con los responsables de la sociedad, cuyas constancias obran en la causa.

En séptimo lugar, invoca omisión de considerar indicios y prueba testimonial de Maiolo, Ardito, Gatica, Sivera.

Finalmente, se queja de la imposición de costas al actor, esgrimiendo que este atento las características de la relación tuvo derecho a considerarse legitimado para el reclamo de autos, solicitando que aun con la decisión de la sentencia debió imponerse en el orden causado.

III.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que pese al esfuerzo defensorista, el recurso no prosperará.

En primer lugar, voy a efectuar algunas precisiones conceptuales.

En la causa "Fernández" (Expte. N° 298216/03, 02/02/06), sostuve que;

"Encuentro acreditada la distinción entre el "representante comercial o agente de comercio" y el "viajante de



comercio" teniendo en cuenta la propia organización de venta del actor, condición sine qua non para que exista agencia o representación comercial, criterio que se ve corroborado también por la ausencia de cuestionamiento alguno, durante la vigencia de la relación comercial, aún ante requerimientos expresos de la demandada, como el de fs. 31. ("SOAJE PINTO FERNANDO MARIA CONTRA EL AMANECER S.A.C.I.A.SOBRE DESPIDO", (Expte. N° 633-CA-0, voto de la Dra. Osti de Esquivel)").

Y en esa causa mencionada (Soaje), el Dr. Silva sostuvo que;

"O nos hallamos frente una relación de "subordinación jurídica" en la que la asunción del "riesgo de la actividad" por parte el "principal", conlleva para él tanto la obtención de lo "sustancial" del resultado económico (tanto del "bueno" como del "malo"), y, juntamente, el poder de "dirección jurídica", con los correspondientes correlatos para el "subordinado" de "exención del riesgo" (al menos de manera directa) y de asumir el "deber" jurídico de cumplir con las órdenes e instrucciones de aquél. En este supuesto, estamos ante el contrato de trabajo y, por lo general, se visibilizará patentemente la "desigualdad" económica afincando la "potestas" en cabeza del económicamente "fuerte"... "o nos hallamos frente a una relación de "autonomía" en la que la asunción del "riesgo de la actividad" (por caso, la "comercialización" de un producto) es asumida, si no "plenariamente" sí de manera importante, por quien desarrolla la actividad de "manera autónoma". En esta hipótesis el "resultado económico" (siempre para bien o para mal) se reparte de manera más igualitaria como también, más "equilibrado" es el "posicionamiento económico-jurídico" de las partes. Pueden darse aquí diversos tipos contractuales propios del derecho mercantil..."

"Se trata de manera, genérica, de la "comercialización por terceros" (así, por ej., Farina, "Contratos Comerciales Modernos", p. 377 y ss.) entre los que se destacan, principalísimamente el contrato de distribución y el de agencia comercial..."

"Ahora bien, cuadra destacar aquí en la temática general de la "comercialización por terceros" uno de los aspectos que Farina a este respecto apunta: "Generalmente, en los contratos de esta naturaleza, existen vínculos de menor o mayor dependencia del distribuidor, hacia el productor, en una escala gradual que se dirige poco a poco hacia integraciones cada vez más estrictas, con una siempre mayor expropiación del poder del distribuidor, al que se le sustraen, en primer lugar, la libertad de pactar precios y cantidades; luego, la de actuar en competencia, la de fijar una política propia de mercado, y, por último, la limitación de actuar con distintivos propios y al de organizar su propio establecimiento. De acuerdo con Santini, no daremos importancia alguna...a los términos pactados por las partes para definir la integración pactada: afiliación, agregación, concesión comercial, distribución y/o concesión exclusiva, franchising..." (ídem, p.381; el énfasis es nuestro).."

"Quiero recalcar a este respecto que cuando se hace alusión a dicho tipo de contratación dentro de ese ámbito del derecho privado, la vinculación que se establece entre el productor (fabricante, elaborador, etc.) con el "distribuidor" (nombrado así en un sentido amplio, como quien, de cualquier manera que sea, "colabora" en algunos de los tramos de la "comercialización" del producto) siempre se está haciendo alusión a un "comerciante" o, mejor dicho, a una "empresa" mercantil con independencia de cuál sea su "dimensión" (pequeña, mediana, grande...)"

