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

AÑO V – N° 2, Marzo / Abril 2017

Año 2017
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° 2, Marzo/Abril 2017. Contiene todas las resoluciones: Acuerdos, Sentencias e Interlocutorias **ingresadas a la base de datos y publicadas** durante el período.

Las correspondientes al año 2016 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

En este caso de las resoluciones del Tribunal de Impugnación, 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/2017

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

Indices

Por Organismo

Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia

- **"MOSQUEDA GLADYS MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3113/2010) – Acuerdo: 58/16 – Fecha: 26/07/2016**"** ver texto
- **"CASTAÑOLA ALBERTO C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2955/2010) – Acuerdo: 73/16 – Fecha: 23/08/2016 ver texto
- **"ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4059/2012) – Acuerdo: 90/16 - Fecha: 05/10/2016 ver texto
- **"DELGADO ACUÑA ALICIA SANDRA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3365/2011) – Acuerdo: 93/16 – Fecha: 11/10/2016 ver texto
- **"MARIFIL CARLOS ARGENTINO C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2109/2007) – Acuerdo: 100/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"ASOCIACIÓN MUTUAL TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN "PATAGONIA" C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3954/2012) – Acuerdo: 122/17 – Fecha: 12/12/2016 ver texto
- **"ZURITA RAFAEL C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2813/2009) – Acuerdo: 123/16 – Fecha: 14/12/2016 ver texto
- **"SOTO LUIS ADRIÁN C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3347/2011) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"HOSSIAN ALEJANDRO ARMANDO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3054/2010) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"UBALDINI JORGE ESTEBAN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3234/2010) – Acuerdo: 08/08 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

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

- **"ARDITO HECTOR ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 6025/2014) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"RUDOLF HUGO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1529/2005) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4186/2013) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"TOLENTINO S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4346/2013) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"JEVENES REYES CLAUDIA SILVANA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3956/2012) – Acuerdo: 23/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"ZABERT ARIEL ENRIQUE Y OTRAS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4758/2014) – Acuerdo: 24/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 5056/2014) – Acuerdo: 29/17 – Fecha: 09/02/2017 ver texto
- **"AGÜERO ANITA DEL VALLE Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 1647/2006) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"TAPIA MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3531/2011) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 04/02/2017 ver texto
- **"ARVEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4030/2012) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"LACRUZ HERMINIA MERCEDES C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3675/2012) – Acuerdo: 27/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"GODOY MARCELO FABIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 2622/2009) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 02/02/201 ver texto
- **"CARRILLO MARCELA MABEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3044/2010) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

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

- **"MENDOZA BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 4763/14) – Acuerdo: 31/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – (Expte.: 3726/2012) – Acuerdo: 32/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 4794/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"ASOCIACIÓN NEUQUINA DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – (Expte.: 4126/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto

Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia

- **"ACEVEDO FERMINA NORMA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** – (Expte.: 113/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- "**A.C.U. de N. C/ AMX ARGENTINA S.A. CLARO S/ REPETICIÓN"** – (Expte.: 26/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"FERNANDOIS ERNESTO FABIÁN C/ MENDOZA JOAQUÍN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** – (Expte.: 427413/2010) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"VÁZQUEZ DOMINGO DE LA CRUZ C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – (Expte.: 121/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE JULIÁN Y FARRECH CAMILO S/ APREMIO"** – (Expte.: 21310/2013) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 15/02/2017 ver texto
- **"QUINTRILEO MAGDALENA KARINA C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS"** - (Expte.: 142/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 01/03/2017 ver texto

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

- **"VAZQUEZ MIRTA GRACIELA C/ FALLETTI HORACIO ROBERTO Y OTRO S/TERCERIA E/A 220561/99"** - (Expte.: 430120/2010) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto

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

- **"PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE"** - (Expte.: 471626/2012) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"MENDEZ HECTOR OSVALDO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO LART 46 LEY 24557"** - (Expte.: 471960/2012) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 07/03/2016 ver texto
- **"PARRA ARANEDA ZULMA VIVIANA C/ ASEG. HORIZONTE CIA. ARG. SEG. S.A. Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 469740/2012) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"ZANONA FERNANDO MARCELO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 455821/2011) – Sentencia: 39/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"PERALTA MABEL ANTONIA C/ PERALTA NANCY ANDREA S/ ACCION DE SIMULACION"** - (Expte.: 6481/2014) – Sentencia: 42/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"LAZZALETTA JUAN PABLO C/ CENTRO AUTOMOTORES S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - (Expte.: 447953/2011) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"OJEDA JULIO DE JESUS C/ U.O.C.R.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - (Expte.: 428782/2010) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"DAVILA OSCAR FABIAN C/ DAVILA DE STEINETZ ADRIANA MABEL S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - (Expte.: 508116/2015) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"PARRA PARRA JOVINA DEL CARMEN C/ LIMPIOLUX S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 468883/2012) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"CORBOULD ANGEL ABEL C/ RS TRAILERS S.R.L S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 449826/2011) – Sentencia: 57/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - (Expte.: 2017/2017) – Interlocutoria: 57/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"NEUQUEN TEXTIL S.R.L. C/ ALCOCER JULIA DEL CARMEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 509608/2017) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"T. M. S. C/ M. G. F. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA E/A "INC. 143/2012""** - (Expte.: 1197/2016) – Interlocutoria: 64/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"T. G. N. C/ C. J. I. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - (Expte.: 72828/2015) – Interlocutoria: 88/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"LONAC JUAN LUIS C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - (Expte.: 501853/2014) – Interlocutoria: 90/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ LARREA JORGE HECTOR S/ APREMIO"** - (Expte.: 524351/2014) – Interlocutoria: 94/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"SAN MARTIN CLAUDIA VERONICA C/ PATAGONIA AR S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 508176/2016) – Interlocutoria: 96/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - (Expte.: 1877/2017) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA"** - (Expte.: 48888/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"BUSTO GUSTAVO ARIEL C/ MARQUEZ GUSTAVO RODOLFO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 472731/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"BARROS CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 460005/2011) – Sentencia: 68/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"FLORES OLGA ESTHER C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 502422/2014) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"CUCARESSE EDUARDO ROBERTO C/ GUTIERREZ CIFUENTES PRISCILA Y OTROS S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 469490/2012) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ MONDELEZ ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 486557/2012) – Sentencia: 73/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"DURAND SANDRO WALTER C/ EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - (Expte.: 1858/2017) – Interlocutoria: 121/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto

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

- **"BILLAR FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL EDUCACION S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO"** - (Expte.: 421965/2010) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - (Expte.: 445944/2011) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 472397/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 454223/2011) – Sentencia: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto

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

- **"BAEZ ADRIAN ESTEBAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 467708/2012) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ VISTA SUR S.A. EN FORMACION S/ APREMIO"** - (Expte.: 67717/2015) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"GIMENEZ FREDY C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 424162/2010) – Sentencia: 46/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES"** - (Expte.: 424426/2010) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"VEGA ROBERTO RAFAEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 418758/2010) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"VELASQUEZ ELISABETH DEL CARMEN C/ MALLA MARIA ESTHER Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - (Expte.: 472307/2012) – Sentencia 53/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"ACUDEN C/ E.P.A.S. S/ D.Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** - (Expte.: 465910/2012) – Sentencia: 63/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (E.P.E.N.) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - (Expte.: 505049/2015) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"DUARTE EDMUNDO AXELY OTRO C/ SANTA ANGELA S.R.L. S/ REVISION DE CONTRATO"** - (Expte.: 473274/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"CASTILLO ADRIAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - (Expte.: 430415/2010) – Interlocutoria: 61/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"ZALAZAR LORENA NATALIA C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 470377/2012) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"GODOY GREGORIO Y OTRO S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - (Expte.: 500207/2013) – Interlocutoria: 69/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"OYARZUN ERNESTO CEFERINO C/ ESPINOZA SAAVEDRA MIGUEL ARIEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 459134/2011) – Interlocutoria: 86/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"P. R. E. B. S/ AUTORIZACION PARA VIAJAR"** - (Expte.: 80556/2017) – Interlocutoria: 95/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"ZUNIGA CARLOS S/ INC. REDARGUCION DE FALSEDAD"** - (Expte.: 31441/2009) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14"** - (Expte.: 1203/2016) – Interlocutoria: 101/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"BARATELLI CARRIZO GLADYS BEATRIZ C/ NATUREL S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 505414/2015) – Interlocutoria: 107/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

- **"JARA MARIA LILIANA C/ HORIZONTE CIA. ARG. SEG. GR. S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - (Expte.: 456572/2011) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 472956/2012) – Sentencia: 61/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"PETERSEN NATALIA MARCELA Y OTROS C/ CONS. PROF. AGRIM. GEOL. E ING. NQN S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 446734/2011) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"TOME ANTONIO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - (Expte.: 471913/2012) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"GUZMAN NORBERTO EDUARDO C/ GOMEZ CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 455357/2011) - Sentencia: 77/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - (Expte.: 63118/2014) – Interlocutoria: 116/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"AFIP-DGI S/ VERIFICACION TARDIA E/A TRAUCO S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO"** - (Expte.: 63439/2016) – Interlocutoria: 133/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

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

- **"REYES CLAUDIA KARINA C/ VASQUEZ MARCELO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - (Expte.: 465491/2012) – Sentencia: 24/17 – Fecha: 16/02/2017 ver texto
- **"BELLO DANIEL C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ COBRO DE SEGURO –LEY 24240-"** - (Expte.: 506906/2015) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"LOPEZ JOVE MARCIO RUBEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART"** - (Expte.: 474695/2013) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 23/02/2017 ver texto
- **"QUIROGA JOSE WALTER Y OTRO C/ MANSILLA ANTONIO MIGUEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 388386/2009) – Sentencia: 31/17 – Fecha: 02/03/2014 ver texto
- **"VALDEBENITO JUAN CARLOS C/ YOPOLO SUSANA CONCEPCION Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** - (Expte.: 392856/2009) – Sentencia: 33/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"BARRIA CYNTIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. – MALA PRAXIS"** - (Expte.: 428514/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"MORALES SILVIA ANDREA C/ GRANADO HECTOR GUILLERMO Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 471379/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto

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

- **"AMMANN ALDO RUBEN C/ PERALES MARIA CELIA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - (Expte.: 472514/2012) – Sentencia: 40/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ APREMIO"** - (Expte.: 526666/2014) – Sentencia: 41/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"MILLAQUEO PINO MIGUEL ANGEL C/ PACHER FERRUCIO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 473667/2013) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 467651/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"AGUERO ANA ANGELA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 461690/2011) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"FUNEZ WILSHON ALBERTO C/ OLIVA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - (Expte.: 474507/2013) – Sentencia: 50/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"TRONCOSO MARTA C/ GARCIA ROSA Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - (Expte.: 477119/2013) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"ODDO CARINA ALEJANDRA C/ TORRES GONZALO EZEQUIEL Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 501438/2014) – Sentencia: 56/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"ROMANOS PABLO ALEJANDRO Y OTRO C/ ASOC. FOMENTO RURAL EL CARANCHO S/ ACCION REIVINDICATORIA X CUERDA 368320/8"** - (Expte.: 393850/2009) – Interlocutoria: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)"** - (Expte.: 1010/2017) – Interlocutoria: 41/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"MUNOZ MARIA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DANOS Y PERJUICIOS"** - (Expte.: 139765/1994) – Interlocutoria: 71/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"PAVLIN MARÍA ALEJANDRA C/ PEREZ RICARDO OMAR S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** - (Expte.: 11040/2008) – Interlocutoria: 74/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"P. S. C/ T. R. A. Y OTRA S/ INC. DE ELEVACIÓN"** - (Expte.: 1266/2016) – Interlocutoria: 81/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"JIMENEZ HECTOR DANIEL C/ BONATO ROLANDO JAVIER Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - (Expte.: 419019/2010) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

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

- **"I.P.V.U. C/ BIASSI ANGUEL MARTÍN Y OTRO S/ APREMIO"** - (Expte.: 515081/2014) – Sentencia: 53/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14"** - (Expte.: 846/2015) – Sentencia: 54/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"SOTO LUIS ANTONIO C/ VIVANCO RUBEN S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES"** - (Expte.: 470508/2012) – Sentencia: 58/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A/ 70093/15"** - (Expte.: 1010/2016) - Interlocutoria 82/17 - Fecha: 20/04/2017 ver texto

Tribunal de Impugnación

- **"DE OLIVEIRA MARIO ADOLFO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - (Expte.: MPFNQ 15151/2014) – Sentencia: 03/17 - Fecha: 09/02/2017 ver texto
- **"A. M. R. S/ ROBO CALIFICADO; ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GDO. TTVA"** - (Expte.: MPFJU 10909/2014) – Sentencia: 02/17 - Fecha: 03/02/2017 ver texto
- **"CASTILLO GUIDO NICOLAS S/ ROBO CALIFICADO"** - (Expte.: MPFCU 20375/2015) – Sentencia: 05/17 - Fecha: 16/02/2017 ver texto
- **"ANTIGUAL CLAUDIO DANIEL; RAMOS CLAUDIO DAVID; STERLI FRANCO MARCOS TOMAS S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO"** - Expte.: MPFCU 19173/2015) – Sentencia: 06/17 - Fecha: 17/02/2017 ver texto
- **"C. M. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - (Expte.: MPFNQ 11462/2014) - Sentencia: 09/17 - Fecha: 22/02/2017 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

- **"MOSQUEIRA JORGE FRANCISCO Y OTROS C/ SANDOVAL CRISTIAN MARCELO S/ D. y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTOR (CON LESION O MUERTE)"** - (Expte.: 14381/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION"** - (Expte.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 ver texto

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

- **"IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO"** - (Expte.: 434/1998) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"R. C. G. C/ O. F. D. C. S/ DIVORCIO"** - (Expte.: 43846/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 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

- **"CEBALLOS ROLANDO C/ EMCOPAT S. A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE DE LA RELACIÓN LABORAL S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - (Expte.: 20879/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"DRES. DANTE HUARTE, CARLOS FAZZOLARI Y GRECIA ARRATIA ORTIZ E/A BARRERA LARENAS JAIME C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA S/ QUEJA"** - (Expte.: 7019/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto
- **"FERRARA SILVIA LEONOR C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - (Expte.: 39652/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto
- **"ILI ADOLFO SILVIO C/ CNS APAG S. A. S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS"** - (Expte.: 44497/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial

- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO"** - (Expte.: 178302/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 23/02/2017 ver texto
- **"B. C. R. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA"** - (Expte.: 50763/2011) – Sentencia: S/N – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

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

Por Tema

Accidente de trabajo

- **"MENDEZ HECTOR OSVALDO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO LART 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471960/2012) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 07/03/2016 ver texto
- **"ZANONA FERNANDO MARCELO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Secretaría Sala I - (Expte.: 455821/2011) – Sentencia: 39/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"BAEZ ADRIAN ESTEBAN 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 467708/2012) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"GIMENEZ FREDY C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424162/2010) – Sentencia: 46/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"BARROS CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 460005/2011) – Sentencia: 68/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"FLORES OLGA ESTHER C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502422/2014) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"JARA MARIA LILIANA C/ HORIZONTE CIA. ARG. SEG. GR. S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 456572/2011) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"TOME ANTONIO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 471913/2012) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

Accidente de tránsito

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

- **"BUSTO GUSTAVO ARIEL C/ MARQUEZ GUSTAVO RODOLFO 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 472731/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto

Acción de amparo

- **"NEUQUEN TEXTIL S.R.L. C/ ALCOCER JULIA DEL CARMEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509608/2017) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 178302/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 23/02/2017 ver texto

Acción de inconstitucionalidad

- **"MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4794/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"ASOCIACIÓN NEUQUINA DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4126/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto

Acción procesal administrativa

- **"ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3726/2012) – Acuerdo: 32/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto

Actos administrativos

- **"CASTAÑOLA ALBERTO C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2955/2010) – Acuerdo: 73/16 – Fecha: 23/08/2016 ver texto

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

Actos procesales

- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ LARREA JORGE HECTOR S/ APREMIO" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 524351/2014) – Interlocutoria: 94/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"SAN MARTIN CLAUDIA VERONICA C/ PATAGONIA AR S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508176/2016) – Interlocutoria: 96/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"ZUNIGA CARLOS S/ INC. REDARGUCION DE FALSEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 31441/2009) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

Adopción

- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 846/2015) – Sentencia: 54/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

Alimentos

- **"T. M. S. C/ M. G. F. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA E/A "INC. 143/2012""** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1197/2016) – Interlocutoria: 64/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"T. G. N. C/ C. J. I. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 72828/2015) – Interlocutoria: 88/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"P. S. C/ T. R. A. Y OTRA S/ INC. DE ELEVACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1266/2016) – Interlocutoria: 81/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto

Cobro de haberes

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

- **"RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472956/2012) – Sentencia: 61/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

Compraventa

- **"PERALTA MABEL ANTONIA C/ PERALTA NANCY ANDREA S/ ACCION DE SIMULACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 6481/2014) – Sentencia: 42/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto

Concursos y quiebras

- **"AFIP-DGI S/ VERIFICACION TARDIA E/A TRAUCO S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63439/2016) – Interlocutoria: 133/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

Contratos

- **"DUARTE EDMUNDO AXELY OTRO C/ SANTA ANGELA S.R.L. S/ REVISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 473274/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

Contratos administrativos

- **"TOLENTINO S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4346/2013) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"ARVEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4030/2012) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

Contrato de trabajo

- **"PARRA PARRA JOVINA DEL CARMEN C/ LIMPIOLUX S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de

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

Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468883/2012) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

- **"CORBOULD ANGEL ABEL C/ RS TRAILERS S.R.L S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 449826/2011) – Sentencia: 57/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 454223/2011) – Sentencia: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424426/2010) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"VEGA ROBERTO RAFAEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418758/2010) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"BARATELLI CARRIZO GLADYS BEATRIZ C/ NATUREL S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505414/2015) – Interlocutoria: 107/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"REYES CLAUDIA KARINA C/ VASQUEZ MARCELO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Saña III – (Expte.: 465491/2012) – Sentencia: 24/17 – Fecha: 16/02/2017 ver texto
- **"VALDEBENITO JUAN CARLOS C/ YOPOLO SUSANA CONCEPCION Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 392856/2009) – Sentencia: 33/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"MILLAQUEO PINO MIGUEL ANGEL C/ PACHER FERRUCIO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473667/2013) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467651/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

- **"FUNEZ WILSHON ALBERTO C/ OLIVA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474507/2013) – Sentencia: 50/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"CEBALLOS ROLANDO C/ EMCOPAT S. A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE DE LA RELACIÓN LABORAL S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 20879/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"GUZMAN NORBERTO EDUARDO C/ GOMEZ CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 455357/2011) - Sentencia: 77/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