Y entonces, dicha relación "productor-distribuidor" siempre será de derecho privado y jamás de derecho laboral.

¿Cuál es pues la nota "distintiva" que en cada caso particular permite definir, bien la relación laboral bien el vínculo de derecho comercial?

En el fondo, es la "empresa", esto es, cuando el servicio (distribución de mercancía, atención médica, odontológica, abogadil, etc.) se ha prestado "empresarialmente", no obstante que lo haya sido a través de una pequeña empresa o aun de una empresa "unipersonal" nos hallaremos siempre ante la vinculación del derecho privado, sea civil o mercantil. En los restantes supuestos, en todo caso mediará relación laboral (hacemos referencia a hipótesis "limpias", esto es, fuera de la "calificación" que las partes hayan brindado al contrato, del "maquillaje" con que hayan pretendido disfrazarlo, de todo tipo de "fraude", etc.)".

"Apareciendo así como consecuencia natural de esas conceptualizaciones la figura del "empresario", o más bien, en mayor concordancia con el tema que me ocupa, cabe preguntarse ¿quién es entonces el empresario?

Y, bien, básicamente hoy se denomina como empresario a quien antes conocíamos como el "comerciante" ...



"...Y, en resumidas cuentas de lo que llevamos visto, "el distribuidor", podrá entonces ser alguien que se desempeñe bajo relación de dependencia como el "viajante de comercio" o el "fletero", o alguien que lo haga de "manera autónoma", esto es, un empresario o comerciante (unipersonal o no, persona física o jurídica, "pequeña", "mediana" o "gran" empresa) que, asumiendo el riesgo empresarial lleva a cabo algún aspecto del tramo económico de la "dispersión" producto (por ejemplo, el transporte o, propiamente, su "comercialización", etc.).

Y, dicha autonomía, básicamente se mantiene desde un punto de "vista jurídico" (que se apoya en una realidad de "subyacencia" económica) aunque, tal vez, en algunos casos pueda hablarse de una "supraordenación" impuesta por el productor, fabricante o elaborador, en razón de la mayor gravitación económica de su empresa. Esto es: cuando estos últimos constituyen empresas de gran envergadura económica, "dictan" (imponen) "sus condiciones" al "distribuidor" de menor envergadura, obligándolo, por caso, a usar en el vehículo el "logo" o "emblema" del fabricante, o a vender al consumidor a un determinado precio, etc."

Trasladando estos conceptos al caso de autos, advierto que la figura societaria del actor ("Mario Colombo & Cía S.C.C."), fue creada (el 01/09/1981), "casi cinco años" antes de que comenzara la vinculación con la demandada (marzo de 1986), y conforme nota de fecha 27/08/1985, fue a través de tal sociedad de la que era socio gerente (conforme cláusula quinta del contrato social), que "solicitó a la demandada la representación de sus productos, exponiendo en tal solicitud su organización empresarial, adjuntando lista de empresas representadas, zonas atendidas y frecuencia, y los vendedores con los que disponía su organización, así como datos personales y antecedentes referenciales de casa uno de los socios.

Y este contexto que surge esa documental, y de las notas de fecha 08, 20 y 25 de marzo de 1986, marcan como comenzó la relación laboral, no surgiendo de las pruebas ofrecidas por el actor, la existencia de algún cambio en más de veinte años de relación entre las partes, ya que las facturaciones han sido establecidas a nombre de la sociedad, lo que echa por tierra la subordinación jurídica.

Asimismo y tal como se señalara en los antecedentes transcriptos, la prestación de servicios en forma personal, la imposición de precios y condiciones por parte de la demandada, no bastan para interpretar que existió subordinación económica, en razón de la similitud que reviste la dinámica de la actividad de viajante de comercio, con la de representante o agente de comercio, ni tampoco alcanzan para derribar la autonomía del actor y para, en base a su calidad de empresario.