Control de constitucionalidad

- **"HOSSIAN ALEJANDRO ARMANDO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3054/2010) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

Daños y perjuicios

- **"JEVENES REYES CLAUDIA SILVANA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3956/2012) – Acuerdo: 23/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN 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 – Secretaría Sala I - (Expte.: 471626/2012) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"PARRA ARANEDA ZULMA VIVIANA C/ ASEG. HORIZONTE CIA. ARG. SEG. S.A. 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469740/2012) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"OJEDA JULIO DE JESUS C/ U.O.C.R.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 428782/2010) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto

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

- **"URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 445944/2011) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 472397/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"ACUDEN C/ E.P.A.S. S/ D.Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 465910/2012) – Sentencia: 63/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"QUIROGA JOSE WALTER Y OTRO C/ MANSILLA ANTONIO MIGUEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 388386/2009) – Sentencia: 31/17 – Fecha: 02/03/2014 ver texto
- **"BARRIA CYNTIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. – MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428514/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"MORALES SILVIA ANDREA C/ GRANADO HECTOR GUILLERMO 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 471379/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"ODDO CARINA ALEJANDRA C/ TORRES GONZALO EZEQUIEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 501438/2014) – Sentencia: 56/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"MOSQUEIRA JORGE FRANCISCO Y OTROS C/ SANDOVAL CRISTIAN MARCELO S/ D. y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTOR (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 I – (Expte.: 14381/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"CUCARESSE EDUARDO ROBERTO C/ GUTIERREZ CIFUENTES PRISCILA Y OTROS 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469490/2012) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

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

- **"JIMENEZ HECTOR DANIEL C/ BONATO ROLANDO JAVIER Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419019/2010) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"SOTO LUIS ANTONIO C/ VIVANCO RUBEN S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470508/2012) – Sentencia: 58/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto

Derecho colectivo del trabajo

- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (E.P.E.N.) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551**" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505049/2015) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"PETERSEN NATALIA MARCELA Y OTROS C/ CONS. PROF. AGRIM. GEOL. E ING. NQN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 446734/2011) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

Derechos del niño

- **"M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63118/2014) – Interlocutoria: 116/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

Despido

- **"LAZZALETTA JUAN PABLO C/ CENTRO AUTOMOTORES S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 447953/2011) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto

Empleo público

- **"MOSQUEDA GLADYS MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3113/2010) – Acuerdo: 58/16 – Fecha: 26/07/2016 ver texto

- **"ZURITA RAFAEL C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2813/2009) – Acuerdo: 123/16 – Fecha: 14/12/2016 ver texto
- **"TAPIA MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3531/2011) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 04/02/2017 ver texto
- **"CARRILLO MARCELA MABEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3044/2010) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

Etapas del proceso

- **"OYARZUN ERNESTO CEFERINO C/ ESPINOZA SAAVEDRA MIGUEL ARIEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459134/2011) – Interlocutoria: 86/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO"** - 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.: 434/1998) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

Expresión de agravios

- **"C. M. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11462/2014) - Sentencia: 09/17 - Fecha: 22/02/2017 ver texto

Extraordinarios locales

- "**ACEVEDO FERMINA NORMA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 113/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"FERNANDOIS ERNESTO FABIÁN C/ MENDOZA JOAQUÍN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 427413/2010) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"VÁZQUEZ DOMINGO DE LA CRUZ C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 121/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto

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

- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE JULIÁN Y FARRECH CAMILO S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21310/2013) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 15/02/2017 ver texto
- **"QUINTRILEO MAGDALENA KARINA C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 142/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 01/03/2017 ver texto

Gastos del juicio

- **"ROMANOS PABLO ALEJANDRO Y OTRO C/ ASOC. FOMENTO RURAL EL CARANCHO S/ ACCION REIVINDICATORIA X CUERDA 368320/8"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 393850/2009) – Interlocutoria: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto

Gastos del proceso

- **"DAVILA OSCAR FABIAN C/ DAVILA DE STEINETZ ADRIANA MABEL S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508116/2015) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"MUNOZ MARIA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DANOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 139765/1994) – Interlocutoria: 71/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

Homicidio culposo

- **"DE OLIVEIRA MARIO ADOLFO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15151/2014) – Sentencia: 03/17 - Fecha: 09/02/2017 ver texto

Impuestos

- **"UBALDINI JORGE ESTEBAN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3234/2010) – Acuerdo: 08/08 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"ARDITO HECTOR ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6025/2014) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto

Jubilaciones y pensiones

- **"ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4059/2012) – Acuerdo: 90/16 - Fecha: 05/10/2016 ver texto
- **"BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4186/2013) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"ZABERT ARIEL ENRIQUE Y OTRAS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4758/2014) – Acuerdo: 24/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5056/2014) – Acuerdo: 29/17 – Fecha: 09/02/2017 ver texto
- **"AGÜERO ANITA DEL VALLE Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1647/2006) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"LACRUZ HERMINIA MERCEDES C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3675/2012) – Acuerdo: 27/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"MENDOZA BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4763/14) – Acuerdo: 31/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto

Medidas cautelares

- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 2017/2017) – Interlocutoria: 57/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"CASTILLO ADRIAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción

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

Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 430415/2010) – Interlocutoria: 61/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto

- **"AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2017) – Interlocutoria: 41/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"PAVLIN MARÍA ALEJANDRA C/ PEREZ RICARDO OMAR S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 11040/2008) – Interlocutoria: 74/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION"** - 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.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 ver texto

Obligaciones de dar sumas de dinero

- **"ILI ADOLFO SILVIO C/ CNS APAG S. A. S/ COBRO ORDINARIO 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.: 44497/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

Organización de la justicia

- **"FERRARA SILVIA LEONOR C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - 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.: 39652/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto

Partes del proceso

- **"VAZQUEZ MIRTA GRACIELA C/ FALLETTI HORACIO ROBERTO Y OTRO S/ TERCERIA E/A 220561/99"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 430120/2010) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"LONAC JUAN LUIS C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501853/2014) – Interlocutoria: 90/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

Persona humana

- **"B. C. R. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA"** - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 50763/2011) – Sentencia: S/N – Fecha: 30/03/2017 ver texto

Principio de congruencia

- **"ANTIGUAL CLAUDIO DANIEL; RAMOS CLAUDIO DAVID; STERLI FRANCO MARCOS TOMAS S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO" -** Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 19173/2015) – Sentencia: 06/17 - Fecha: 17/02/2017 ver texto

Procedimiento laboral

- **"BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1877/2017) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"DURAND SANDRO WALTER C/ EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1858/2017) – Interlocutoria: 121/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto

Procesos de conocimiento

- **"A.C.U. de N. C/ AMX ARGENTINA S.A. CLARO S/ REPETICIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 26/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto

Procesos de ejecución

- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ VISTA SUR S.A. EN FORMACION S/ APREMIO" -** Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67717/2015) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto

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

- **"ZALAZAR LORENA NATALIA C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470377/2012) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 526666/2014) – Sentencia: 41/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ MONDELEZ ARGENTINA S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 486557/2012) – Sentencia: 73/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"I.P.V.U. C/ BIASSI ANGUEL MARTÍN Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 515081/2014) – Sentencia: 53/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A/ 70093/15"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2016) - Interlocutoria 82/17 - Fecha: 20/04/2017 ver texto

Procesos especiales

- **"VELASQUEZ ELISABETH DEL CARMEN C/ MALLA MARIA ESTHER Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472307/2012) – Sentencia 53/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"AMMANN ALDO RUBEN C/ PERALES MARIA CELIA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472514/2012) – Sentencia: 40/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"TRONCOSO MARTA C/ GARCIA ROSA Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 477119/2013) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"DRES. DANTE HUARTE, CARLOS FAZZOLARI Y GRECIA ARRATIA ORTIZ E/A BARRERA LARENAS JAIME C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA S/ QUEJA"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción

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

Judicial – Sala II – (Expte.: 7019/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto

Proceso sucesorio

- **"GODOY GREGORIO Y OTRO S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500207/2013) – Interlocutoria: 69/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto

Régimen de visitas

- **"P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1203/2016) – Interlocutoria: 101/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

Resoluciones judiciales

- **"P. R. E. B. S/ AUTORIZACION PARA VIAJAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80556/2017) – Interlocutoria: 95/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto

Responsabilidad civil

- **"LOPEZ JOVE MARCIO RUBEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474695/2013) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 23/02/2017 ver texto

Responsabilidad contractual del estado

- **"BILLAR FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL EDUCACION S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421965/2010) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto

Responsabilidad extracontractual del estado

- **"DELGADO ACUÑA ALICIA SANDRA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3365/2011) – Acuerdo: 93/16 – Fecha: 11/10/2016 ver texto
- **"MARIFIL CARLOS ARGENTINO C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2109/2007) – Acuerdo: 100/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"SOTO LUIS ADRIÁN C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3347/2011) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"RUDOLF HUGO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1529/2005) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto

Sanciones

- **"ASOCIACIÓN MUTUAL TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN "PATAGONIA" C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3954/2012) – Acuerdo: 122/17 – Fecha: 12/12/2016 ver texto

Sanciones disciplinarias

- **"GODOY MARCELO FABIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2622/2009) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 02/02/201 ver texto

Seguros

- **"BELLO DANIEL C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ COBRO DE SEGURO – LEY 24240-"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506906/2015) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"AGUERO ANA ANGELA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461690/2011) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto

Sociedad conyugal

- **"R. C. G. C/ O. F. D. C. S/ DIVORCIO"** - 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.: 43846/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

Tenencia

- **"W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 48888/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

Unificación de penas

- **"A. M. R. S/ ROBO CALIFICADO; ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GDO. TTVA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 10909/2014) – Sentencia: 02/17 - Fecha: 03/02/2017 ver texto

Valoración de la prueba

- **"CASTILLO GUIDO NICOLAS S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20375/2015) – Sentencia: 05/17 - Fecha: 16/02/2017 ver texto

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

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

Por Carátula

- **“A.C.U. de N. C/ AMX ARGENTINA S.A. CLARO S/ REPETICIÓN”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 26/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"A. M. R. S/ ROBO CALIFICADO; ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GDO. TTVA"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 10909/2014) – Sentencia: 02/17 - Fecha: 03/02/2017 ver texto
- **“ACEVEDO FERMINA NORMA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 113/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"ACUDEN C/ E.P.A.S. S/ D.Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 465910/2012) – Sentencia: 63/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"AFIP-DGI S/ VERIFICACION TARDIA E/A TRAUCO S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63439/2016) – Interlocutoria: 133/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"AGUERO ANA ANGELA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461690/2011) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"AGÜERO ANITA DEL VALLE Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1647/2006) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2017) – Interlocutoria: 41/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3726/2012) – Acuerdo: 32/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5056/2014) – Acuerdo: 29/17 – Fecha: 09/02/2017 ver texto

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

- **"AMMANN ALDO RUBEN C/ PERALES MARIA CELIA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472514/2012) – Sentencia: 40/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"ANTIGUAL CLAUDIO DANIEL; RAMOS CLAUDIO DAVID; STERLI FRANCO MARCOS TOMAS S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 19173/2015) – Sentencia: 06/17 - Fecha: 17/02/2017 ver texto
- **"ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4059/2012) – Acuerdo: 90/16 - Fecha: 05/10/2016 ver texto
- **"ARDITO HECTOR ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6025/2014) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"ARVEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4030/2012) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"ASOCIACIÓN MUTUAL TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN "PATAGONIA" C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3954/2012) – Acuerdo: 122/17 – Fecha: 12/12/2016 ver texto
- **"ASOCIACIÓN NEUQUINA DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4126/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto
- **"B. C. R. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA"** - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 50763/2011) – Sentencia: S/N – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"BAEZ ADRIAN ESTEBAN 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 467708/2012) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"BARATELLI CARRIZO GLADYS BEATRIZ C/ NATUREL S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505414/2015) – Interlocutoria: 107/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

- **"BARRIA CYNTIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. – MALA PRAXIS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428514/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"BARROS CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 460005/2011) – Sentencia: 68/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"BELLO DANIEL C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ COBRO DE SEGURO –LEY 24240-"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506906/2015) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4186/2013) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1877/2017) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"BILLAR FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL EDUCACION S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421965/2010) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"BUSTO GUSTAVO ARIEL C/ MARQUEZ GUSTAVO RODOLFO 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 472731/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"C. M. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11462/2014) - Sentencia: 09/17 - Fecha: 22/02/2017 ver texto
- **"CARRILLO MARCELA MABEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3044/2010) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"CASTAÑOLA ALBERTO C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2955/2010) – Acuerdo: 73/16 – Fecha: 23/08/2016 ver texto

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

- **"CASTILLO ADRIAN 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 430415/2010) – Interlocutoria: 61/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"CASTILLO GUIDO NICOLAS S/ ROBO CALIFICADO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20375/2015) – Sentencia: 05/17 - Fecha: 16/02/2017 ver texto
- **"CEBALLOS ROLANDO C/ EMCOPAT S. A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE DE LA RELACIÓN LABORAL S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES"** - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción Judicial – Sala II – (Expte.: 20879/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION"** - 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.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017 ver texto
- **"CORBOULD ANGEL ABEL C/ RS TRAILERS S.R.L S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 449826/2011) – Sentencia: 57/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"CUCARESSE EDUARDO ROBERTO C/ GUTIERREZ CIFUENTES PRISCILA Y OTROS 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469490/2012) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"DAVILA OSCAR FABIAN C/ DAVILA DE STEINETZ ADRIANA MABEL S/ DIVISION DE CONDOMINIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508116/2015) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"DE OLIVEIRA MARIO ADOLFO S/ HOMICIDIO CULPOSO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15151/2014) – Sentencia: 03/17 - Fecha: 09/02/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO"** - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 178302/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 23/02/2017 ver texto
- **"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 846/2015) – Sentencia: 54/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto

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

- **"DELGADO ACUÑA ALICIA SANDRA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3365/2011) – Acuerdo: 93/16 – Fecha: 11/10/2016 ver texto
- **"DRES. DANTE HUARTE, CARLOS FAZZOLARI Y GRECIA ARRATIA ORTIZ E/A BARRERA LARENAS JAIME C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA S/ QUEJA"** - 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.: 7019/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto
- **"DUARTE EDMUNDO AXELY OTRO C/ SANTA ANGELA S.R.L. S/ REVISION DE CONTRATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 473274/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"DURAND SANDRO WALTER C/ EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1858/2017) – Interlocutoria: 121/17 – Fecha: 27/04/2017 ver texto
- **"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (E.P.E.N.) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505049/2015) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"FERRARA SILVIA LEONOR C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO"** - 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.: 39652/2014) - Acuerdo: S/N – Fecha: 20/02/2017 ver texto
- **"FERNANDOIS ERNESTO FABIÁN C/ MENDOZA JOAQUÍN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 427413/2010) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"FLORES OLGA ESTHER C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502422/2014) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"FUNEZ WILSHON ALBERTO C/ OLIVA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474507/2013) – Sentencia: 50/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto

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

- **"GIMENEZ FREDY C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424162/2010) – Sentencia: 46/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"GODOY GREGORIO Y OTRO S/ SUCESION AB-INTESTATO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500207/2013) – Interlocutoria: 69/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"GODOY MARCELO FABIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2622/2009) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 02/02/201 ver texto
- **"GUZMAN NORBERTO EDUARDO C/ GOMEZ CARMEN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 455357/2011) - Sentencia: 77/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"HOSSIAN ALEJANDRO ARMANDO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3054/2010) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"I.P.V.U. C/ BIASSI ANGUEL MARTÍN Y OTRO S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 515081/2014) – Sentencia: 53/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO"** - 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.: 434/1998) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"ILI ADOLFO SILVIO C/ CNS APAG S. A. S/ COBRO ORDINARIO 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.: 44497/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"JARA MARIA LILIANA C/ HORIZONTE CIA. ARG. SEG. GR. S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 456572/2011) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"JEVENES REYES CLAUDIA SILVANA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3956/2012) – Acuerdo: 23/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto

- **"JIMENEZ HECTOR DANIEL C/ BONATO ROLANDO JAVIER Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419019/2010) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A/ 70093/15"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2016) - Interlocutoria 82/17 - Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"LACRUZ HERMINIA MERCEDES C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3675/2012) – Acuerdo: 27/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"LAZZALETTA JUAN PABLO C/ CENTRO AUTOMOTORES S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 447953/2011) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"LONAC JUAN LUIS C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ POSESION VEINTEAÑAL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501853/2014) – Interlocutoria: 90/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"LOPEZ JOVE MARCIO RUBEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474695/2013) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 23/02/2017 ver texto
- **"M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63118/2014) – Interlocutoria: 116/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"MARIFIL CARLOS ARGENTINO C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2109/2007) – Acuerdo: 100/16 – Fecha: 21/10/2016 ver texto
- **"MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424426/2010) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"MENDEZ HECTOR OSVALDO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO LART 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471960/2012) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 07/03/2016 ver texto

- **"MENDOZA BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4763/14) – Acuerdo: 31/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"MILLAQUEO PINO MIGUEL ANGEL C/ PACHER FERRUCIO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473667/2013) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"MORALES SILVIA ANDREA C/ GRANADO HECTOR GUILLERMO 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 471379/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **“MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD”** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4794/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"MOSQUEDA GLADYS MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3113/2010) – Acuerdo: 58/16 – Fecha: 26/07/2016 ver texto
- **"MOSQUEIRA JORGE FRANCISCO Y OTROS C/ SANDOVAL CRISTIAN MARCELO S/ D. y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTOR (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 I – (Expte.: 14381/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ LARREA JORGE HECTOR S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 524351/2014) – Interlocutoria: 94/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ MONDELEZ ARGENTINA S.A. S/ APREMIO”** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 486557/2012) – Sentencia: 73/17 – Fecha: 20/04/2017
- **"MUNOZ MARIA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DANOS Y PERJUICIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 139765/1994) – Interlocutoria: 71/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"NEUQUEN TEXTIL S.R.L. C/ ALCOCER JULIA DEL CARMEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509608/2017) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 15/03/2017 ver texto

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

- **"NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 454223/2011) – Sentencia: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 2017/2017) – Interlocutoria: 57/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"ODDO CARINA ALEJANDRA C/ TORRES GONZALO EZEQUIEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 501438/2014) – Sentencia: 56/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"OJEDA JULIO DE JESUS C/ U.O.C.R.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 428782/2010) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"OYARZUN ERNESTO CEFERINO C/ ESPINOZA SAAVEDRA MIGUEL ARIEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459134/2011) – Interlocutoria: 86/17 – Fecha: 23/03/2017 ver texto
- **"P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1203/2016) – Interlocutoria: 101/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"P. R. E. B. S/ AUTORIZACION PARA VIAJAR"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80556/2017) – Interlocutoria: 95/17 – Fecha: 28/03/2017 ver texto
- **"P. S. C/ T. R. A. Y OTRA S/ INC. DE ELEVACIÓN"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1266/2016) – Interlocutoria: 81/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"PARRA ARANEDA ZULMA VIVIANA C/ ASEG. HORIZONTE CIA. ARG. SEG. S.A. 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469740/2012) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"PARRA PARRA JOVINA DEL CARMEN C/ LIMPIOLUX S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468883/2012) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