En tal sentido se ha dicho que:

"Si el compromiso de representación asumido lo fue a nombre de la sociedad y no a título personal por el peticionante de autos, se evidencia la existencia de una organización de ventas que caracteriza al agente autónomo. La existencia de algunas notas comunes como la venta a nombre y por cuenta de la demandada, a los precios y condiciones de venta fijados por el principal y el hecho de que haya existido una prestación personal por parte del actor, no bastan para considerarlo como viajante de comercio, en tanto surge la existencia de una organización de ventas propia, con cierta autonomía de gestión" ("Masuco Mario A. v. Silvana ICESA", CNTrab., Sala I, 20/12/2002).

Por otra parte y respecto de la presunción prevista en el art. 9 LCT, que dispone que en caso de duda prevalecerá la más favorable al trabajador, no considero que corresponda su aplicación al caso de autos, ya que no se cuenta con datos concretos que viabilicen, operativa la presunción.

Por otro lado, advierto que aquí tampoco puede aplicarse la presunción que deriva del art. 23 de la LCT, ya que ni de la prueba testimonial, pudo extraerse elementos que permitan interpretar que el actor se encontraba a disposición del demandado y que realizó tareas específicas de viajante de comercio y no de agente o representante, y de la integralidad de la prueba, si surge que la actividad personal del actor respecto a las ventas, obedeció a su calidad de empresario.

En efecto, de la comisión por las ventas que realizaba, le era liquidado el IVA (conforme surge de fs. 3/12 de documental identificada como "Caja N° 2 -N° 5"-, titulada "Liquidación de comisiones"- años 2001 a 2007). Y en las notas dirigidas a la demandada (obrante a fs. 48, 54 57, del año 2004, entre otras de la documental ya señalada), el mismo actor al adjuntar facturas, hace referencia a "nuestras comisiones".



Esta Sala (con distinta composición), en una causa similar, sostuvo en la causa "Mendez" (expte. N° 623/03) que: "Se acredita además su inscripción como trabajador autónomo, no habiendo demostrado que exista subordinación técnica, económica y disciplinaria que habilite establecer una relación de dependencia, sino que se ha demostrado que el actor dispone de una organización propia de ventas, lo que lo excluye como viajante de comercio, tratándose de un empresario autónomo. Tengo en cuenta, además que: "Si bien el hecho de la prestación del trabajo hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, esa presunción solo funciona a falta de prueba en contrario, o cuanto las circunstancias, relaciones o causas que lo motiven no demostrasen lo contrario" (SCBA, 8/2/77, AC. 22870, JA, 1978-II, índice, p. 35, n°8)".

Concluyendo, coincido con la decisión del a-quo, en tanto ha efectuado un análisis de la prueba conforme pautas de la sana crítica (conf. art. 54 de la ley 921 y 386 del Cód. procesal), debiendo confirmarse el rechazo de la demanda.

IV.- Igual suerte correrá la queja sobre la imposición de costas, ya que en un juicio de carácter laboral rige también el principio general de la derrota, no surgiendo elementos de la causa, que me lleven a apartarme de tal directriz.

El respecto, esta Cámara tiene dicho: "Las normas procesales sobre costas deben ser interpretadas conforme a los principios esenciales del Derecho del Trabajo (D.T. 1993-B-1626) y ello torna conveniente morigerar en algunos casos, lo dispuesto por el artículo 71 del C.P.C.C.. Ello no significa que en todo reclamo laboral el actor se vea liberado de las consecuencias del rechazo integral de la demanda o de su inacogibilidad mayoritaria, pues ello implicaría favorecer indebidamente la promoción de demandas temerarias o aventuradas". (P.S. 1996 -I- 21/23, Sala I).

Por lo tanto esta queja será desestimada.

V.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso presentado por el demandado confirmándose lo decidido en la sentencia de fs. 337/340 en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios. Costas al actor en su calidad de vencido (art. 17 ley 921), debiendo regularse los honorarios correspondientes a esta instancia, bajo las pautas del art. 15 de la Ley 1594.

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 dictada a fs. 337/340, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Costas de Alzada al demandado en su calidad de vencido (art. 17 ley 921).