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

- **"PAVLIN MARÍA ALEJANDRA C/ PEREZ RICARDO OMAR S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 11040/2008) – Interlocutoria: 74/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN 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 – Secretaría Sala I - (Expte.: 471626/2012) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"PERALTA MABEL ANTONIA C/ PERALTA NANCY ANDREA S/ ACCION DE SIMULACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 6481/2014) – Sentencia: 42/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"PETERSEN NATALIA MARCELA Y OTROS C/ CONS. PROF. AGRIM. GEOL. E ING. NQN S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 446734/2011) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 526666/2014) – Sentencia: 41/17 – Fecha: 21/03/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE JULIÁN Y FARRECH CAMILO S/ APREMIO"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21310/2013) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 15/02/2017 ver texto
- **"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ VISTA SUR S.A. EN FORMACION S/ APREMIO"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67717/2015) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 09/03/2017 ver texto
- **"QUINTRILEO MAGDALENA KARINA C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS"** - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 142/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 01/03/2017 ver texto
- **"QUIROGA JOSE WALTER Y OTRO C/ MANSILLA ANTONIO MIGUEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 388386/2009) – Sentencia: 31/17 – Fecha: 02/03/2014 ver texto
- **"R. C. G. C/ O. F. D. C. S/ DIVORCIO"** - 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.: 43846/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017 ver texto

- **"REYES CLAUDIA KARINA C/ VASQUEZ MARCELO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Saña III – (Expte.: 465491/2012) – Sentencia: 24/17 – Fecha: 16/02/2017 ver texto
- **"REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467651/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472956/2012) – Sentencia: 61/17 – Fecha: 06/04/2017 ver texto
- **"ROMANOS PABLO ALEJANDRO Y OTRO C/ ASOC. FOMENTO RURAL EL CARANCHO S/ ACCION REIVINDICATORIA X CUERDA 368320/8"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 393850/2009) – Interlocutoria: 37/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"RUDOLF HUGO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1529/2005) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"SAN MARTIN CLAUDIA VERONICA C/ PATAGONIA AR S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508176/2016) – Interlocutoria: 96/17 – Fecha: 04/04/2017 ver texto
- **"SOTO LUIS ADRIÁN C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3347/2011) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"SOTO LUIS ANTONIO C/ VIVANCO RUBEN S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470508/2012) – Sentencia: 58/17 – Fecha: 20/04/2017 ver texto
- **"T. G. N. C/ C. J. I. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 72828/2015) – Interlocutoria: 88/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"T. M. S. C/ M. G. F. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA E/A "INC. 143/2012""** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1197/2016) – Interlocutoria: 64/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto

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

- **"TAPIA MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3531/2011) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 04/02/2017 ver texto
- **"TOLENTINO S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4346/2013) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"TOME ANTONIO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 471913/2012) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"TRONCOSO MARTA C/ GARCIA ROSA Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 477119/2013) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 18/04/2017 ver texto
- **"UBALDINI JORGE ESTEBAN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3234/2010) – Acuerdo: 08/08 – Fecha: 02/02/2017 ver texto
- **"URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART."** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 445944/2011) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 21/02/2017
- **"VALDEBENITO JUAN CARLOS C/ YOPOLO SUSANA CONCEPCION Y OTROS S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 392856/2009) – Sentencia: 33/17 – Fecha: 07/03/2017 ver texto
- **"VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 472397/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 02/03/2017 ver texto
- **"VÁZQUEZ DOMINGO DE LA CRUZ C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 121/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 07/02/2017 ver texto
- **"VAZQUEZ MIRTA GRACIELA C/ FALLETTI HORACIO ROBERTO Y OTRO S/TERCERIA E/A 220561/99"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 430120/2010) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 21/02/2017 ver texto
- **"VEGA ROBERTO RAFAEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I

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

Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418758/2010) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto

- **"VELASQUEZ ELISABETH DEL CARMEN C/ MALLA MARIA ESTHER Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472307/2012) – Sentencia 53/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 48888/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 11/04/2017 ver texto
- **"ZABERT ARIEL ENRIQUE Y OTRAS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4758/2014) – Acuerdo: 24/17 – Fecha: 06/02/2017 ver texto
- **"ZALAZAR LORENA NATALIA C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470377/2012) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 14/03/2017 ver texto
- **"ZANONA FERNANDO MARCELO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Secretaría Sala I - (Expte.: 455821/2011) – Sentencia: 39/17 – Fecha: 16/03/2017 ver texto
- **"ZUNIGA CARLOS S/ INC. REDARGUCION DE FALSEDAD"** - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 31441/2009) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 30/03/2017 ver texto
- **"ZURITA RAFAEL C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"** – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2813/2009) – Acuerdo: 123/16 – Fecha: 14/12/2016 ver texto

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

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

"MOSQUEDA GLADYS MONICA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3113/2010) – Acuerdo: 58/16 – Fecha: 26/07/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADOS PUBLICOS. FISCALIA DE ESTADO. PROCURADORES. PERSONAL CONTRATADO. PLANTA POLITICA. ESTABILIDAD DEL EMPELADO PÚBLICO. INDEMNIZACION POR DESPIDO. DISIDENCIA. REINCORPORACION. INDEMNIZACION POR DAÑO.

1.- Así como no podría mediante una interpretación extensiva de las disposiciones estatutarias, reconocer derechos –en el caso a la estabilidad en el empleo- a quienes no se encuentran alcanzados por ese régimen, tampoco podría, con sustento en estas mismas disposiciones, imponerse a la Administración el reconocimiento del status de "empleado de planta permanente" a quien no fue investido formalmente de tal calidad. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

2.- Desde que la actora no fue "ingresada" a la Administración en los términos estatutarios indicados (acto de nombramiento en planta permanente), no es posible considerar que exista en el caso, un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo, aquella prevista en el art. 2 del Estatuto para los agentes que se encuentren definitivamente incorporados. En efecto, la vinculación, primero contractual y luego en "planta política" (sin vocación de permanencia, "hasta la finalización de la gestión de gobierno") no está alcanzada por la garantía de estabilidad en el empleo. Consecuentemente, no es posible acoger la pretensión de "reincorporación" perseguida por la accionante. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

3.- En tanto no aparece cuestionado el lapso temporal durante el cual se extendió la vinculación con la demandada (aprox. 8 años); tampoco el tipo de tareas desarrolladas (funciones atinentes a las gestiones de despacho de la Fiscalía de Estado; procuración de causas judiciales); el otorgamiento de licencia e informe de liquidación de haberes bajo rubros propios de los empleados de planta permanente, etc., aun cuando ha de observarse un criterio restrictivo en la ponderación de las circunstancias que rodean este tipo de designaciones (las que deben ser examinadas en función de las particularidades de cada caso, en atención al alto grado de discrecionalidad que importa la elección de los agentes en esta categoría –no hay concurso, ni generalmente se invocan las razones de mérito que llevaron a la designación), en el supuesto, la prueba rendida en la causa resulta suficiente para concluir que la situación merece atendibilidad desde la óptica de la protección del trabajo en todas sus formas. (del voto del Dr. Kohon, en mayoría).

4.- Al personal transitorio de la administración pública provincial y salvo regímenes especiales, le es aplicable la disposición del art. 3 del EPCAPP, según el cual el derecho subjetivo a la estabilidad nace cuando el agente cumple tres años de servicios efectivos continuos o cinco discontinuos…Estamos de tal modo en presencia de la fuente de la obligación de estabilidad, cual es el art. 3 del EPCAPP…" (cfr. también Acuerdo 536/98 causa "Lerner"). (del voto del Dr.

Massei, en minoría).

5.- Las tareas desempeñadas por la actora, el tiempo por el que se prolongó la vinculación y el trato dispensado, no se corresponden con una designación precaria y con las notas caracterizantes de una designación de tipo "política" (aquellas que se encuentran excluidas del alcance del Estatuto aplicable), no cabe mas que reconocer a la accionante el status de personal estable, cobrando relevancia el carácter operativo del derecho a la estabilidad consagrado constitucionalmente. Consecuentemente, su incorporación a la planta de personal permanente de la Administración se impone. (del voto del Dr. Massei, en minoría).

6.- Ponderando la prueba rendida en la causa, de la que surge que la actora no ha obtenido un trabajo remunerado y estable (quedó acreditada la prestación de servicios por unos meses en el año 2008 a favor de un estudio jurídico) y los testimonios prestados en autos, a fin de establecer el monto de la condena, debe estarse a lo que la propia experiencia le indica a los juzgadores. Así, siguiendo la línea que he mantenido en votos análogos, estimo prudencial que se otorgue, en concepto de indemnización por el daño que le generó el accionar ilegítimo de la Administración, por todo concepto, el monto equivalente al 15% del total de las remuneraciones que le hubiere correspondido percibir, en el supuesto de haber trabajado durante el tiempo transcurrido entre la desvinculación y su efectiva reincorporación. (del voto del Dr Massei, en minoría).

7.- En el voto que abre el Acuerdo –Dr. Kohon- se fundamentan las razones por las cuales la situación solo amerita el otorgamiento de una indemnización frente a la finalización del vínculo –no el reconocimiento del carácter de personal estable- y por ende se desestima la pretendida "reincorporación"; en el voto del Dr. Massei, se reconoce el status de personal permanente y por ende se propicia la reincorporación de la actora, más el pago de una suma de dinero en concepto indemnizatorio (15% de los haberes dejados de percibir en el lapso comprendido entre la desvinculación y la efectiva reincorporación). Luego, considerando que sólo debo dirimir aquella cuestión en la que los Sres. Vocales no acuerdan, estimo que la solución propiciada por el Dr. Kohon es la que mejor se adecua al caso, toda vez que a la par de otorgar una debida protección en mérito a los ostulados constitucionales vinculados con el derecho al trabajo y su protección (art. 37 y 38 de la Constitución Provincial), concilia también los restantes vinculados con el acceso a los cargos públicos (art. 156 C.P.), los principios orientadores de la Administración del Estado, (eficacia, eficiencia, equidad, igualdad) y la creación de empleos "necesarios y justificados" (art. 153 C.P). (del voto del Dr. Elosú Larumbe, de la mayoría).

Texto completo:

ACUERDO Nº 58. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiséis días del mes de julio 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 y, por existir disidencia parcial, con el señor Presidente Subrogante Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MOSQUEDA GLADYS MONICA

C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3113/10, 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. 10/19 se presenta la Sra. Gladys Mónica Mosqueda, mediante apoderados e inicia formal demanda contra la Provincia de Neuquén. Impugna por ilegitimidad el Decreto 641/10, solicita la declaración de inexistencia parcial de los Decretos 49/03 y 443/04 y el cese de la conducta de hecho de la Administración que, a partir de diciembre de 2007, le impidió continuar con su prestación de los servicios remunerados y por ende la percepción de los haberes. Asimismo, pretende la reparación de los perjuicios sufridos y sus intereses.

Subsidiariamente reclama se establezca una indemnización conforme el régimen indemnizatorio regulado para los trabajadores argentinos que no son considerados empleados públicos, también con intereses.

Manifiesta que ingresó a la Administración Pública como contratada el 1° de abril de 2000 y que desempeñó tareas, en forma continua y sin modificaciones por casi 8 años, en el control y gestión del despacho diario de los expedientes de la Fiscalía de Estado.

Explica que fue contratada durante 2 años y 9 meses; con sucesivos contratos: el primero desde 1° de abril de 2000 al 31 de diciembre de 2000; el segundo desde el 1° de enero al 31 de diciembre de 2001 y el último desde el 1° de enero hasta el 31 diciembre del 2002. Luego, sin interrupción, ni modificación de las funciones que prestaba, se cambió su situación mediante el Decreto 49/03 y fue designada como personal de la Secretaría de Estado General de la Gobernación para desempeñarse en la estructura de la Fiscalía de Estado de la Provincia de Neuquén.

Alude al acto administrativo de designación y señala que, absurdamente, su ingreso fue calificado como "político", con la intención de neutralizar los derechos para que resultara temporaria y concomitante a la gestión gubernamental de la persona que encarnaba el órgano ejecutivo al momento del nombramiento.

Agrega que lo mismo aconteció con el Decreto 443/04 que consigna la necesidad de incorporar a la Secretaría General de la Gobernación "la estructura funcional de la Fiscalía de Estado y a los funcionarios que se desempeñan en la misma".

Expresa que continuó con sus labores hasta que en diciembre de 2007 se le impidió de hecho el ingreso a su lugar de trabajo y se le denegó el pago de sus servicios. De esta forma, dice, fue expulsada sin explicación ni acto administrativo a 7 años y nueve meses de prestar servicios remunerados e ininterrumpidos y, a 4 años y 11 meses de su nombramiento.

Señala que no ha podido reestablecer su vida laboral. Informa que es madre de familia y tiene una edad difícil para acceder a nuevos trabajos.

Brinda fundamentos de la voluntad administrativa impugnada y analiza el régimen legal aplicable para el personal que presta servicios en la Administración Pública a tenor de las disposiciones del E.P.C.A.P.P.

Afirma que se encuentra comprendida como personal con prestación de servicios remunerados para la Administración Pública, sin encuadrar su situación en las excepciones establecidas, pese a la calificación efectuada. Por ello, indica que, el agregado de "política" a su designación no es correcto, porque las funciones políticas en la Administración Pública, fuera de las que enumeran los incisos a) a e) del art. 1 del E.P.C.A.P.P. no existen.

Expresa que cuando el Sr. Gobernador dictó los Decretos 49/03 y 443/04 produjo una designación válida.

Destaca las diferencias entre el régimen provincial y municipal de empleo, argumentando que, en el primero, el uso caprichoso de la calificación "política" lleva al vicio de desviación de poder.

Por último, dice que se ha conculcado el principio de igualdad (o se ha incurrido en una arbitraria discriminación) porque la totalidad de las personas que ingresaron a la Administración junto con ella continuaron con sus servicios remunerados.

Plantea que, en razón de la privación de su trabajo y su edad -que le ha impedido encontrar otro empleo- además de la reincorporación, debe reconocerse y pagarse los haberes perdidos por la vía de hecho denunciada, con más sus intereses.

Subsidiariamente, requiere se fije una indemnización adoptando, por analogía, la fórmula indemnizatoria prevista en el régimen laboral argentino para efectivizar la estabilidad –al menos impropia- reconocida por el derecho constitucional (art. 11 de la Ley Marco de Regulación de empleo público nacional, Ley 25164).

Efectúa reserva del caso federal.

II.- Decretada la admisión del proceso, mediante R.I. 323/10, la actora opta por el procedimiento ordinario (cfr. 56).

III.- Sustanciada la demanda, a fs. 64/71, se presenta, mediante apoderado, con patrocinio letrado, la Provincia de Neuquén, quien solicita el rechazo de la acción, con costas.

Plantea la defensa de prescripción contra el progreso de la acción para que sea analizada al momento de dictar sentencia.

Niega los vicios que se le endilgan a los actos (artículos 66 inc. a) y 67 incisos a) o s) de la Ley 1284).

Entiende que la calificación de inexistente se realizó con la única finalidad de sortear la prescripción de la acción.

Alude a lo dispuesto por el art. 194 de la Ley 1284 y señala que la acción se inició el 20/5/10 es decir a 7 años y 4 meses desde el primer decreto impugnado y a 6 años, 1 mes y 14 días del segundo.

Indica que al momento de interponer el primer reclamo administrativo, con fecha 29/10/09, ya habían transcurrido 6 años y casi 9 meses desde la emisión del Decreto 49/03 y cinco años y 6 meses desde la emisión del Decreto 443/04.

Explica que para que se produzca la suspensión, el reclamo debe interponerse antes que transcurra el plazo previsto por la ley.

Dice que la actora no puede alegar que desconocía los decretos o no estar notificada, porque durante ese tiempo trabajó para el Estado provincial en la planta política, cobró su sueldo e hizo uso de sus licencias. Cita jurisprudencia.

Efectúa la negativa de los hechos planteados por la actora. Menciona los antecedentes y fundamentos del Decreto 641/10 que agota la vía administrativa.

Sostiene y explica la improcedencia de la demanda. Afirma que no obstante pedir se declare la inexistencia parcial de los decretos que la designaron en la planta política, la actora no impugnó en sede administrativa el Decreto 49/03, haciéndolo sólo respecto al Decreto 443/04, razón por la cual y por aplicación de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 1305 no podrá ser analizada su legitimidad en sede judicial.

Expresa que no existió en el caso violación a la garantía de estabilidad del empleo porque la agente nunca la adquirió. La actora era una agente de planta política y su prestación de servicios terminó al culminar la gestión, sin que sea necesaria la existencia de un acto administrativo que lo dispusiera o la iniciación de un sumario administrativo.

Desde los artículos pertinentes del E.P.C.A.P.P. plantea que la actora ingresó originariamente como personal contratado, excluida del Estatuto; posteriormente, en el 2003 se la designó en planta política hasta la terminación de la gestión, es decir hasta diciembre de 2007.

Afirma que no existió fraude de parte del Estado, como tampoco violación al principio de igualdad ante la ley.

Concluye que la demanda no puede prosperar: toda vez que los Decretos 49/03 y 443/04 son legítimos. No se observan en los mismos vicios que pudieran acarrear su nulidad, mucho menos su inexistencia.

Respecto al pedido de pago de los haberes, para el hipotético caso de la reincorporación, requiere su rechazo y la improcedencia del pago de salarios caídos.

IV.- La actora responde el traslado del planteo de prescripción y solicita su rechazo.

Explica que la defensa se encuentra íntimamente ligada a la resolución de fondo, porque su argumentación reside en la calificación como “política” de su designación, pese a cumplir funciones de seguimiento y procuración de expedientes judiciales.

Manifiesta que si en la sentencia se considera que le asiste razón, no habrá nada que discutir respecto a la prescripción, en atención a la imprescriptibilidad de la acción impugnatoria de vicios muy graves (art. 71 inc. e).

Para el supuesto de que el vicio se encuadre en el supuesto de nulidad (grave, art. 67), como propone la Fiscalía, dice que existen otras razones que conducen al rechazo de la defensa.

Alega que, hasta que fue expulsada, ninguna afectación se había producido en su derechos ya que desde el año 2002 al 2005 –período de transición de contratada a designada- llevó adelante sus funciones en la Fiscalía de Estado sin alteración o interrupción alguna.

V.- A fs. 78 se recibe la causa a prueba; se clausura el período probatorio a fs. 358 y a fs. 364/371 se agrega alegato de la parte actora y a fs. 372/374 de la demandada.

VI.- A fs. 376/381 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el rechazo de la demanda interpuesta.

VII.- A fs. 382 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Ahora bien, entrando al análisis del conflicto traído, es claro que en la pretendida declaración de “inexistencia parcial” de los Decretos 49/03 y 443/04 –por medio de los cuales se designó a la actora en la “planta política”-, se refleja toda una construcción argumentativa tendiente a patentizar que, bajo el ropaje de una designación transitoria, subyació -en rigor- una relación de empleo de carácter permanente que impedía dar por finalizada la relación laboral del modo en que se hizo.

Y ese es el aspecto que merece ser atendido pues involucra el compromiso de una garantía receptada constitucionalmente, tal la de “estabilidad en el empleo”.

A todo evento, vale advertir, que si el conflicto quedara reducido al análisis de los actos administrativos impugnados, dados los vicios que se les atribuyen, éstos no encuadrarían en la categoría de “muy graves” sancionados con la “inexistencia” y por ende, imprescriptibles, sino con aquellos identificados como vicios “graves” causantes de su nulidad y por ende, alcanzados por la prescripción de cinco años (art. 191 de la Ley 1284). Cuestión, ésta última, que motivó la defensa de prescripción opuesta por la demandada.

Es que, la “absurdidad de la calificación política dada a las funciones administrativas” (argumento central de la descalificación) no hace, como dice la actora, que el vicio sea muy grave (art. 66 de la Ley 1284), sino que –de ser así- constituiría un vicio grave por estar en discordancia con la cuestión de hecho (inc. a), por resultar irrazonable (inc. m), o por contener una motivación indebida, equívoca o falsa (inc. s) todos del art. 67 de la Ley 1284, sancionados con la declaración de nulidad.

Así, más allá de haber propuesto la cuestión de un modo que, bajo la sanción de “inexistencia parcial” del acto (en lo que se vincula con la “planta política”), permita dejar subsistente la misma “designación” pero en la “planta permanente” –lo que, además, resulta inaceptable pues implicaría tanto como darle a ese acto un efecto que su emisor nunca tuvo en miras-, lo cierto es que, como se dijo antes, el recorrido de análisis que impone la situación es otro.

Se reitera, en consideración a todos los argumentos de demanda y su responde, lo que deberá resolverse es si en este caso se encuentra comprometida la garantía constitucional de estabilidad en el empleo.

En este plano, afirma la actora que desempeñó tareas para la demandada superando el plazo establecido para la adquisición de la estabilidad en el empleo (fijado en el régimen estatutario), realizando tareas que no se corresponden con una designación de tipo “política” y por ello es que, en su posición, le asiste el derecho a exigir el reconocimiento de su calidad de empleada de la planta permanente y los atributos inherentes a la misma.

Entonces, por las razones ya señaladas es que cabe prescindir de la defensa de prescripción opuesta por la demandada, correspondiendo entrar al análisis del iter de la relación laboral mantenida con la Administración para poder advertir si, en verdad, se han vulnerado los derechos que la accionante erige.

VIII.1.- Aclarado lo anterior, sabido es que la designación y baja de agentes compete, en su desenvolvimiento, sólo a la Administración Pública; lo contrario importaría una violación del principio de separación de los poderes dado que el órgano jurisdiccional no puede, sin quebrantar dicho principio, sustituir a la autoridad administrativa en la fijación de las políticas o en la valoración de los criterios de oportunidad otorgados al poder discrecional de ésta (cfr. en este aspecto, a Julio Rodolfo Comadira, “La anulación de oficio del acto administrativo”, págs. 1/7).

Como se ha sostenido en distintos precedentes de este Cuerpo (entre otros “Hernández Liria” Ac. 14/11) en ejercicio de su poder jurisdiccional la magistratura debe ejercer el control de juridicidad del accionar administrativo, presentándose como único valladar la imposibilidad de transformarlo en un medio de intervención indirecta en la determinación de las políticas confiadas a los otros poderes del Estado.

Es que, justamente, esta facultad judicial se sustenta no en la sustitución del criterio de oportunidad, mérito o conveniencia del administrador por el Juez, sino en el inexcusable control de juridicidad y razonabilidad que en nuestro ordenamiento institucional corresponde al Poder Judicial.

Coadyuva a esta posición, el art. 153 de la Constitución Provincial, en cuanto dispone que “sólo se crearán los empleos estrictamente necesarios y justificados”.

Desde éste vértice, mal podría el Poder Judicial disponer el “ingreso” de personal a la planta de empleados permanentes, cuando ello no ha sido considerado, por la propia Administración, como necesario ni justificado.

VIII.2.- Siguiendo dichas premisas, cabe recordar que para ingresar a la Administración como empleado público incluido en el ámbito de aplicación del E.P.C.A.P.P., es necesario la existencia de un acto de nombramiento, y, además, el cumplimiento de los recaudos establecidos en el artículo 7º.

Reunidos la totalidad de estos requisitos, el agente ha de tenerse por “ingresado”.

Limitado a estos alcances la operatividad del artículo 7º -perfilando así un riguroso sistema de ingreso que extrema los recaudos para su confirmación, solución que no se presenta irrazonable si se piensa que los agentes de la administración han de ser ciertamente calificados, para gestionar con idoneidad la cosa pública-, es claro que su mero cumplimiento, tampoco acarrea la adquisición de la garantía de estabilidad.

El título II del EPCAPP se dedica exclusivamente a la “Estabilidad”. Luego de receptar el artículo 2° la garantía constitucional de la estabilidad al preceptuar “Otórgase el derecho de estabilidad a todas las personas comprendidas en el Estatuto, quienes conservarán sus empleos en las condiciones que establece el mismo”, el artículo 3° expresamente determina: “El derecho a la estabilidad que establece el artículo anterior, nace al cumplir los agentes tres años de servicios efectivos y continuos o cinco años de servicios discontinuos, desde su ingreso a la Administración Provincial”.

La normativa en este punto es clara, en tanto reglamenta la garantía de estabilidad en el empleo público y condiciona su adquisición a la prestación de servicios efectivos y continuos durante un período de tres años, o discontinuos durante cinco, computados desde el ingreso a la Administración (cfr. Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B, Lexis 2205/001506).

Y si el derecho a la estabilidad nace, se origina, se adquiere, principia o comienza, cumplidas las condiciones previstas en el artículo 3º, con antelación a los tres años de prestación de servicios efectivos y continuos –o cinco discontinuos- contados desde el ingreso, el agente no se encuentra amparado por la garantía de estabilidad.

Además, queda claro que el derecho a la estabilidad se encuentra reservado para el personal de planta, por lo cual, el personal contratado o temporario no se encuentra amparado por esta garantía.

Conforme a ello, sólo cabe reconocer el derecho consagrado en el artículo 3 del E.P.C.A.P.P. (estabilidad) a aquellos que han sido ingresados formalmente (por acto de autoridad competente) a la planta permanente de la Administración Pública Provincial.

Consecuentemente, así como no podría mediante una interpretación extensiva de las disposiciones estatutarias, reconocer derechos –en el caso a la estabilidad en el empleo- a quienes no se encuentran alcanzados por ese régimen, tampoco podría, con sustento en estas mismas disposiciones, imponerse a la Administración el reconocimiento del status de "empleado de planta permanente" a quien no fue investido formalmente de tal calidad.

VIII.3.- Por otra parte, de acuerdo a la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aún frente al dilatado tiempo de prestación en calidad de contratados, el mero transcurso del tiempo no puede trastocar, por sí, la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración (causas "Rieffolo Basilotta", "Jasso", "Marignac", "Gil", "Galiano", "Castelluccio"); en todos los casos resulta imprescindible el acto expreso de la Administración Pública para que el agente pase a revistar en calidad de permanente.

Así, de la reseña de la doctrina del Máximo Tribunal Nacional puede afirmarse que sólo cabe remitirse al acto de la incorporación y a la voluntad allí manifestada; el problema debe ceñirse a la formalidad del título y no a la legitimidad del reclamo según sus circunstancias (duración total de la relación; tipo de tareas asignadas).

Se puede afirmar, entonces, que existe una clara diferenciación entre las vinculaciones contractuales o transitorias y la originada en el ingreso a la Planta permanente de la Administración y que no es posible que el mero transcurso del tiempo invierta el carácter de dicha vinculación (a menos que estatutariamente esté previsto de ese modo).

IX.- En el caso, la actora suscribió con la Administración tres contratos que se extendieron, el primero desde el 1° de abril 2000 al 31 de diciembre de 2001; el segundo desde el 1 de enero de 2001 al 31 de diciembre de 2001 y el tercero, desde el 1 de enero al 31 de diciembre de 2002 (se agregó Decreto 252/02 que autorizó las contrataciones, modelo de los contratos a fs. 160/166 y contrato fs. 326).

Posteriormente, mediante Decreto 49/03, se la designó "a partir del 1 de enero de 2003 y hasta la finalización de la actual gestión de gobierno en la categoría FUC de Planta Política en la Fiscalía de Estado…, debiendo imputarse a …. del Presupuesto General vigente (prorrogado)…" (legajo personal fs. 2.1.1/2.1.2).

Luego, con el dictado del Decreto 443/04, al aprobarse la estructura orgánica funcional de la Fiscalía de Estado dependiente de la Secretaría de Estado General de la Gobernación, en su artículo 3, se la designó: "a partir del 1 de abril de 2004 en la planta política de la actual gestión de gobierno y hasta finalización de la misma, a los agentes que se detallan en el Anexo III (entre los que se encuentra la actora) para cumplir funciones de procuración en la Fiscalía de Estado ante los estrados judiciales de la Pcia. de Neuquén, debiendo imputarse el gasto…" (fs. 156, de los presentes; el subrayado es propio).

Entonces, en este caso, como puede observarse, desde que la actora no fue "ingresada" a la Administración en los términos estatutarios indicados (acto de nombramiento en planta permanente), no es posible considerar que exista en el caso, un compromiso de la garantía de estabilidad en el empleo, aquella prevista en el art. 2 del Estatuto para los agentes que se encuentren definitivamente incorporados.

En efecto, la vinculación, primero contractual y luego en "planta política" (sin vocación de permanencia, "hasta la finalización de la gestión de gobierno") no está alcanzada por la garantía de estabilidad en el empleo.

Consecuentemente, no es posible acoger la pretensión de "reincorporación" perseguida por la accionante.

Y no resulta apto para variar esta conclusión ninguno de los argumentos traídos por la accionante, pues la ausencia del acto de nombramiento en planta permanente, en mi posición, sella definitivamente la cuestión en este punto.

X.- Tal como fuera advertido al inicio del voto, y continuando con el razonamiento, los argumentos de la accionante en cuanto a la ilegitimidad de la conducta desplegada por la Administración al haberla designado como personal de planta política, bajo la sola finalidad de impedirle alcanzar los derechos estatutarios, aun cuando como argumento no sea hábil para obtener la reincorporación, sirven, en este momento, como hipótesis para el análisis de la situación, de cara a las normas protectorias del trabajo en todas sus formas (art. 38 de la Constitución Provincial) –conforme a la pretensión indemnizatoria subsidiaria efectuada en la demanda para el caso de que no se reconozca el derecho a la reincorporación a la planta de personal permanente-.

En efecto, vale señalar que este aspecto fue objeto de un meditado análisis en el precedente “Tamborindegui” (Ac. 12/11) –si bien para la situación del personal contratado-, al advertirse la existencia de casos en los que la Administración ha hecho un uso ilegítimo de la figura de la contratación o de vinculaciones prolongadas; es decir, cuando detrás de ellas en rigor subyacía una verdadera relación de carácter estable que, en definitiva, impactaba en la garantía de la estabilidad en el empleo.

Pues, sin desconocer las facultades del Estado para organizar y dirigir las actividades necesarias para posibilitar el cumplimiento eficiente de sus servicios a la comunidad, su ejercicio está sometido a las leyes y -fundamentalmente- a la Constitución; el límite sin lugar a dudas se encuentra dado por el denominado “bloque de constitucionalidad”.

Justamente, a partir del fallo “Madorrán”, la Corte Nacional produce un giro en su tradicional posición, enfocándose hacia una visión más protectoria, en concordancia con los principios constitucionales y de las Convenciones Internacionales, sosteniéndose que las potestades y prerrogativas atribuidas ala Administración deben ejercitarse de un modo armónico respetando la esfera de los derechos que la ley le confiere a sus agentes, contenidos principalmente en los arts. 14, 14 bis, 17 y 19 de la C.N., ya que no se trata de meros integrantes de la organización estatal, sino, por el contrario, de personas que tienen derecho a trabajar y a vivir con dignidad.

En este orden, el primero de los ejes del voto mayoritario en “Madorrán” se centra en la consagración del valor supremo de la "persona humana" y la necesidad de protegerla de la discrecionalidad de las autoridades de turno y los vaivenes de la política.

Así, dijo la Corte Suprema en referencia al artículo 14 bis de la Constitución Nacional, “…el primer párrafo de la mencionada norma pone de manifiesto, con toda elocuencia, que el objeto y el sujeto principalísimos sobre los que operó la reforma [de 1957] fueron el universo del trabajo y el trabajador. De tal suerte, bajo la luz del principio protector (“El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes…”) asentaron su plaza en la cúspide del ordenamiento jurídico positivo diversos derechos “inviolables” del trabajador, así como deberes de asegurarlos por parte del Congreso”.

Y agrega una afirmación de extrema importancia: "...el art. 14 bis comprende al trabajo 'en sus diversas formas', lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como de la pública..." (consid. 4°, párr. 3°). En tanto que coloca en un mismo pie de igualdad a ambas relaciones de trabajo —públicas y privadas—, tanto en lo que respecta a la necesaria protección del trabajo humano como al reconocimiento de los mismos derechos individuales y colectivos que les garantiza la mencionada norma constitucional.

Para reafirmar su posición, la mayoría puso especial énfasis en destacar el valor supremo de la persona humana y la necesidad de protegerla, invocando en su apoyo "los principios y pautas de interpretación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (consid. 8°, párr. 1°), realzando el principio pro hombre, que determina que "el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana" (consid. 8°, párr. 3°). Para agregar después que "el precedente Bercaitz de 1974, tuvo oportunidad de censurar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, que contrariaba la jurisprudencia de la Corte, concordante con la doctrina universal: "el principio de favorabilidad" (consid. 8°, párr. 3°, in fine).

La Corte recordó que, para interpretar el art. 14 bis, "…tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justitia socialis. Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serle aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el "bienestar", esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad", memorando también que el principio de la justicia social ha sido expresamente incorporado a la reforma constitucional de 1994 (art. 75, ap. 23)(cfr. De la Fuente, Horacio H. “La Corte Suprema abandona la doctrina autoritaria en materia de empleo público”, LA LEY 2007-E, 682).

Desde esta perspectiva, debe asumirse que el trabajo, en todas sus formas, involucra principios y derechos que están incorporados a declaraciones y tratados de derechos humanos, ratificados por nuestro país y los que luego de la reforma de 1994 tienen jerarquía supra-legal (art. 75 inc. 22), tales como el art. 14 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre; art. 23 de la Declaración Universal de Derechos humanos, art. 6 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, art 6. del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos; y cobra especial relevancia el artículo 4 del Convenio 158 OIT, en cuanto preceptúa que no se pondrá término a una relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada y el art. 12 inc. a), en tanto establece que todo trabajador cuya relación se haya dado por terminada, tendrá derecho a una indemnización por el fin de los servicios.

Tal protección, a su vez, se encuentra receptada en el ámbito local.

El artículo 21 de la Constitución Provincial establece que “los habitantes de la Provincia gozan en su territorio de todos los derechos y garantías enumerados en la Constitución Nacional y en esta Constitución, con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio y de los Derechos del Hombre sancionados por la Organización de las Naciones Unidas en París en 1948, los que se dan por incorporados al presente texto constitucional” (cfr. en lo que aquí importa, ladisposición del artículo 23 inc. 1° de aquella

Declaración que dispone “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias del trabajo y a la protección contra el desempleo”).

Luego, en el título II, Derechos, Capítulo I, Derechos Personales, art. 27, se declara con carácter inviolable y así deberá ser respetado, “el normal ejercicio del trabajo, profesión o medios de vida”.

En el Capitulo II, Derechos Sociales, artículo 37, se establece que “el trabajo es un deber social y un derecho reconocido a todos los habitantes… Al ejercer esta actividad, gozará de la especial protección de las leyes, las que deberán asegurar al trabajador las condiciones de una existencia digna”.

Acto seguido, el artículo 38, impone a la Provincia, mediante la sanción de leyes especiales, la obligación de “asegurar” a todo trabajador en forma permanente y definitiva: libre elección de su ocupación, salario mínimo vital y móvil, jubilaciones y pensiones móviles…, fijación de salarios uniformes para toda la Provincia, la igualdad de salario por igual trabajo con prescindencia de sexo y edad; vacaciones anuales pagas; …estabilidad en el empleo con prohibición absoluta del despido en masa; condiciones de trabajo que aseguren la salud, el bienestar, la vivienda, la educación y la asistencia médica y farmacéutica; seguro social para casos de enfermedad, desempleo, invalidez, vejez y muerte; derecho al salario familiar…; régimen de prevención e indemnización de accidentes y enfermedades…; rehabilitación integral de los discapacitados.

Entonces, como no podría ser de otra manera, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, nuestra Carta Magna Provincial ha consagrado en forma expresa al “normal ejercicio del trabajo” como un derecho personal con carácter inviolable y al “derecho al trabajo” como un derecho social, el que además, por ser un derecho humano, es protegido vigorosamente por el ordenamiento jurídico internacional ya enunciado, reforzando el llamado “principio protectorio”.

Y esa protección especial hacia la “persona” también inspira a los principios que informan la actuación de la Administración, toda vez que la efectividad de los deberes del Estado y de la protección de los derechos, han transformado los contornos y funciones de la Administración Pública Provincial.

Ello se proyecta, además, en la reforma constitucional operada en el año 2006, donde se ha establecido en la Tercera Parte de la Constitución Provincial, “Organización del Estado”, Título I, Principios orientadores, art. 153, que “la administración del Estado en todos sus órganos y niveles, tendrá como principal objetivo de su organización y funcionamiento dar efectividad a los principios, valores y normas consagrados en la Constitución Provincial y en especial, garantizar a todas las personas, sin discriminación alguna, el goce y ejercicio de los derechos en ella consagrados. Se regirá por los principios de eficacia, eficiencia, imparcialidad, equidad, igualdad y publicidad de las normas y actos”.