III.- Fijar los honorarios correspondientes a esta instancia para la Dra. ... y –apoderada y patrocinante del actor, respectivamente-, de PESOS DOS MIL TREINTA Y UNO (\$ 2.031) y de PESOS CINCO MIL SETENTA Y OCHO (\$5.078) (art. 15 L.A.).

IV.- 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](#)

"R. R. J. C/ Q. G. I. S/ INCIDENTE DE REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA E/A 24857/05" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 710/2014) – Interlocutoria: 110/16 – Fecha: 21/04/2016

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.



CUOTA ALIMENTARIA. REDUCCION DE CUOTA ALIMENTARIA. JUBILACION DEL ALIMENTANTE. ESTADO DE SALUD DEL ALIMENTANTE. GASTOS DE TRATAMIENTO Y MEDICACION. FALTA DE PRUEBA. RECHAZO DEL INCIDENTE.

1.- Cabe confirmar la decisión que rechaza el pedido de reducción de cuota alimentaria, pues si bien, la coyuntura económica del padre se ha modificado, dado que ínterin se ha jubilado, ello no puede redundar en perjuicio de M. T., quien actualmente cuenta con 11 años y que al avance de su edad hace presumir que sus necesidades básicas han aumentado respecto del momento en que los aportes alimentarios fueron fijados. Por otra parte, el hecho de que el apelante haya accedido a la jubilación no determina sin más la reducción de la cuota, dado que sigue siendo su obligación velar por la subsistencia y mantenimiento de su hijo y responder de acuerdo a sus posibilidades.

2.- En relación al cuadro de salud que refiere el recurrente –alimentante-, si bien acompañó los certificados médicos que acreditan que padece diabetes y una hernia discal, observamos que no demostró los gastos que los tratamientos y medicación a los que alude le acarrearían, ni el impacto que ello produciría en su economía, teniendo en cuenta que su pretensión le exige un compromiso probatorio mayor que lo común, y sin perjuicio de que cuenta con una cobertura médica.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "R. R. J. C/ Q. G. I. S/ INCIDENTE DE REDUCCION CUOTA ALIMENTARIA E/A 24857/05", (Expte. INC N° 710/2014), 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,

CONSIDERANDO:

I.- El alimentante apela la resolución de fs. 71/74, mediante la que se rechaza su pedido de reducción de cuota alimentaria.

En sus agravios de fs. 77/78, manifiesta que la a quo no tuvo en cuenta que la obligación recae sobre ambos padres, que no se valoró la prueba producida, ni su disponibilidad, accesibilidad a ingresos y su situación de salud.

Refiere al cambio de cobertura médica que atravesó por haber accedido al beneficio jubilatorio, y que al momento de fijarse la cuota alimentaria M. T. tenía problemas de salud, por haber nacido prematuro, que en la actualidad no tiene.

Corrido el traslado del memorial, la incidentada no lo contesta.

A fs. 87 obra el dictamen de la Defensora del Niño y del Adolescente interviniente.

II.- El incidente de reducción de cuota alimentaria resulta procedente cuando concurren circunstancias, respecto del alimentante o del alimentado, que así lo justifiquen.

En ese sentido, corresponde su admisión cuando los ingresos del alimentante o las necesidades del alimentado han disminuido o mejorado sus propios recursos, o cuando la cuota se ha tornado injusta o se invocase y probase su desproporción en base a la prueba que fue unilateralmente producida por el actor en el juicio de alimentos o frente a la limitación de medios de prueba (v. Kielmanovich, "Derecho Procesal de Familia", 3° edición, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009, pág. 108 y concordantes).

Al mismo tiempo, quien peticona la reducción carga con la obligación de demostrar la modificación de las circunstancias



de hecho tenidas en cuenta para fijar la anterior cuota, y que justificaría su disminución.

Aplicando los parámetros aludidos al caso de auto, consideramos que las situaciones alegadas no pueden incidir en el cumplimiento de la obligación alimentaria respecto del niño.

Si bien, la coyuntura económica del padre se ha modificado, dado que ínterin se ha jubilado, ello no puede redundar en perjuicio de M. T., quien actualmente cuenta con 11 años y que al avance de su edad hace presumir que sus necesidades básicas han aumentado respecto del momento en que los aportes alimentarios fueron fijados.

Por otra parte, el hecho de que el apelante haya accedido a la jubilación no determina sin más la reducción de la cuota, dado que sigue siendo su obligación velar por la subsistencia y mantenimiento de su hijo y responder de acuerdo a sus posibilidades.

En relación al cuadro de salud que refiere el recurrente, si bien acompañó los certificados médicos que acreditan que padece diabetes y una hernia discal, observamos que no demostró los gastos que los tratamientos y medicación a los que alude le acarrearían, ni el impacto que ello produciría en su economía, teniendo en cuenta que su pretensión le exige un compromiso probatorio mayor que lo común, y sin perjuicio de que cuenta con una cobertura médica.

Finalmente, el hecho de que la Sra. Q. posee un trabajo como docente y que recibiría ayuda económica de sus padres, no resulta un argumento suficiente, dado que como dijimos, cada padre debe prestar alimentos según su fortuna, a lo que se suma que la mamá es quien asumió el cuidado personal de su hijo, lo cual tiene un valor económico y constituye un aporte en su sustento.

III.- Por todo lo expuesto, propiciamos la confirmación del resolutorio apelado.

Las costas de Alzada se impondrán al apelante en su condición de vencido, y se regularán los honorarios profesionales en el 30% de los emolumentos fijados en la primera instancia (art. 68, CPCyC; art. 15, ley 1594).

Por ello, esta SALA II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 71/74, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada al apelante en su condición de vencido, regulándose los honorarios profesionales en el 30% de los emolumentos que se fijen en la primera instancia (art. 68, CPCyC; art. 15, ley 1594).

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](#)

"ARAUJO RODOLFO FABIAN C/ FI-VAS S.R.L. Y OTRO S/ DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 506178/2015) – Interlocutoria: 114/16 – Fecha: 21/04/2016

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA ANTICIPADA. PAGINA WEB. CERTIFICACION ACTUARIAL. RECHAZO.

1.- Quien solicite la producción anticipada de prueba deberá acreditar que la demora en su producción podría acarrearle un perjuicio que implicaría la pérdida del elemento de convicción, como así también, la razonable probabilidad de que resulten



de imposible o muy difícil producción de cara al desenvolvimiento del proceso.

2.- Caber confirmar el proveído que denegó la medida de prueba anticipada consistente en la certificación por parte del Actuario de las impresiones correspondientes a una página web. En efecto, en primer lugar, la petición no halló su causa en razones de urgencia sino en un supuesto riesgo existente, que a todas luces resulta incierto. Así, el sólo fundamento de la eventualidad de la desaparición de la prueba por el paso del tiempo o por la posible modificación de la página web no resultan por sí solos convincentes, resultando simples apreciaciones subjetivas. Por otra parte, y además de considerar que la certificación actuarial que solicita no resulta la vía adecuada a los fines que pretende, entendemos que procederse a su requerimiento se violaría el derecho de defensa de la contraria, ya que los contenidos informáticos se le imputarían como de su pertenencia sin escucharla previamente, teniendo en cuenta que aún no se encuentra siquiera notificada de este proceso.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ARAUJO RODOLFO FABIAN C/ FI-VAS S.R.L. Y OTRO S/DESPIDO DIRECTO POR CAUSALES GENERICAS", (Expte. N° 506178/2015), 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 Secretaría actuante, Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte actora apela el auto de fs. 104, mediante el cual no se hizo lugar a la medida de prueba anticipada que solicitó en el escrito de demanda, esto es, la certificación por parte del Actuario de las impresiones correspondientes a una página web (v. fs. 78/80).

En su memorial de fs. 106/107, explica que la no producción de aquella podría verse frustrada con el paso del tiempo y por la eventual modificación de la información inserta en los links que indica.

Señala que no existe otra forma de constatar lo solicitado, y que para el caso, rige el principio de amplitud probatoria. Refiere a que el actual Código de Procedimientos no prevé este tipo de medidas pero que, sin embargo, cabe encuadrarlas en el art. 326 de ese cuerpo.