Recapitulando, la Constitución ordena una conducta activa a la Administración: a partir del reconocimiento del derecho al trabajo, le impone la obligación de protegerlo; desde el punto de vista de estos derechos fundamentales, en la actualidad, sobresale la dimensión protectora: derechos fundamentales como mandatos de protección (cfr. Canda, Fabián “Cuestiones de responsabilidad del Estado y del funcionario Público” Ediciones Rap, pág. 141).

De tal forma, la aplicación de principios protectorios propios del derecho laboral ha trascendido el ámbito privado, para ubicarse en el marco de los principios generales de todas las relaciones de trabajo, los que encuentran su base, como ya fuera advertido, en la dignidad del hombre.

Se puede concluir, entonces, en que el reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores dependientes, tanto públicos como privados, ha sido dispuesto en el derecho positivo internacional, nacional y provincial, acordándose estándares mínimos de protección.

Por ello, si bien se insiste en que el mero transcurso del tiempo no genera el derecho a la incorporación a la planta permanente o a hacerse acreedor de la garantía de estabilidad en sentido propio, es claro que debe acordarse alguna protección pues de lo contrario se diluirían las garantías constitucionales citadas.

Así, de acreditarse que se ha desnaturalizado el uso de las figuras que posibilitan a la Administración recurrir a vinculaciones sin estabilidad, es imperativo buscar una interpretación que, por aplicación del “principio protectorio del trabajo en sus diversas formas”, en conjunción con las disposiciones relativas al régimen de la función pública, permita hacer efectivos tales postulados acordando una indemnización compensatoria.

En esta línea, tal como lo ha apuntado la Corte Nacional en el caso “Ramos”, dado que se trata de reparar la conducta ilegítima de un organismo estatal, la solución debe buscarse primero en el ámbito del derecho público y administrativo (cfr. consid. 9). En función de ello, el Alto Tribunal, a los efectos de establecer el importe de la indemnización, acudió por analogía, a la aplicación de la indemnización prevista por el artículo 11 de la Ley Marco de la Regulación de Empleo Público Nacional (Ley 25164).

No obstante, en ausencia de previsiones legislativas que, en el contexto del derecho público, permitan acordar una medida equitativa para la reparación, se podrá acudir analógicamente a las previsiones de la L.C.T (cfr. Bottasi, Carlos "Ensayos de Derecho Administrativo", Ed. Platense, Capítulo II: "Empleo Público y Derecho Social", pág. 92/93).

Justamente, si de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el empleo público –al igual que en el privado- tienen plena vigencia el principio protectorio y de justicia social, lo cual permite aplicar a dicho vínculo los diferentes principios elaborados por el Derecho del Trabajo a partir de la misma directiva constitucional, la relación de empleo público se regirá, en primer término -tal como lo ha diseñado el constituyente y el legislador- por las normas estatutarias específicas que lo regulan pero, en segundo y subsidiario lugar, se aplicarán por analogía las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, en la medida en que sean compatibles con las características y modalidades del empleo público.

Esta solución es, por lo demás, la que se adecua a la regla de interpretación reclamada en el fallo "Madorran", en tanto se expresara que "el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales…, sumado al principio pro homine, connatural con esos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales".

X.1.- Desde esta perspectiva, resultará medular determinar si, tal como afirma la actora, en su caso, se dan las circunstancias que ameritarían dispensar la protección señalada.

En este sentido, y siguiendo la línea de los precedentes del Tribunal en la materia, vale recordar que no todas las vinculaciones temporarias o transitorias resultan ilegítimas, sino que será el conjunto de circunstancias fácticas (lapso por el que se ha extendido la relación laboral, carácter de las tareas, paridad de condiciones con el personal permanente, etc.), las que razonablemente apreciadas permitirán concluir que la Administración ha actuado en forma arbitraria.

En este sendero transita el voto de la minoría en la causa "Ramos" de la Corte Nacional, al tener por acreditado que el vínculo entre las partes exhibía características típicas de una relación de dependencia de índole estable y, recordar que la naturaleza jurídica de una institución, debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan: "No es el nomen iuris utilizado sino la realidad material, el dato en el que se ha centrado el Tribunal para esclarecer el aspecto antedicho. En igual línea se encuentra la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo (2006) de la OIT, en cuanto para determinar "la existencia de una relación de trabajo", remite principalmente al examen de los hechos, más allá "de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo en contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes (punto 9)… Asimismo, dada la ya enunciada amplitud de la protección constitucionalmente reconocida a toda forma de trabajo dependiente, la acreditación de los extremos que habiliten la contratación de agentes sin permanencia, habrá de ser examinada con criterio restrictivo, atendiéndose en cada caso en particular a la transitoriedad y especificidad del requerimiento. [Fallos 311:2799]".

XI.- En el caso, todo el argumento de demanda está enderezado a demostrar que, en realidad, se recurrió a una calificación de la designación como de tipo "política" cuando ello no se correspondía ni con las tareas para las que fue convocada, ni con las características propias de esa figura excluida del alcance estatutario.

En ese punto, afirma que llevó adelante funciones ordinarias de Procuración de expedientes judiciales de la Fiscalía de Estado, fue remunerada conforme al encuadramiento que se les dio, tomó las licencias de Ley, etc., todo lo cual demostraría que la forma que asumió su vinculación (planta política) traduce una clara desviación de poder, un despropósito y un fraude a la Constitución.

Ahora bien, como se dijo, la actora contó, en primer término, con una vinculación de tipo contractual (1/4/2000 al 31/12/2000; 1/1/2001 al 31/12/2001; 1/1/2002 al 31/12/2002) y luego con la mentada designación en la planta política de la Administración (Decretos 49/3 y 443/04), hasta su desvinculación definitiva en diciembre de 2007.

Luego, conforme surge de las constancias obrantes en la causa, no aparece cuestionado el lapso temporal durante el cual se extendió la vinculación con la demandada (aprox. 8 años); tampoco el tipo de tareas desarrolladas (funciones atinentes a las gestiones de despacho de la Fiscalía de Estado s/contratos adjuntados a la causa, y Decreto 49/3 y 443/4; procuración de causas judiciales; cfr. testimoniales de fs. 111/112/113/114/116/121/122, informe de fs. 289 expedido por la Secretaría de Superintendencia del Tribunal, dando cuenta de la constancia que surge del Libro de Personas autorizadas para revisar y retirar expedientes en autos "Fiscalía de Estado de la Pcia. de Nqn. s/autorización…"); el otorgamiento de licencia (fs. 317- e informe de fs. 338), liquidación de haberes bajo rubros propios de los empleados de planta permanente, (cfr. fs. 203/252) etc.

Entonces, en este contexto, aun cuando ha de observarse un criterio restrictivo en la ponderación de las circunstancias que rodean este tipo de designaciones (las que deben ser examinadas en función de las particularidades de cada caso, en atención al alto

grado de discrecionalidad que importa la elección de los agentes en esta categoría –no hay concurso, ni generalmente se invocan las razones de mérito que llevaron a la designación), en el supuesto, la prueba rendida en la causa resulta suficiente para concluir que la situación merece atendibilidad desde la óptica de la protección del trabajo en todas sus formas.

En efecto, no puede dejar de repararse que la función desempeñada por la accionante, en definitiva, es propia de la Fiscalía de Estado de la Provincia y así fue justificada (procuración de causas ante los estrados judiciales; aumento de la cantidad de expedientes de apremio, para lo cual dicho Organismo tramitó la correspondiente autorización ante la Secretaria de Superintendencia del Tribunal); y además, la categoría otorgada a dicha función, se corresponde con aquellas que resultan de la escala del personal permanente, prueba que no ha logrado ser desvirtuada por la rendida en esta causa por la demandada.

Siendo así, sopesando las funciones asignadas, el tiempo por el cual se mantuvo la vinculación laboral y el régimen dispensado a la actora, todo lleva a estimar que, frente a la finalización de tal vínculo, la situación amerita el otorgamiento de la indemnización aludida; de esta manera se está dando efectividad al postulado constitucional de la "protección al trabajo en todas sus formas".

Y, bajo el objetivo de brindar una solución uniforme que respete parámetros objetivos e igualdad de tratamiento en los casos en que se advierta que es procedente la solución protectoria señalada, en la faena de fijar la indemnización debida, siguiendo la línea trazada en el citado precedente "Tamborindegui", "ésta se establecerá de acuerdo al estándar de cálculo que aporta el artículo 245 de la L.C.T" (cfr. Ac. 36/11 autos "Valdez").

Luego, a la suma que arroje dicho cálculo, se le adicionarán intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén a partir de la fecha del cese y hasta su efectivo pago, lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia.

Por último, con relación a las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general, deberán ser afrontadas por la demandada (art. 68 del C.P.C.C.) ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: He de disentir con la solución que, en definitiva, propone mi colega de Sala, toda vez que, partiendo de compartir las conclusiones que extrae como consecuencia del análisis de las circunstancias fácticas que han quedado comprobadas, y a resultas de ello, teniéndose por acreditado que la Administración ha hecho un uso fraudulento de una figura legalmente permitida, situación que, en mi posición, compromete la garantía de estabilidad en el empleo, no cabe más que reconocer a la actora, aquel status –de personal permanente- que, por haber sido desconocido, está siendo reclamado en autos.

1.- Previo a todo, viene al caso recordar mi posición en punto a cuándo se adquiere la estabilidad en el empleo.

Como he expresado en la causa "Hernandez" (Acuerdo 14/11), oportunidad en la que rememoré el criterio que sostuve en el Acuerdo 318/94, autos "Rebolledo", la operatividad -de las normas constitucionales que contienen el derecho a la estabilidad en el empleo-, debe ser entendida como un principio que hace a la propia esencia de la función pública, pero ello no implica que no pueda ser razonablemente reglamentada en orden, por ejemplo, a cuándo se adquiere. (cfr. Caso "Madorrán" CSJN, Fallo 330:1989 (2007)). Así, la estabilidad del empleado público exige, por un lado, la configuración de una relación de empleo permanente, y por otro, el ajuste de cada situación a lo normado por el Estatuto correspondiente.

Entonces, partiendo de la premisa que la adquisición de la garantía de estabilidad en el empleo puede ser válidamente reglamentada, no puede, en el análisis, soslayarse las concretas y expresas disposiciones contenidas en el Capítulo II del EPCAPP (arts. 2, 3 y 4).

En lo que importa, su art. 3, determina cuando se adquiere la garantía de estabilidad en el empleo, estableciendo que ésta nace al cumplir los agentes tres años de servicios efectivos y continuos o, cinco años de servicios discontinuos, desde su ingreso a la Administración Provincial.

Y, en mi opinión, tal reglamentación no aparece como irrazonable, en orden a los principios que informan la relación de empleo público.

Por su parte, es de destacar que este Cuerpo –en otras composiciones- ha acordado a ese dispositivo la calidad de "fuente de la obligación de la estabilidad". En efecto, en la causa "Fuentes" (Acuerdo 540/98) se ha sostenido que: la estabilidad limita la discrecionalidad que en materia de nombramiento y remoción de agentes públicos ejerce el Poder Ejecutivo, fijándole contornos precisos a la atribución de remover, con la cual tiende a desterrarse la arbitrariedad administrativa en esta materia. Pero la estabilidad en el empleo no puede adquirirse por el mero transcurso del tiempo. Requiere de un acto administrativo formal del que surja indubitablemente la designación en función de empleo público permanente, o de una disposición legal que establezca la adquisición de la estabilidad a partir de la concreción de determinadas condiciones, cumplidos que sean esos requisitos. Al personal transitorio de la administración pública provincial y salvo regímenes especiales, le es aplicable la disposición del art. 3 del EPCAPP, según el cual el derecho subjetivo a la estabilidad nace cuando el agente cumple tres años de servicios efectivos continuos o cinco discontinuos…Estamos de tal modo en presencia de la fuente de la obligación de estabilidad, cual es el art. 3 del EPCAPP…" (cfr. también Acuerdo 536/98 causa "Lerner").

En virtud de lo expuesto, es claro entonces que con anterioridad al cumplimiento del plazo referenciado en el art. 3 del EPCAPP, el agente no se encuentra amparado con la garantía de estabilidad en el empleo, razón por la cual puede ser dado de baja bajo la condición del dictado de un acto que exprese razonablemente los motivos que indujeron a su dictado.

Una interpretación distinta en relación con el artículo 7 del EPCAPP (por caso, que vencido el plazo de prueba, el agente queda amparado por la garantía de estabilidad), implicaría tanto como vaciar de contenido el capítulo II del Estatuto, dejando en letra muerta todo lo atinente a la reglamentación de la adquisición de la estabilidad en el empleo, a la par de reconocer una garantía a quienes aún no están en condiciones de obtenerla.

Entonces, pasado el período de prueba y de darse las circunstancias previstas en el art. 7, el nombramiento hasta ese momento provisorio, queda automáticamente "confirmado". Pero, "confirmación del nombramiento" no es lo mismo que "estabilidad en el empleo público"; ésta última, reitero, nace o se consolida, cumplido el plazo estatutario contenido en el art. 3 del EPCAPP y no el del art. 7 del mismo Cuerpo.

Luego, en el caso de la accionante, de la prueba arrimada a la causa surge que, computando los años en que fue contratada más los que se desempeñó bajo la figura de "planta política", se ha superado el plazo contenido en el art. 3 del EPCAPP. (8 años).

2.- Sentado ello, también vale señalar que ahora, como en las anteriores oportunidades que he integrado este Cuerpo, soy de la opinión que "si la contratación es realizada en forma ilegítima, cobra operatividad la garantía de la estabilidad en el empleo, debiendo en consecuencia, ordenarse la incorporación del agente a la planta permanente de la Administración".

Es más, idéntica posición –en minoría- mantuve en el precedente citado por el Sr. Vocal que abrió el Acuerdo, autos "Tamborindegui", por lo que, en lo principal, he de traer aquí algunas de las consideraciones allí vertidas, toda vez que aun cuando se refiere a la situación del personal "contratado" resultan trasladables frente a una designación de tipo "política" de naturaleza precaria y transitoria.

Sostuve allí, que "no aparece como jurídicamente admisible, que los actos ilegales cometidos por la Administración (no dictar el acto de designación, no llamar a concurso, etc.) sirvan para justificar la negativa a reconocer, a un empleado público contratado, el derecho a la estabilidad que le reconoce la Constitución.

Una solución contraria o distinta implicaría tanto como sancionar a la víctima de la maniobra fraudulenta al privarla de su derecho a la estabilidad y, al mismo tiempo, premiar al organismo infractor al acordarle validez a su decisión ilegítima de separar al agente, cuando ello fue precisamente lo que ha pretendido desterrarse al consagrarse constitucionalmente la garantía de la estabilidad (cfr. de la Fuente Horacio H, "La Corte ante el personal contratado", La Ley 22/07/2010).

Siendo así, se compartan o no sus beneficios, mientras tal garantía forme parte del texto constitucional, debe ser enteramente seguida como parte integrante del mismo, pues mal podría reconocerse validez a la norma y al mismo tiempo no cumplirla; ello no hace más que relajar el cumplimiento del sistema jurídico y, deja abierta la puerta hacia la arbitrariedad de los funcionarios públicos (Santiago Díaz Cafferata, "La Estabilidad del empleado público fraudulentamente "contratado"", elDial-DC10B6).

Es necesario recordar, que la cláusula constitucional del art. 14 bis es operativa; que la llamada estabilidad propia es el medio que guarda la mejor correspondencia con las intenciones constitucionales; y que las normas que reglamentan su ejercicio no pueden alterar esa naturaleza, pues al reglamentar un derecho constitucional, el que lo hace no puede obrar con otra finalidad que no sea darle toda la plenitud que le reconoce la Constitución (cfr. CSJN, Fallo 330:1989 (2007).

Ya en el citado Acuerdo 318/94, autos "Rebolledo", sostuve que la operatividad -de las normas constitucionales que contienen el derecho a la estabilidad en el empleo-, debe ser entendida como un principio que hace a la propia esencia de la función pública; también que su reglamentación, por ser una garantía constitucional, es atribución exclusiva del Poder Legislativo (cfr. a nivel local, los arts. 189 incs. 15, 26 y 37 y 156 de la Constitución Provincial).

En este orden, los distintos regímenes estatutarios establecen los requisitos a cumplimentar por parte del agente para alcanzar la mentada garantía, siendo por lo general, uno de éstos requisitos, el acto administrativo expreso de designación como personal estable (en el caso, cfr. art 6 del Estatuto).

Y es frente a tal exigencia, donde surge la necesidad de extremar el análisis de la situación, pues no en pocos casos, puede advertirse el fraude al régimen estatutario que se produce cuando la Administración, sin dictar el acto de nombramiento, mantiene "sine die" en situación de transitoriedad a sus agentes, prestando servicios en iguales condiciones que los empleados de planta permanente (cfr. Santiago Díaz Cafferata, "La estabilidad…" antes citado).

En este sendero transita el voto de la minoría en la causa "Ramos" de la Corte Nacional, citada por mi colega, ya que luego de tener por acreditado que el vínculo entre las partes exhibía características típicas de una relación de dependencia de índole estable y, de recordar que la naturaleza jurídica de una institución, debe ser definida, fundamentalmente, por los elementos que la constituyen, con independencia del nombre que el legislador o los contratantes le atribuyan, sostuvo: "las precedentes

consideraciones no implican en manera alguna que la Constitución Nacional impida al Estado la celebración de contratos de empleo que, por circunstancias –necesidades- transitorias o eventuales que no puedan verse superadas o satisfechas por el personal de planta permanente, excluyan, vgr., el derecho del trabajador a la permanencia en el empleo, siempre y cuando, naturalmente, los requisitos y condiciones a las que sean sometidos resulten, por su objetividad y razonabilidad, una excepción admisible a las reglas del artículo 14 bis]…[Lo que sí entrañan dichas conclusiones, es la invalidez de las cláusulas contractuales y de las eventuales disposiciones legales que las sustentasen que nieguen la configuración de una relación de empleo, cuando los términos de la vinculación –o la ejecución de ésta en los hechos- muestren la presencia de los elementos constitutivos de esa relación, dicho esto más allá del contenido y alcance de los derechos, deberes y obligaciones que de ello deben seguirse. No es el nomen iuris utilizado sino la realidad material, el dato en el que se ha centrado el Tribunal para esclarecer el aspecto antedicho. En igual línea se encuentra la Recomendación N° 198 sobre la relación de trabajo (2006) de la OIT, en cuanto para determinar "la existencia de una relación de trabajo", remite principalmente al examen de los hechos, más allá "de la manera en que se caracterice la relación en cualquier arreglo en contrario, ya sea de carácter contractual o de otra naturaleza, convenido por las partes (punto 9)… Asimismo, dada la ya enunciada amplitud de la protección constitucionalmente reconocida a toda forma de trabajo dependiente, la acreditación de los extremos que habiliten la contratación de agentes sin permanencia, habrá de ser examinada con criterio restrictivo, atendiéndose en cada caso en particular a la transitoriedad y especificidad del requerimiento. [Fallos 311:2799]".