Finalmente, apunta que en estos proceso rige el principio de gratuidad para el trabajador, y que por ello, no puede exigírsele que contrate y pague a un escribano para que realice la certificación que solicita.

II.- Como integrantes de esta Sala, y en relación a la temática bajo estudio, hemos dicho que "(...) el criterio de aplicación de la producción anticipada de prueba debe ser restrictivo, teniendo en cuenta que se lleva a cabo en una etapa procesal impropia, lo cual podría otorgar una situación de ventaja a una parte respecto de la otra, con el consiguiente riesgo de indefensión (Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 1993, tomo séptimo, pág.210 y sig.) (v. causa "Zúñiga c/Skanska", exp. n° 502925/2014, resolutorio del 30/9/2014).

En esa línea, tales medidas deben ser ordenadas en aquellos supuestos en que se hubiera justificado en razones de urgencia, es decir, quien las peticione deberá acreditar que la demora en su producción podría acarrearle un perjuicio que implicaría la pérdida del elemento de convicción, como así también, la razonable probabilidad de que resulten de imposible o muy difícil producción de cara al desenvolvimiento del proceso.

Aplicando estos parámetros al caso de autos, entendemos que no le asiste razón al recurrente, toda vez que no



demonstró los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora que deben caracterizar estas medidas.

En efecto, en primer lugar, la petición no halló su causa en razones de urgencia sino en un supuesto riesgo existente, que a todas luces resulta incierto.

Así, el sólo fundamento de la eventualidad de la desaparición de la prueba por el paso del tiempo o por la posible modificación de la página web no resultan por sí solos convincentes, resultando simples apreciaciones subjetivas.

Por otra parte, y además de considerar que la certificación actuarial que solicita no resulta la vía adecuada a los fines que pretende, entendemos que procederse a su requerimiento se violaría el derecho de defensa de la contraria, ya que los contenidos informáticos se le imputarían como de su pertenencia sin escucharla previamente, teniendo en cuenta que aún no se encuentra siquiera notificada de este proceso.

Bajo tales premisas, corresponderá el rechazo de la apelación interpuesta y la confirmación de la providencia atacada, con costas al apelante (art. 69, CPCyC).

Por ello, esta SALA II.

RESUELVE:

I.- Confirmar la providencia de fs. 260 y vta. en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios, con costas a la parte actora (art. 69, CPCyC).

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"NEGRI PEDRO ALBERTO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Sala II - (Expte.: 331957/2005) - Interlocutoria: 119/16 - Fecha: 26/04/2016

DERECHO PROCESAL: Terminación del proceso.

BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS. CADUCIDAD DE INSTANCIA. PLAZO.

1.- La Sala II de Cámara de Apelaciones de la I Circunscripción Judicial, adhiere a la postura que admite la perención de la instancia en el Beneficio de Litigar sin Gastos.

2.- El beneficio de litigar sin gastos se ha clasificado como un incidente autónomo o nominado, categoría que tiene una regulación específica, sin perjuicio de lo cual el codificador ha previsto que le sean aplicadas, con carácter supletorio, las normas establecidas para los incidentes genéricos o innominados, lo que lleva a considerar como plazo para tener por operada la caducidad de la instancia el de tres meses contemplado en el art. 310, inc. 2º del Código Procesal.

Texto completo:

NEUQUEN, 26 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:



En acuerdo estos autos caratulados: "NEGRI PEDRO ALBERTO S/ BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS", (Expte. N° 331957/2005), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 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.- Los actores apelaron la resolución de fs. 93/94, mediante la que se decretó la caducidad de la instancia.

Corrido el traslado del memorial de fs. 99/105, la parte demanda en los autos principales lo contestó a fs. 107.

II.- Esta Sala se ha pronunciado en relación al tema desde hace tiempo y en varias oportunidades, adhiriendo a la postura que admite la perención de la instancia en este tipo de trámites.