De allí la importancia de hacer prevalecer la verdad objetiva sobre la formal (cfr. voto del suscripto en autos "Rebolledo", Acuerdo n° 318/94).

De tal forma, resulta sumamente necesario evaluar, en cada caso concreto, las circunstancias de hecho que se extraigan de la causa a fin de descubrir y alcanzar la verdad material u objetiva por sobre la formal, y en su caso, si la verdad formal encubre una treta para eludir la estabilidad, la verdad material estará, en principio a favor de la incorporación estable y regular, porque tal es el principio constitucional que surge del art. 14 bis (cfr. voto del suscripto en Ac. 985/03, autos "Sepúlveda" con cita de Bidart Campos, "La estabilidad…", en ED, t. 144, pág. 483).

Esta, en mi opinión, es la forma de hacer efectivo el principio protectorio, sentado por la Corte en la causa "Madorran", pues el amparo al hombre que trabaja, se logra con el simple recurso de hacer primar la verdad real sobre la formal, la buena fe sobre la maniobra fraudulenta.

Luego, toda vez que la situación fáctica de esta causa ha sido analizada por mi colega, y adhiero al análisis efectuado en cuanto a que las tareas desempeñadas por la actora, el tiempo por el que se prolongó la vinculación y el trato dispensado, no se corresponden con una designación precaria y con las notas caracterizantes de una designación de tipo "política" (aquellas que se encuentran excluidas del alcance del Estatuto aplicable), no cabe mas que reconocer a la accionante el status de personal estable, cobrando relevancia el carácter operativo del derecho a la estabilidad consagrado constitucionalmente.

Consecuentemente, su incorporación a la planta de personal permanente de la Administración se impone.

3.- Despejado ello, corresponde analizar el requerimiento resarcitorio consistente en la reparación del daño, que es cuantificando –en la demanda- en el monto de los haberes que dejó de percibir como consecuencia de la finalización de la relación laboral.

Yambién como dije en reiteradas oportunidades, la cuestión debe partir de una dinámica procesal probatoria que se concreta en la presunción de la existencia del daño, como consecuencia del ilegitimidad de la conducta desplegada por la demandada.

En consecuencia, en el supuesto que hoy me ocupa, tengo por acreditado el daño producido a la accionante con motivo de habérsela desvinculado de las funciones que prestaba para la Fiscalía de Estado de la Provincia, desconociéndole el derecho a la estabilidad en el empleo.

Pero tal presunción, en modo alguno, autoriza la procedencia del pago de los salarios caídos en su integridad. La presunción del daño producido por la ilegitimidad del obrar administrativo no puede alcanzar, también, a la magnitud del mismo y, sin más, determinarse que ésta siempre será equivalente a la totalidad de las remuneraciones dejadas de percibir por el agente ilegítimamente cesado.

El monto del perjuicio, es decir, el alcance de la indemnización, permanece supeditado a la demostración que efectúe la parte actora y, en su caso a la prueba en contrario de la demandada, en virtud del juego interactivo y dinámico de las cargas probatorias.

Debo concluir, entonces, que la responsabilidad de la administración, en modo alguno implica que no resulte necesario probar la relación de causalidad jurídica entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se reclama (Fallos 312:1382). Este extremo, unido a la aplicación del principio que en materia indemnizatoria suele resumirse bajo la fórmula "compensación del lucro con el daño" y que señala que del monto del daño deben deducirse las ventajas que del hecho ilícito pueden devenir para el

damnificado, determina la improcedencia del pago de “salarios caídos”, puesto que si bien es cierto que la cesantía ilegítima le restó utilidades al demandante, no lo es menos, que dejó liberada su capacidad laboral.

Luego, ponderando la prueba rendida en la causa, de la que surge que la actora no ha obtenido un trabajo remunerado y estable (quedó acreditada la prestación de servicios por unos meses en el año 2008 a favor de un estudio jurídico) y los testimonios prestados en autos, a fin de establecer el monto de la condena, debe estarse a lo que la propia experiencia le indica a los juzgadores.

Así, siguiendo la línea que he mantenido en votos análogos, estimo prudencial que se otorgue, en concepto de indemnización por el daño que le generó el accionar ilegítimo de la Administración, por todo concepto, el monto equivalente al 15% del total de las remuneraciones que le hubiere correspondido percibir (en el caso, la última remuneración se referencia a la categoría FUC del Escalafón provincial), en el supuesto de haber trabajado durante el tiempo transcurrido entre la desvinculación y su efectiva reincorporación. Dicho importe devengará los correspondientes intereses, a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la baja y hasta su efectivo pago, todo lo que deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas, en mi opinión, deben ser soportadas por la demandada vencida, en función de la inexistencia de motivos que lleven a apartarse de la regla general de la derrota (art. 68 primera parte, CPC y C). ASI VOTO.

El señor Presidente Subrogante Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE dijo: Llega este caso a mi estudio, en atención a la disidencia existente entre los votos de los Sres. Vocales que integran la Sala Procesal Administrativa, en lo que respecta a la solución que, en definitiva, corresponde adoptar de cara a las pretensiones de demanda.

Ello así, en tanto si bien ambos votos coinciden en cuanto a que, en el caso, ha quedado acreditado que la Administración habría actuado en forma ilegítima en oportunidad de la desvinculación definitiva de la actora, no acuerdan en el modo de componer la situación.

En el voto que abre el Acuerdo –Dr. Kohon- se fundamentan las razones por las cuales la situación solo amerita el otorgamiento de una indemnización frente a la finalización del vínculo –no el reconocimiento del carácter de personal estable- y por ende se desestima la pretendida “reincorporación”; en el voto del Dr. Massei, se reconoce el status de personal permanente y por ende se propicia la reincorporación de la actora, más el pago de una suma de dinero en concepto indemnizatorio (15% de los haberes dejados de percibir en el lapso comprendido entre la desvinculación y la efectiva reincorporación).

Luego, considerando que sólo debo dirimir aquella cuestión en la que los Sres. Vocales no acuerdan, estimo que la solución propiciada por el Dr. Kohon es la que mejor se adecua al caso, toda vez que a la par de otorgar una debida protección en mérito a los postulados constitucionales vinculados con el derecho al trabajo y su protección (art. 37 y 38 de la Constitución Provincial), concilia también los restantes vinculados con el acceso a los cargos públicos (art. 156 C.P.), los principios orientadores de la Administración del Estado, (eficacia, eficiencia, equidad, igualdad) y la creación de empleos “necesarios y justificados” (art. 153 C.P).

De tal modo, como se dijo, a efectos de zanjar la disidencia que motivó mi intervención, adhiero a la solución propuesta por el Dr. Kohon. TAL MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal, por mayoría, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR parcialmente a la acción procesal administrativa incoada por la Sra. Gladys Mónica Mosqueda contra la Provincia del Neuquén; 2º) Consecuentemente, condenar a la demandada al pago de una indemnización a favor de la actora cuyo monto se establecerá de acuerdo al estándar de cálculo que aporta el artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo. Al importe que arroje esa liquidación se le adicionarán intereses desde la fecha de la desvinculación laboral y hasta su efectivo pago, a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén. Todo ello deberá ser determinado en la etapa de ejecución de sentencia; 3º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C.y C., de aplicación supletoria en la materia); 4°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Presidente Subrogante. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI

Dra. LUISA A. BERMÚDEZ - Secretaria

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

"CASTAÑOLA ALBERTO C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2955/2010) – Acuerdo: 73/16 – Fecha: 23/08/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Actos administrativos.

VIVIENDA. INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA. PLANES HABITACIONALES. ADJUDICACIONES. CONDICIONES DE LA ADJUDICACION. DESADJUDICACIÓN DE LA VIVIENDA. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE OCUPACION EFECTIVA.

Corresponde rechazar la demanda por la que solicita se decrete la nulidad del Decreto Provincial N° 2431/09 que se emitiera como consecuencia del recurso jerárquico en los términos de los artículos 29 y 182 de la Ley 1284, como así también de las Resoluciones que emitiera el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo, Nros. 554/08 y 349/09 por adolecer de vicios muy graves y graves en los términos de los artículos 66 y 67, en tanto, frente al incumplimiento del actor de ocupar la vivienda, el IPVUN en uso de sus facultades, decidió regularizar la situación denunciada en torno a ella y, fundado en la no ocupación, dispuso –mediante Resolución 554/08- declarar la caducidad de la adjudicación, por lo que los actos cuestionados no resultaban ilegítimos ni arbitrarios, soportando el accionar de la administración, el control de legalidad sin que exista mérito para su descalificación.

Texto completo:

ACUERDO N° 73. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días veintiséis del mes de agosto 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: "CASTAÑOLA ALBERTO C/ INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2955/10, 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.- Que a fs. 46/62 se presenta ALBERTO CASTAÑOLA, por apoderado e insta acción procesal administrativa contra el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo.

Solicita se decrete la nulidad del Decreto Provincial N° 2431/09 que se emitiera como consecuencia del recurso jerárquico en los términos de los artículos 29 y 182 de la Ley 1284, como así también de las Resoluciones que emitiera el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo, Nros. 554/08 y 349/09 por adolecer de vicios muy graves y graves en los términos de los artículos 66 y 67, debiendo hacer prevalecer los derechos constitucionales de acceso a la vivienda, defensa en juicio, igualdad y propiedad, principios generales del derecho, ejercicio abusivo del derecho, enriquecimiento sin causa y buena fe.

Relata que en el año 1985 se dirigió al IPVU en busca de una respuesta habitacional, y al no poder acceder, recurrió a la cooperativa de viviendas MUDON donde logro acceder a la compra de una carpeta de una vivienda en el mes de julio del año 1988 en el marco del plan habitacional llamado Federalismo, siendo el proyecto producto de un convenio entre MUDON y el IPVU.

Agrega que tuvo que afrontar el pago de las cuotas correspondientes a la mutual "en australes", chequeras de pago por el terreno y otra por ampliación de lo construido en la vivienda, abonando la totalidad de las mensualidades pactadas.

Dice que la vivienda fue entregada sin piso, sin pintar, sin revestimientos, sin cerrar el predio y cubriendo apenas las necesidades mínimas. Y con años de trabajo y esfuerzo se completaron las terminaciones y se realizaron ampliaciones y mejoras.

Refiere que vivieron allí durante quince años, con justo título, en forma pacífica e ininterrumpida, concurriendo en varias oportunidades al IPVU para que informaran la deuda, que nunca se le informó por falta de actualizaciones.

Relata que por cuestiones laborales y porque su hija comenzaba la universidad se trasladaron a la ciudad de Neuquén, donde

alquilaron una vivienda desde enero del 2004 hasta julio del 2006. Agrega que obligados por las sumas elevadas de alquiler, alquilaron su vivienda de Cutral Co ya que consideraban que al habitarla en forma pacífica durante tantos años, la vivienda les pertenecía, presentándose siempre con la intención de regularizar la cancelación ante el IPVU, sin que el organismo tuviera definido los montos de las viviendas para su cancelación.Relata que estuvo desempleado un tiempo, y a partir de 2005 comienza la relación laboral con la empresa VEN VER donde actualmente trabaja.

Agrega que lograron acceder a un crédito hipotecario para comprar una pequeña vivienda en Neuquén.

Continúa diciendo que sus hijas se encuentran estudiando y su proyecto de vida fue seguir viviendo en su casa de Cutral Co.

Refiere que frente al momentáneo traslado a la ciudad de Neuquén, el elevado costo de los alquileres, lo llevó a realizar un contrato de alquiler de su vivienda, en primer lugar al Sr. Bogado, sin existir ningún problema. Luego, señala que alquiló el inmueble a Nestor Calvo, conocido de la familia, el 2/07/2006 realizando un pago de canon mensual por $800 hasta el mes de mayo de 2008.

Cuenta que la relación se desarrolló con normalidad hasta que sin aviso previo Calvo se presentó ante el IPVU a realizar una denuncia con la finalidad de quedarse con la vivienda, enterándose por los vecinos y una publicación realizada por el IPVU.

Dice que allí comenzó el derrotero en el expediente administrativo que discurrió en vicios e irregularidades, expresando la voluntad administrativa a través de los actos administrativos plasmados en las Resoluciones Nros. 554/08 y 349/09.

Transcribe el Dictamen emitido por la Dirección de Asuntos Legales del Ministerio de Hacienda, Obras y Servicios Públicos.

Dice que surge del trámite administrativo que a fin de lograr la escritura de la vivienda, al llegar a la ciudad de Neuquén se presentó al Director General de Recupero Hipotecario, Dr. Raúl Frechilla, a fin de que se les informara el saldo a cancelar, materializada en nota del 3/5/2004.

Relata que se inician actuaciones administrativas para realizar la desadjudicación de la vivienda por denuncia del Sr. Calvo, quien dejó de pagar el alquiler al momento de la denuncia ante el IPVU. Agrega que en fecha 4/7/2007 peticiona copia del expediente, situación no respondida; y en fecha 3/3/2008 mediante formal escrito ante el IPVU dejaron expresado que no se les había permitido el acceso al expediente.

Refiere que se ha omitido seguir un procedimiento de legalidad. Transcribe el art. 3 de la Ley 1284, así como también los arts. 20, 107 y 108.

Agrega que frente a la importante decisión administrativa de afectar el derecho constitucional a la vivienda, la prudencia del procedimiento debió haber discurrido bajo las prescripciones de los principios previstos en la Carta Magna Nacional, Provincial, Código Civil y Derecho Público Provincial.

Funda en derecho.

Solicita en carácter de medida cautelar la anotación de Litis, medida de no innovar sobre la vivienda a fin de evitar que se preadjudique o adjudique a otra persona, y mandamiento de constatación para que se informe estado y ocupación.

Ofrece prueba.

A fs. 71 amplía la demanda, acompañando Resoluciones del IPVU de otro caso donde –dice- se observan los distintos criterios de desadjudicaciones que exceden de la discrecionalidad.

II.- A fs. 80/81 se presenta el IVPU, acompaña los expedientes administrativos y contesta el traslado de la medida cautelar.

III.- A fs. 84/85 se presenta la Fiscalía de Estado y contesta el traslado de la medida cautelar.

IV.- A fs. 96/99 mediante RI 279 se resuelve la medida cautelar, rechazando la medida de no innovar y el mandamiento de constatación, y haciendo lugar a la anotación de Litis.

V.- A fs. 112 mediante RI 62 se declara la admisión del proceso.

VI.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 125/126 contesta demanda el Fiscal de Estado y solicita su rechazo, con costas.

Luego de efectuar las negativas de rigor señala que la sola invocación del derecho de defensa no basta para revertir la presunción de legitimidad de un acto. Dice que reiteradamente la actora de manera genérica manifiesta que se vulneró tal derecho, no demostrando en qué concretamente se lo perjudicó, que prueba se privó de incorporar, que descargos pudo efectuar ante el acto de desadjudicación producido.

Refiere que la resolución dictada por el IPVU se encuentra en plena congruencia con las constancias de la causa: el mismo actor reconoce que alquiló el inmueble desde el 2004 a diferentes personas, fecha en que se trasladó a Neuquén hasta mayo de 2008 y nunca le fue comunicado al IPVU que la vivienda estaba siendo alquilada a personas diferentes a los beneficiarios.

Argumenta en torno a la Ley 1043 y la función que cumple el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo.

VII.- A fs. 129/131 contesta el Instituto Provincial de Vivienda y Urbanismo.Luego de la negativa de los hechos refiere que el acto

que se cuestiona fue llevado a cabo conforme a derecho. Señala que existe un dato sobre el cual no existe controversia: el actor alquiló su vivienda sin autorización.

Dice que se omitió denunciar la situación y se lucró con la vivienda. Agrega que si bien el actor podía razonablemente irse del inmueble, lo cierto es que no podía no comunicar ello y menos alquilarlo.

Refiere que deben sumarse dos circunstancias que dan cuenta de la ausencia de necesidad habitacional de parte de los actores: el crédito hipotecario al que dicen haber accedido; y la posibilidad que tuvieron de adquirir otra vivienda; ergo no pueden sostener que el costo de un alquiler justifique el que hicieron de la vivienda adjudicada.

Ofrece prueba.

VIII.- A fs. 134 se abre la causa a prueba; a fs. 249 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 257/266 obra agregado alegato de la actora.

IX.- A fs. 270/276 se expide el Sr. Fiscal ante el Cuerpo propiciando el rechazo de la demanda.

X.- A fs. 290 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.

XI.- Para comenzar, cabe señalar que el actor pretende se declare la nulidad del Decreto Nro. 2431/09 y las Resoluciones del IPVU Nros. 554/08 y 349/09 por adolecer de vicios muy graves y graves.

Al referirse a los vicios transcribe el art. 66 puntos c), i), j) (El acto administrativo adolece de vicio muy grave cuando: c) transgreda una prohibición expresa de normas constitucionales, i) se omita absoluta y totalmente la notificación, j) se notifique verbalmente, por edictos o medios perceptivos, correspondiendo otro medio); y el art. 67 puntos a), b), r) (El acto administrativo adolece de vicio grave cuando: a) Esté en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas; b) Incumpla deberes impuestos por normas constitucionales, legales, o sentencias judiciales firmes; r) Sea dictado violando la garantía de defensa u omitiendo el cumplimiento previo de algún trámite necesario).

En la Resolución 554/2008 –que aquí se cuestiona- el IPVU da cuenta de que se ha verificado que el actor y su esposa no ocupan el inmueble en cuestión, estando habitada por el Sr. Néstor Osvaldo Calvo y Alicia Haydee Vazquez, que se publicaron edictos y los interesados formularon el descargo, con patrocinio letrado, que se rechazó, declarando la caducidad de la adjudicación conferida por Resolución N° 892/91 (conf. fs. 40/41).

Luego, mediante Resolución 349/09 se rechaza el recurso administrativo jerárquico contra la anterior Resolución atendiendo a la función social para la que fue destinado el IPVU y la falta de ocupación de la vivienda por el grupo familiar sin autorización. Considera además que el valor de la vivienda fue fijado por la Resolución 447/05 y notificado en el domicilio constituido en el acta de tenencia, sin que los adjudicatarios hayan abonado; y que nunca acreditaron que se les hubiera negado el acceso al expediente. Concluye que se encuentra palmariamente comprobado el incumplimiento de los deberes de pago y ocupación de la vivienda con el grupo familiar, a cargo de los adjudicatarios.

Finalmente, el Decreto 2431/09 destaca que el accionar de los reclamantes contradice las obligaciones básicas a su cargo y es facultad del IPVU declarar la caducidad de la adjudicación ante la comprobación del incumplimiento grave de las obligaciones esenciales impuestas a los interesados. Señala que abonaron la suma de $ 13.552 –conforme el valor fijado por la Resolución 447/05- con posterioridad a la Resolución de desadjudicación. Rechaza el recurso, declara agotada la via administrativa y ordena restituir lo abonado.