El beneficio de litigar sin gastos se ha clasificado como un incidente autónomo o nominado, categoría que tiene una regulación específica, sin perjuicio de lo cual el codificador ha previsto que le sean aplicadas, con carácter supletorio, las normas establecidas para los incidentes genéricos o innominados, lo que lleva a considerar como plazo para tener por operada la caducidad de la instancia el de tres meses contemplado en el art. 310, inc. 2° del Código Procesal.

Así, se ha dicho que: "El beneficio de litigar sin gastos es un trámite con autonomía procesal propia, lo que lo diferencia de los incidentes contemplados en el último párrafo del art. 318 del Cód. Procesal, que sólo constituyen meras instancias accesorias" (CSJN, 21/6/88, CSJN-Fallos, 311:1094), como así también, que: "Tratándose el beneficio de litigar sin gastos de una incidencia bilateral y contradictoria, resulta susceptible de extinguirse por vía de caducidad si transcurre el término legal previsto por el art. 310, inc. 2° del Cód. Procesal" (CNCom., Sala A, 15/5/02, DJ, 2002-2-772).

En esa línea, la parte que promueve un juicio debe asumir la carga de urgir su desenvolvimiento y decisión, evitando de tal modo que la causa se prolongue por tiempo indefinido, quedando sin resolverse, y dicha carga cesa únicamente cuando la providencia de autos para sentencia adquiere firmeza.

De las constancias de la causa, surge que los actores no efectuaron ningún acto interruptivo idóneo con el fin de obtener la franquicia, ya que no se registra actividad procesal con posterioridad al proveído de fecha 10/4/2014, circunstancia que hace presumir el desinterés o la desidia en continuar con este proceso.

Es así que la parte demandada acusó perención a fs. 26/vta. con fecha 31/10/2014, encontrándose vencido el plazo normado por el art. 310 inc. 2° del Código Procesal.

Sin perjuicio de que los argumentos aquí dado sellan la suerte del recurso, efectuaremos algunas consideraciones en relación a los agravios vertidos por el apelante.

En relación a la primera queja, y si bien es cierto que el beneficio puede deducirse nuevamente, debe tenerse en cuenta que sus efectos se producen a partir de la etapa procesal en que se encuentra el trámite principal y ello constituye, a nuestro entender, un argumento suficiente que justifica la denuncia formulada por la contraria de haberse operado el plazo de caducidad ya que de no accederse al mismo, en el supuesto de haber transcurrido el plazo legal, le irrogaría un perjuicio tanto a la parte como a su letrado en cuanto a que los efectos de la sentencia solamente alcanzan a los gastos producidos a partir de su promoción y no a los anteriores.

En relación a la segunda, si los actores consideran que el beneficio de gratuidad reconocido por la Ley de consumo es equiparable a la franquicia prevista por el Código Procesal, así debió plantearlo en el proceso principal, resultando innecesaria la promoción de este incidente. Por otra parte, el requerimiento de que se conceda el primero en tales términos, excede el marco del recurso interpuesto y las facultades de la Alzada para su tratamiento.

III.- Consecuentemente, y en orden a lo aquí expuesto, es que propiciaremos la confirmación del decisión apelado, con costas a la parte actora en su condición de vencida.

Por ello, esta SALA II,

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 205/206.

II.- Imponer las costas de esta instancia a la parte actora en su condición de vencida, regulándose los honorarios profesionales en el 30% de lo determinado en el grado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrió -Dra. Patricia M. Clerici



Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

Volver al índice [-Por Organismo](#)

[-Por Tema](#)

[-Por Carátula](#)

"FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 1714/2016) – Interlocutoria: 124/16 – Fecha: 26/04/2016

DERECHO LABORAL: Contratos de trabajo.

EXTINCION DEL CONTRATO DE TRABAJO. DESPIDO. PAGO DE LA OBRA SOCIAL POR PARTE DE LA EX EMPLEADORA. RECHAZO DE LA CAUTELAR.

1.- No es procedente que la demandada mantenga el beneficios de la obra social en iguales condiciones de las que gozaba la actora con anterioridad al distracto dado que entre las parte cesó la relación laboral. Y no sólo eso, sino que la actora reclama una indemnización por despido discriminatorio sin que en momento alguno peticiona la nulidad de la ruptura del vínculo contractual o su reinstalación. En tales condiciones, queda claro que la accionante reclama solamente una determinada suma de dinero derivada de lo que considera que le corresponde como indemnización por haber sido despedida en forma discriminatoria.