Dicho esto, cabe señalar que la cuestión gira en torno a dilucidar si el acto de desadjudicación de la vivienda posee los vicios alegados por el actor a la luz de lo normado por las Leyes 1043 y 1284.

XII.- Como ya ha sostenido este Tribunal en anteriores antecedentes, los planes habitacionales, como el que nos ocupa, se construyen en base a precisas pautas sociales, preseleccionándose a los postulantes que serán beneficiarios. Se adjudican las viviendas con carácter precario, condicionando su tenencia al cumplimiento de las normas reglamentarias, básicamente la ocupación efectiva de los inmuebles por los adjudicatarios y el pago del precio fijado (conf. “Montecino”, Acuerdo 974/03).

El art. 2 de la Ley 1043 establece cuál es el objeto del IPVU, y en tal sentido señala que es: 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. A esos fines, la Provincia se adhiere al sistema establecido por la Ley 21581 (Bienestar Social-Vivienda-Fondo Nacional de la Vivienda-Vivienda Económica-Créditos Hipotecarios para la Vivienda-Adjudicación de Viviendas), y adopta sus normas a los efectos de su aplicación supletoria en todos los aspectos no reglados especialmente en esa Ley.

En el acta de tenencia provisoria se fijan las obligaciones de las partes, y el art. 22 de la Ley 1043 establece que la violación a

cualquier norma legal o contractual determinará la caducidad de la adjudicación, previo librarse sumario con intervención de la Dirección de Asuntos Legales.Sabido es que de conformidad a lo establecido por el art. 86 de la Ley 1284, se denomina "caducidad" a la extinción de un acto dispuesta en virtud del incumplimiento grave de obligaciones esenciales impuestas por el ordenamiento jurídico en razón del acto e imputable a dolo o culpa del interesado. Cuando la autoridad administrativa estime que se han producido causales que justifican la caducidad del acto, debe hacérselo saber al interesado, emplazándolo a presentar descargo y ofrecer prueba de conformidad con las disposiciones de esa Ley.

Establecido ello, corresponde analizar las obligaciones y derechos de las partes en virtud de lo establecido en el Acta de tenencia precaria, instrumento rector de la adjudicación, y que el actor suscribiera con el IPVU.

De las constancias de la causa surge que el 9 de abril de 1991 el IPVU entregó al Sr. Alberto Eduardo Castañola y Martha Viviana Solorza una unidad habitacional individualizada como CASA 43 MZA. 28 "a" – 3 D perteneciente al Plan 76 conv. MU.DO.N. VIVIENDAS FEDERALISMO, en la localidad de Cutral Co, comprometiéndose el adjudicatario a habitarla con su grupo familiar y a abonar las cuotas que a tal efecto fueran fijadas por el IPVU, como así también a no transferir ni ceder en todo o en parte el uso de la vivienda, y en general, a no realizar actos que desnaturalicen el fin social tenido en cuenta para su logro. A su vez, el adjudicatario constituye domicilio en la vivienda objeto del acta de tenencia (conf. de Acta de tenencia provisoria de fs. 7).

Concretamente, el demandado entregó una unidad habitacional y el actor se obligó a habitarla con su grupo familiar, a abonar las cuotas y a no transferir o ceder su uso, desnaturalizando el fin social tenido en cuenta por el IPVU.

Luego, de las constancias de los expedientes administrativos surge que, en fecha 12 de octubre de 2006, se presenta el Sr. Calvo ante el IPVU y denuncia que se encuentra alquilando la vivienda que había sido adjudicada al actor (conf. expte 3967-022673/2006), lo que es constatado por el IPVU el 3 de noviembre de 2006 conforme acta obrante a fs. 9 del mismo expediente. Se publican edictos el 27 de junio de 2007 citando y emplazando a los adjudicatarios para que en el término de cinco días acompañen los comprobantes de pago efectuados y formulen descargo y prueba que haga a su derecho sobre la unidad habitacional, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la adjudicación (conf. fs. 31 del expte. adm. citado).

En cumplimiento con el emplazamiento, el actor presenta el descargo con patrocinio letrado y constituye domicilio procesal conforme constancias de fs. 1/2 del expediente 3967-022673-0001/2007 donde, entre otras cuestiones, enumera las mejoras realizadas al inmueble y reconoce que en el año 2004 por razones laborales mudó su domicilio a Neuquén dejando el inmueble de Cutral Co al cuidado de una familia conocida. Agrega además que pidió al IPVU le informaran el valor de la vivienda para su cancelación, y que dictada la Resolución 447/05 (29/06/2005) que fija el valor definitivo, no llegó a su conocimiento. Reconoce que la vivienda se encontraba alquilada.

Del descargo formulado resulta importante destacar que el propio actor reconoce que ha mudado su domicilio y a su vez alquilado la vivienda de la que resultaba adjudicatario. Por otro lado, en punto a la ausencia de la notificación de la Resolución 447/05, del expediente administrativo Nro. 2367-17059/03 de la Comisión de Valuación, surge que en fecha 8 de julio de 2005 se publicó edicto en el Boletín Oficial (fs. 37 del expediente administrativo mencionado) y a fs. 42 obra constancia de notificación a quien ocupaba la unidad habitacional: Sr. Luis Bogado, a quien el actor denuncia en la demanda como inquilino del inmueble (fs. 51 del escrito de demanda). Corresponde hacer notar además que el domicilio constituido conforme el acta de tenencia provisoria era el del mismo inmueble, lo que se modifica recién con la presentación del descargo en fecha 4 de julio de 2007, y al que se hiciera referencia más arriba. En consecuencia, no ha existido ausencia de notificación de la Resolución 447/05, como refiere el actor, sino que fue notificada en el domicilio constituido en el acta de tenencia, vigente en aquel momento.

La Resolución 447/05 dispuso notificar a los adjudicatarios del plan, el saldo pendiente total poniendo en su conocimiento las distintas opciones de pago.

Ninguna constancia existe en los expedientes administrativos de que el actor haya actuado en consecuencia de la Resolución 447/05, al menos hasta el 11 de agosto de 2009 cuando interpone recurso jerárquico ante el Gobernador de la Provincia y deposita la suma de $ 13.552 (fs. 2 y 8 del Expte administrativo Nro. 410-011636/2009-00003/2009), con posterioridad al dictado de la Resolución de desadjudicación (10/06/2008).

De lo referenciado puede concluirse que el actor ha incumplido con las obligaciones a su cargo impuestas en el acta de tenencia provisoria: conforme él reconoce en el año 2004 dejó de habitar el inmueble, alquilándolo en primer lugar al Sr. Bogado (conf. fs. 51 del escrito de demanda) y luego a Néstor Calvo (conf. escrito de demanda y contrato obrante a fs. 14/15 del expte. 3967-022673/2006-00008/2009). Tampoco ha logrado acreditar que haya abonado el importe que correspondía. Acompaña sólo recibos por períodos anteriores al acta de tenencia que suscribiera con el IPVU y luego de fijado el valor del inmueble en el año 2005 (Resolución 447/05) no ha acreditado que haya realizado actividad alguna tendiente a saldar el monto hasta la oportunidad en que interpuso recurso jerárquico, cuando deposita la suma de $13.552 que se ordena restituir por haberse realizado con posterioridad

al acto de desadjudicación.

Frente al incumplimiento del actor, el IPVUN en uso de sus facultades, decidió regularizar la situación denunciada en torno a la vivienda y, fundado en la no ocupación, dispuso –mediante Resolución 554/08- declarar la caducidad de la adjudicación.

Los actos cuestionados, en virtud de los extremos antes referidos, no resultan ilegítimos ni arbitrarios. Por lo tanto, el accionar de la administración, respecto del cumplimiento de sus facultades, soporta el control de legalidad que aquí se pretende y, en consecuencia no hay mérito para su descalificación.

A todo evento, y en torno a las alegaciones sobre el derecho de defensa, de las constancias de los expedientes administrativos surge que en la oportunidad en que el actor fue emplazado por edictos concurrió a ejercer su derecho de defensa en tiempo oportuno. Y el mismo derecho fue ejercido a lo largo de todas las actuaciones llevadas a cabo en sede administrativa.

Luego, en este proceso de conocimiento, el actor ha tenido la posibilidad de oponer defensas a través de la exposición de los hechos como considera que sucedieron, de refutar las imputaciones que generaron la desadjudicación y de acompañar y ofrecer la prueba que consideró atinente para defensa de sus derechos.

Ello no resultó suficiente para desvirtuar los hechos acreditados en los expedientes administrativos y que dieran fundamento a las resoluciones aquí impugnadas.

En consecuencia, por los motivos expuestos, corresponde rechazar la demanda.

XIII.- Con relación a las costas, no encuentro motivo para apartarme de la regla, que es su imposición al actor vencido (artículo 68 del CPCyC, de aplicación supletoria). 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) RECHAZAR la demanda interpuesta por Alberto Castañola contra el INSTITUTO PROVINCIAL DE VIVIENDA Y URBANISMO. 2°) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia). 3º) Por la RI 279 (fs. 96/99), regular los honorarios al Dr. ..., en el doble carácter por el actor, en la suma de $2.800 (arts. 6, 7, 9 de la Ley 1594). Por el trámite principal, regular los honorarios al Dr. ..., en el doble carácter por el actor, en la suma de $7.300; a la Dra. ..., patrocinante a partir de fs. 191, en la suma de $2.600; al Dr. ..., en el doble carácter por la Fiscalía de Estado, en la suma de $4.720, y al Dr. ..., patrocinante, en la suma de $ 2.620; a la Dra. ..., apoderada del IPVU, en la suma de $2.100 y al Dr. ..., patrocinante, en la suma de $5.300 (arts. 6, 8, 9, 38 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 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

"ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4059/2012) – Acuerdo: 90/16 - Fecha: 05/10/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

JUBILACION POR INVALIDEZ.

Corresponde hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, conceder el beneficio con los alcances previstos en la Ley 611, toda vez que la parte actora ha acreditado que su incapacidad supera el porcentaje del 66% que exige la normativa aplicable (artículo 39° de la

Ley 611).

Texto completo:

ACUERDO N° 90. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los cinco días del mes de octubre 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: "ARAOZ FRANCISCO EDUARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4059/12, en trámite ante la mencionada Sala y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 7/13 vta. se presenta el Sr. Francisco Eduardo Araoz, mediante apoderado, con patrocinio letrado, e inicia acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicita que se revoquen las Disposiciones N° 1122/11 y su ratificatoria N° 112/12 dictadas por el Instituto de Seguridad Social del Neuquén y el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial 2267/12 que convalida el actuar del órgano previsional.

Sostiene que los actos lesionan gravemente los derechos subjetivos públicos, adolecen de vicios graves y muy graves 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 al organismo a otorgarle el beneficio de jubilación por invalidez, conforme a los artículos 39, 40 y cc. de la Ley Provincial 611.

Relata que el 1 de enero de 1993 ingresó a trabajar como enfermero profesional al servicio del Ministerio de Salud de la Provincia de Neuquén, en perfectas condiciones de salud (Apto A).

Luego, dada su capacitación profesional (más de 20 años de antigüedad) fue enviado a prestar servicios en el Hospital de la Villa El Chocón, con turnos rotativos, con un franco cada seis días.

Manifiesta que, por un control de rutina detecta que estaba infectado con el virus de la hepatitis B, de tipo crónico, por lo que inició tratamiento.

A partir de ese diagnóstico sufre severos y profundos cambios en la psiquis debido al impacto de la grave noticia, así como otros síntomas.

Indica que el 8 de junio de 2009 –la ART- le otorga el alta médica, reincorporándose al servicio de la empleadora en fecha 1 de octubre de 2009. En esa fecha se determina por Salud Ocupacional que no puede retomar las tareas habituales, como tampoco tener contacto con pacientes, fluidos y/o secreciones que resultan habituales en su trabajo.

A partir del 1 de junio de 2011 es reubicado como "Auxiliar administrativo", por debajo de su entrenamiento profesional, generando desánimo y confusión ante la imposibilidad de adaptarse.

Señala que ni la empleadora ni la ART han realizado ninguna actividad para la recalificación profesional (incumpliendo con uno de los primordiales objetivos de la Ley 24557).

Asimismo, menciona que la situación descripta afecta notablemente su capacidad de ganancia por no tener ingresos por guardias pasivas, horas extras, guardias por derivación, etc. e incidirá negativamente en su haber jubilatorio.

Alude que el Instituto demandado sustentó el rechazo de la solicitud de jubilación por invalidez, en los dictámenes de la Junta Médica que fijaron un grado de incapacidad del 39,66% y, posteriormente, del 25,77%, porcentajes que, entiende, no se condicen con las afecciones invalidantes que sufre.

Reitera que el actual estado de invalidez psicofísica, total, permanente e irreversible se halla plenamente acreditado por la documental médica aportada a las actuaciones administrativas y la existente en su legajo médico laboral, antecedentes que consideran no fueron tenidos en cuenta o no valorados adecuadamente.

Cita doctrina y jurisprudencia que avala su postura. Brinda fundamentos de su pretensión. Ofrece prueba.

II.- A fs. 25/25 vta. se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 335/13.

La actora ejerció la opción por el proceso ordinario (fs. 27/28) y se confirió traslado de la demanda.

III.- A fs. 31 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 37/44 vta. obra la contestación de la demandada quien, luego de reconocer la existencia y validez de los actos impugnados y efectuar las negativas de rigor, expresa que no corresponde que se le otorgue al actor 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.

Señala que en esta rama de la seguridad social el problema técnico más importante y probablemente más espinoso es el de definir

y evaluar la invalidez. A tal efecto se establece en la legislación argentina el baremo previsional a través de la Ley 24241 y su decreto reglamentario.

Afirma que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén utiliza, cuando realiza juntas médicas, un baremo de uso obligatorio para la legislación argentina y totalmente específico para este tipo de situaciones (Anexo del Decreto N° 748/98 reglamentario de la Ley 24241).

Refiere que desconoce los informes médicos, certificados y análisis presentados por el actor, realizados con posterioridad a las juntas médicas en que se fundan los actos administrativos impugnados.

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 del ISSN determinó que la invalidez del actor era de naturaleza psicofísica, de carácter parcial y permanente y ascendía al 39,66%.

Ante la apelación deducida, la Comisión Médica Central de la Provincia estableció un grado de incapacidad del 25,77%, por lo cual no alcanza al 66% requerido por la Ley 611 para acceder al beneficio previsional.

Resalta que las juntas médicas han valorado la capacidad residual del accionante, según la documentación, estudios médicos y complementarios aportados hasta el momento de su realización estableciendo que la incapacidad padecida no alcanza el porcentual exigido por la Ley 611.

Indica que aún al aplicar los factores compensadores previsionales previstos en el baremo previsional nacional, no alcanza el porcentual del 66% que requiere la legislación para acceder al beneficio previsional.

Concluye que los actos administrativos que rechazan la pretensión -fundados en las juntas médicas- son legítimos y válidos, no siendo susceptibles de cuestionamiento o revocación.

Advierte que el Ministerio de Salud ha decidido que el actor retome el empleo bajo un régimen adecuado a su situación psico-física (reducción horaria y tareas adecuadas), considerando que se condice con el resultado de ambas juntas médicas que afirman que es posible sustituir actividades por otras compatibles con sus aptitudes.

Transcribe el artículo 39° de la Ley 611 y expresa que la norma describe e impone dos presupuestos fácticos para viabilizar la procedencia del beneficio: porcentaje de incapacidad e imposibilidad de sustituir las tareas.

Considera que el Sr. Araoz no acredita ninguna de las dos condiciones.

Aclara que la norma se refiere a la incapacidad física e intelectual en forma total para el desempeño de cualquier actividad compatible con sus aptitudes profesionales y no únicamente a la incapacidad para la tarea específica que venía desarrollando hasta la realización de la junta Médica efectuada por el Organismo Previsional.

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

V.- A fs. 46/46 vta. la parte actora responde el traslado conferido y solicita se abra la causa a prueba.

A fs. 47 se abre la causa a prueba. A fs. 186 se clausura el período probatorio y se ponen los autos para alegar.

A fs. 197/198 se agrega el alegato de la parte actora y a fs. 200/202 el correspondiente al organismo demandado.

VI.- A fs. 204/206 vta. se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia se haga lugar a la demanda impetrada.

VII.- A fs. 207, 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. 27/12 “Aedo”, 39/13 “Ortiz”, 31/14 “Ramello”, 49/14 “Bastias”, 18/16 “Moscoso”, 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 al actor frente a la denegación del beneficio de jubilación efectuado por la demandada.

En consecuencia, la cuestión a resolver se circunscribe a determinar si el accionante se encuentra comprendido en la situación de hecho reglada por el artículo trascripto, 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 similares entre ellos Ac. 31/14, 49/14 y recientemente Ac. 18/16-, 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. 96/97 el perito designado en autos realiza un examen al actor.

Luego, manifiesta en el punto: "Consideraciones médico-legales" que "No existe duda alguna que el actor es portador del virus de la hepatitis B, que es un paciente inhibido de desempeñarse en su tarea como enfermero por los riesgos hacia los pacientes y suyos al presentar depresión inmunológica (baja de sus defensas) …".

Asimismo, detalla los siguientes porcentajes de incapacidad: por hepatitis "B" el 55% (cincuenta y cinco por ciento), por la patología vertebral un 20% (veinte por ciento) y un 10% (diez por ciento) por la depresión que padece, total 85% (ochenta y cinco por ciento).

Posteriormente, aclara que si aplica el método de la capacidad residual restante, los valores porcentuales serían: 55% + 9% + 3,6% = 67,6% (sesenta y siete con seis por ciento). Concluye que la incapacidad del actor es considerada total.

El perito médico al contestar los puntos de pericia propuestos por las partes, señala que el grado de incapacidad que afecta a la actora no puede ser modificado en el estado actual de la ciencia médica.

En cuanto a la evolución desfavorable de las patologías expresa que: "Existe una estabilidad clínica en cuanto a la hepatitis, hubo cambios en la patología vertebral".

Por último, concluye que el actor es enfermero profesional y ser portador del virus de la hepatitis "B" restringe totalmente el ejercicio específico de su profesión. Agrega que a su vez tiene limitaciones en cuanto a la patología óseo-articular en su columna vertebral que interfiere en la tarea que desempeña ante la necesidad del empleo de la fuerza física y referencia un cuadro depresivo leve como consecuencia de las limitaciones que le imprimen sus patologías.

Por consiguiente, reitera que el accionante posee una incapacidad del 85% (ochenta y cinco por ciento) en forma llana y si se aplicara el método de la capacidad residual restante es del 67,6% (sesenta y siete con seis por ciento).