2.- No puede admitirse que exista o se trata de un adelanto de la jurisdicción, o bien que la cautelar innovativa esté comprendida dentro de los términos de la pretensión, toda vez que la obra social es una consecuencia necesaria de la existencia del vínculo laboral, por lo cual, finalizado aquél cesa la otra, sin perjuicio del plazo que debe mantenerse por disposición legal.

Texto completo:

NEUQUEN, 26 de Abril del año 2016.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FERNANDEZ MANSILLA NADIA ELIZABETH C/ YPF S.A. S/INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR", (INC N° 1714/2016), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Mediante la resolución que en copia obra a fs. 151/154, el juez interviniente dispuso el dictado de una medida cautelar peficionada por la actora y consistente en que se le mantengan los beneficios de la obra social en iguales condiciones de las que gozaba con anterioridad al distracto.

Dicha decisión fue apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs.157/160 y cuyo traslado no



fue respondido.

II.- Tal como surge de los términos de la demanda del presente cuadernillo, la actora reclama una indemnización por un monto de más de tres millones de peso derivada de lo que considera un despido discriminatorio.

El juez, sin siquiera considerar la reiterada jurisprudencia de esta Cámara en el sentido que la petición debe ser sustanciada en casos como el presente, hace lugar a lo peticionado con fundamento en el derecho a la salud, claro que a cargo de la ex empleadora.

Si bien se comparte todas las manifestaciones genéricas que formula el juez en relación al derecho a la salud que debe ser protegido en relación a toda persona que lo reclame, pero la cuestión en el caso concreto de autos en función de lo reclamado y de la relación entre las partes, entiendo que el pago de la obra social no deberá ser abonada por la demandada, ya que no se trata de imponer obligaciones cuando jurídicamente no corresponden en virtud de la falta de relación entre las partes.

En el caso, y como bien lo señala el apelante y cuyos fundamentos comparto el juez no tuvo en cuenta, pese a que el hecho se encontraba reconocido en la demanda, que la relación laboral cesó entre las partes.

Y no sólo eso, sino que la actora reclama una indemnización por despido discriminatorio sin que en momento alguno peticiona la nulidad de la ruptura del vínculo contractual o su reinstalación.

En tales condiciones, queda claro que la accionante reclama solamente una determinada suma de dinero derivada de lo que considera que le corresponde como indemnización por haber sido despedida en forma discriminatoria.

Si ello es así, conforme el planteo que voluntariamente formulara la reclamante, queda claro que no hay relación contractual entre las partes, y por ende, la demandada no puede ser obligada a seguir pagando la obra social de la ex trabajadora.

Tampoco puede admitirse que exista o se trata de un adelanto de la jurisdicción, o bien que la cautelar innovativa esté comprendida dentro de los términos de la pretensión, toda vez que la obra social es una consecuencia necesaria de la existencia del vínculo laboral, por lo cual, finalizado aquél cesa la otra, sin perjuicio del plazo que debe mantenerse por disposición legal.

En esta causa, y como se señaló, lo que se reclama es un monto determinado en concepto de indemnización, pero se reconoce que no hay vínculo jurídico entre las partes en los términos de la Ley de Contrato de Trabajo dado que fue despedida, y dicho hecho no está controvertido, más allá de las razones reales o aparentes que decidieron la ruptura y que se determinarán al dictarse la pertinente sentencia.

Se reitera, entonces, que si bien se reconoce la existencia del derecho a la salud el problema está quien es el obligado a hacerlo realidad y en el caso planteado, y dada la falta de relación actual entre las partes, no puede ser obligada la accionada.

II.- Por las razones expuestas, propongo se revoque la resolución cuestionada y se desestime la medida cautelar peticionada, con costas de Alzada a la actora perdidosa, 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.- Revocar la resolución de fs. 151/154 y desestimar la medida cautelar peticionada por la actora.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora perdidosa.

III.- Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

IV.- 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](#)