La pericia fue impugnada por el organismo demandado (a fs. 108/110).

Cuestiona la "depresión inmunológica", considera que es escueto el perito al referenciar las patologías de columna vertebral lumbar y respecto del cuadro depresivo leve expresa que no medió comprobación diagnóstica.

Sostiene que el informe elaborado por el experto carece de validez técnica y solicita se subsanen las observaciones efectuadas y se haga uso del baremo 478/98 para evaluar las patologías del actor.

A fs. 112/112 vta. el perito responde la impugnación. Ratifica la pericia -basándose en la misma obra citada por el organismo demandado al impugnar- afirma que el diagnóstico de la patología viral es indiscutible y no merece otra consideración, el Sr. Araoz es portador del virus de la hepatitis "B" e insiste en la depresión inmunológica. Respecto de la patología de columna lumbrosacrasostiene que padece lumbalgia y protrusiones discales y resalta que en el examen del actor no solo se corroboró ese dolor, sino que expresó trastornos de la sensibilidad epicrítica y protopática y diferencia de los reflejos profundos respecto éstos del otro miembro homónimo, es decir existe participación de raíces nerviosas.

Por último, respecto a la depresión manifiesta que el paciente tiene varios certificados que avalan la misma.

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, las respuestas brindadas por el experto y las conclusiones a las que arriba –en la pericia-, no se contraponen a la prueba rendida en autos (documental, instrumental y declaraciones testimoniales –de fs. 79/82 vta.-). Destacándose –principalmente- los estudios médicos, certificaciones, análisis de laboratorio y licencias (fs. 90/95, 139/141 y 143/160), como así también, la documentación enviada por la Directora del Hospital "El Chocón" en sobre cerrado (copias certificadas de la historia médica y certificados médicos, en 313 fojas), que fueran reservadas y se tienen a la vista –ver fs. 171/172-.

Así, el dictamen médico de fs. 96/97 reúne 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).

Y, en este sentido, las observaciones realizadas por la parte demandada en la impugnación de la pericia no logran conmover sus conclusiones.

En síntesis: la prueba rendida en autos es suficiente a los fines de acreditar la incapacidad del actor en el marco del artículo 39° de la Ley 611, por lo que propicio hacer lugar a la demanda.

En cuanto a las costas, en orden al principio objetivo de la derrota, serán soportadas por la parte demandada 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: 1º) Hacer lugar a la demanda incoada por el Señor Francisco Eduardo Araoz y, en consecuencia, condenar al Instituto de Seguridad Social del Neuquén a otorgar el beneficio de jubilación por invalidez en el marco del art. 39°, ss. y conc. de la Ley 611.; 2°) Imponer las costas a la demandada perdidosa (art. 68 del C.P.C.y C. y 78 de la Ley 1305); 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., apoderado de la actora, en la suma de pesos $3.150,00 y al Dr. ..., patrocinante de la actora, en la suma de pesos $7.900,00; al Perito Médico Dr. ..., en la suma de pesos $4.500,00 (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

"DELGADO ACUÑA ALICIA SANDRA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3365/2011) – Acuerdo: 93/16 – Fecha: 11/10/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

FALTA DE SERVICIO. MOTOCICLETA. CONTROL POLICIAL. CONTRAVENCIONES. SECUESTRO DE RODADO. DEPOSITO MUNICIPAL. GUARDA DE LA COSA. DEBER DE CONSERVACION Y CUSTODIA. ROBO. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. INDEMNIZACION.

1.- Corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta contra la Municipalidad de Neuquén y la Provincia de Neuquén y condenarlas a abonar una suma de dinero como indemnización, en razón de configurarse la responsabilidad de las codemandadas por falta de servicio, toda vez que se encuentra suficientemente probado que la motocicleta por la que se reclama era de propiedad de la actora, que fue secuestrada en un operativo de control de tránsito en el que se detectaron faltas contravencionales, depositada en un predio a cargo de la Dirección de Tránsito, y sustraída por personas desconocidas de aquel lugar, habiendo quedado ambas demandadas instituidas frente a la actora como depositarias del bien, asumiendo la obligación de devolución del rodado; lo que fue incumplido como consecuencia de un deficiente cuidado en la guarda de la misma.

2.- Es el deber de guarda y custodia del depositario el que se lleva a cabo de manera defectuosa por parte de las demandadas y que configura un funcionamiento irregular del servicio, en tanto que omitieron ejercer de manera eficiente el cuidado sobre el bien secuestrado.

Texto completo:

ACUERDO N° 93. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los once días del mes de octubre 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: "DELGADO ACUÑA ALICIA SANDRA C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN Y OTRO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3365/11, 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. 7/9 se presenta la Sra. Alicia Sandra Delgado Acuña, mediante apoderado, e interpone demanda contra la Provincia de Neuquén y la Municipalidad de Neuquén, por restitución de bien, o en su defecto su valor, con más daños y perjuicios, intereses y costas.

Relata que el 24 de marzo de 2009, la motocicleta de su propiedad marca Honda C105 BIZ KS, dominio 226ELY, se encontraba estacionada en calle J.J Lastra y Gatica de esta ciudad.

Que en dicha oportunidad se presentó la Policía de Tránsito de la Provincia, solicitando a su cónyuge –Luis Castillo-, la documentación del rodado.

Expone que pese a que el Sr. Castillo insistió en que sólo estaba estacionado aguardando a su esposa, la Policía procedió a labrar actas de infracción por falta de documentación y elementos para circular, procediendo al secuestro del rodado.

Describe que cumplimentó todos los requisitos que le fueron solicitando desde el Tribunal de Faltas del Municipio, hasta obtener el

levantamiento del secuestro y la orden para retirar la motocicleta.

Afirma que al presentarse a retirar el rodado, se le indicó verbalmente que el vehículo había sido robado del predio y se le exhibió una copia simple de acta de denuncia que indicaba que la motocicleta no se encontraba y que había sido denunciada como faltante.

Explica que la motocicleta fue secuestrada por la Policía Provincial, mientras labraba infracciones para la Municipalidad de Neuquén. Que el rodado se puso a disposición del Tribunal de Faltas, tras lo cual fue depositado en un predio de secuestro de automotores dependiente de la Dirección de Tránsito de Neuquén, a cargo de personal policial de la Provincia de Neuquén.

Indica que tanto la Municipalidad como la Provincia resultaban custodios de la motocicleta, y debían devolverla en el mismo estado en el que se encontraba al momento del secuestro, conforme las obligaciones del depositario.

Les imputa una deficiente custodia del bien secuestrado, permitiendo que fuese sustraído del depósito, lo que derivó en el incumplimiento de la obligación de restituir el rodado.

Sostiene que ninguna excusa puede alegarse, ni hechos de terceros ni ilícitos, puesto que el depósito estaba custodiado por la fuerza policial, quien tiene que evitar los delitos en todo el territorio provincial, y con mayor razón en sus propios predios.

Solicita que ante la falta de entrega del rodado, se disponga el pago de una indemnización en dinero por igual valor al de la motocicleta, que al momento del secuestro estaba prácticamente sin uso, con más daños y perjuicios por la indisponibilidad del vehículo.

Estima el valor del rodado en la suma de $7.350 conforme presupuesto emitido por “Honda Center”, y la suma de $50 pesos diarios por privación de uso y compensación del medio de transporte.

Funda en derecho y peticiona.

II.- A fs. 30 y vta. se dicta la Resolución Interlocutoria N° 138/2012 que declara la admisión del proceso.

III.- A fojas 95/96 el actor ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 107/113, la Provincia de Neuquén, 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, interpone defensa de falta de legitimación pasiva.

Alega que la parte actora debió dirigir la acción únicamente contra la Municipalidad de Neuquén, puesto que de su carta orgánica surge su autonomía.

Expone que el propio actor reconoce que el Tribunal de Faltas dispuso el secuestro del rodado y que éste fue depositado en un inmueble que se encuentra bajo la esfera del Municipio.

Argumenta que la actora sólo recurrió al Poder Ejecutivo Provincial a los fines del agotamiento de la vía. Cita jurisprudencia.

Luego, sostiene la inexistencia de responsabilidad del Estado Provincial, y transcribe el Decreto 1020/11 del expediente administrativo. Insiste en que más allá de discutir la legitimación pasiva -por cuanto el predio, la orden de secuestro y la custodia del bien es de la Municipalidad de Neuquén-, también es necesario determinar si el predio cuenta con un seguro de responsabilidad civil.

Finalmente, impugna los rubros reclamados e indica que la actora no adjuntó prueba alguna con respecto al daño emergente ni la privación de uso.

V.- A fs. 115/120 contesta demanda la MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN.

Luego de la negativa de rigor, relata su versión de los hechos.

Expone que según surge de los expedientes contravencionales, el día 24/03/2009 la actora permitió con intención, discernimiento y voluntad, que su cónyuge circulara en su motocicleta sin licencia de conducir, sin documentación del rodado, sin seguro, sin espejos retrovisores ni casco.

Dice que después de la sentencia que la declara responsable de las faltas contravencionales, se le concedió un plan de pagos a su requerimiento y se libró oficio a la Dirección de Tránsito de la Provincia de Neuquén, a los fines de que restituya la motocicleta secuestrada.

Describe que intimó a la actora a cumplir con el plan de pagos y que solicitó por oficio a la Policía de Tránsito Provincial que le informara sobre la restitución de la motocicleta.

Sostiene que hasta allí surge el ejercicio de la función administrativa contravencional.

Alega que el estado municipal nunca tuvo la custodia del bien ni fue depositaria del rodado secuestrado.

Indica que en el procedimiento intervinieron agentes dependientes o empleados de la Provincia, y que la motocicleta fue trasladada y dejada en el predio que está bajo el cuidado y custodia de la Dirección Provincial de Tránsito de la Provincia de Neuquén.

Sostiene que el predio es de uso de la repartición de la policía del Estado Provincial, y que es el Estado Provincial el que se

constituyó en depositario del bien, asumiendo la obligación prescripta en el art. 2182 del CC.

Que para esto, debe tenerse en cuenta lo establecido en el Convenio firmado oportunamente entre la Policía y la Municipalidad, que establece expresamente que la custodia de los vehículos secuestrados recae sobre la policía provincial.

Por otro lado, argumenta que nada puede hacer la municipalidad cuando un tercero ajeno, infringe lo establecido por la normativa vigente. Que la Municipalidad desconoce quien y como se hurtó o robó la motocicleta de la actora, y que por causa ajena se encuentra imposibilitada de ejercer el debido control de custodia.

Alega que se produjo un hecho que rompe la relación de causalidad como presupuesto de responsabilidad, siendo responsable el Estado Provincial o un tercero por quien la Municipalidad no tiene que responder.

Advierte que no se podía materializar el ejercicio de la función administrativa municipal cuando la custodia dependía del personal provincial.

Se refiere al "análisis de razonabilidad" que debe formularse en el caso concreto y afirma que era materialmente imposible custodiar el predio, por lo que no existió conducta antijurídica alguna del municipio.

Hace mención de los daños reclamados, ofrece prueba y funda en derecho.

VI.- A fs. 130 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 263.

VII.- A fs. 268/275 dictamina el Sr. Fiscal General del Tribunal, quien propicia hacer lugar a la demanda.

VIII.- A fs. 276 se llama autos para sentencia, providencia que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- De acuerdo a la pretensión procesal deducida en la demanda, el caso se encuadra en un supuesto de responsabilidad del Estado por la presunta "falta de servicio" consistente en el ejercicio irregular de la función de guarda y custodia sobre los bienes que se encuentran secuestrados, como consecuencia del contralor sobre el tránsito y la vía pública.

Para que se configure este 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).

Cabe recordar, además, que la responsabilidad por falta de servicio puede configurarse ante una conducta omisiva por parte del Estado, cuando ello afecte la regular ejecución de obligaciones legales, e incluso de mandatos generales e indeterminados que surgen razonablemente del ordenamiento jurídico; esto último con un lógico carácter restrictivo (en este sentido, Acuerdo 1452/07).

X.- Ingresando en los hechos descriptos en el escrito de inicio, de las constancias del expediente surge que la titularidad del rodado era de la Sra. Delgado Acuña, de conformidad con la contestación de oficio del Registro Nacional de la Propiedad Automotor (fs. 168), lo que es concordante con la documental acompañada por la actora (fs. 57).

El secuestro de la motocicleta realizado en un procedimiento de control en fecha 24/3/09 y su depósito en el "playón de la Dirección de Tránsito", se encuentra acreditado con lo actuado en el Expediente N° 8294-8296-8298-8300-8302 del año 2009, del Tribunal Municipal de Faltas (fs. 9, 11).

En cuanto a la sustracción del rodado, el hecho dio lugar a la actuación preliminar "DIR. TRANS. NQN S/ INV. ART 150 DEL RAAP" y, asimismo, fue tratado por el Equipo Fiscal N° 1 en "Delgado Acuña, Alicia Sandra s/ Denuncia Hurto" Expediente de Inv. Prevencional, IPP 12766, año 9, cuyas copias certificadas fueron agregadas a fs. 195/226.

Así, se encuentra suficientemente probado que la motocicleta por la que se reclama era de propiedad de la actora, que fue secuestrada en un operativo de control de tránsito en el que se detectaron faltas contravencionales, depositada en un predio a cargo de la Dirección de Tránsito, y sustraída por personas desconocidas de aquel lugar.

XI.- Ahora bien, establecidos los hechos que originan la demanda, corresponde dilucidar las funciones que se encontraban a cargo de las demandadas y si se advierte o no un ejercicio irregular de ellas, que configure la responsabilidad del Estado por falta de servicio.

Conforme surge de las constancias de fs. 236/240, la Municipalidad de Neuquén y la Policía de la Provincia de Neuquén, celebraron un convenio con el objetivo de cooperar y asistirse mutuamente en el ejercicio de tareas de prevención de accidentes de tránsito, en la regulación, ordenamiento y control del tránsito vehicular urbano, y en labrar actas de infracción de faltas contravencionales.

Tal como fue acordado, como puede observarse de las actuaciones administrativas incorporadas al expediente a fs. 20 y 100, el Tribunal de Faltas Municipal y la Policía Provincial –Dirección de Tránsito- actuaron conjuntamente en una serie de actos, ejerciendo la función de control de tránsito, que llevaron al secuestro y depósito de la motocicleta de la actora.

De esta manera, las demandadas, al momento de secuestrar la motocicleta dominio 226ELY, se convirtieron en depositarias del

bien, y por aplicación analógica del entonces vigente art. 2210 del C.C., debían devolver la misma cosa en el estado en el que fue puesto bajo su cuidado. Esto implica que las demandadas depositarias asumieron el deber de guarda y custodia sobre la motocicleta, a los fines de la posterior devolución de la misma.

Esto último –la devolución de la motocicleta a su propietaria-, no pudo concretarse como consecuencia de la sustracción de la misma del predio donde se encontraba bajo vigilancia de la Policía Provincial, por disposición del Tribunal de Faltas.

En definitiva, es el deber de guarda y custodia del depositario el que se lleva a cabo de manera defectuosa por parte de las demandadas y que configura un funcionamiento irregular del servicio, en tanto que omitieron ejercer de manera eficiente el cuidado sobre el bien secuestrado.

XII.- Sobre las defensas alegadas por la Municipalidad de Neuquén, en tanto quesostiene que materialmente no poseía la guarda y custodia del bien secuestrado, y que el deficiente cuidado de la motocicleta sólo le es imputable a la Policía Provincial de la Dirección de Tránsito, vale señalar que, tal afirmación, no puede ser corroborada con las pruebas aportadas a la causa.

Por un lado, en los convenios celebrados entre la Comuna y la Policía agregados a fs. 238/9 –que cita la Municipalidad en su defensa-, nada se estipula sobre la responsabilidad por la guarda y custodia de los bienes secuestrados, que permita diferenciar y deslindar responsabilidades frente a terceros ajenos al vínculo.

Por otro lado, de los hechos que surgen de las actuaciones administrativas labradas por el Tribunal de Faltas, se advierte en todo momento una actuación conjunta de las codemandadas en los sucesos: se inicia con el acta de procedimiento confeccionado por la Policía Provincial, el que es elevado al Tribunal de Faltas que confirma el secuestro realizado, da trámite al expediente y dicta sentencia.

De esta manera, no se patentiza en las actuaciones la existencia de alguna eximente de responsabilidad a favor de la Municipalidad de Neuquén.

XIII.- En el escenario descripto, tampoco puede tener acogida la defensa introducida por la Provincia del Neuquén en punto a su falta de legitimación pasiva.

Para sostener la defensa interpuesta, alega que su intervención en la instancia administrativa fue requerida por la actora con el sólo objeto de agotar la vía administrativa, y que la acción procesal debió dirigirse únicamente contra la Municipalidad de Neuquén.

Sin embargo, de la lectura de la demandada, así como también del escrito de inicio del expediente administrativo N° 5000-001910/2010, puede advertirse que la parte actora le imputa responsabilidad directa a la Provincia de Neuquén, en virtud de la participación de la Policía de la Provincia en los hechos que alega. La actora entiende que tanto la Municipalidad de Neuquén, como la Provincia de Neuquén, asumieron el carácter de depositarios del rodado, y por ello dirige la demanda contra ambas.

De modo que, de cara al análisis que se viene realizando, puede concluirse que ambas demandadas quedaron instituidas frente a la actora como depositarias del bien, asumiendo la obligación de devolución del rodado; lo que fue incumplido como consecuencia de un deficiente cuidado en la guarda de la misma.

Razón por la cual, vemos configurada la responsabilidad de las codemandadas por “falta de servicio”.

XIV.- Establecido lo anterior, corresponde ocuparse de la extensión del daño y montos de reparación. La actora reclama la restitución del bien, o en su defecto, una indemnización por el valor de la motocicleta sustraída, que estima en la suma de $7.350, más la suma de $50 pesos diarios en concepto de privación de uso y compensación del medio de transporte.

XIV. a) En este punto, se advierte que de las actuaciones del Equipo Fiscal 1 “DELGADO ACUÑA, ALICIA SANDRA S/ DENUNCIA HURTO” EXPEDIENTE DE INV. IPP 12766 - AÑO 9 (fs. 195/226), surge que en un operativo policial del 29/10/10 fue secuestrada y recuperada una motocicleta motor N° HA07E65004508, Marca Honda, Modelo C105 cc, chasis N° 9C2HA07605R004508, lo que dio lugar al legajo fiscal caratulado: “HERMOSILLA SERGIO JONATHAN S/ ENCUBRIMIENTO (MOTOCICLETA MARCA HONDA, MOTOR HA07E65004508) IPP 2071-10.

De las constancias de la causa, surge que la Policía de la Dirección de Tránsito se comunicó telefónicamente con la Sra. Delgado (fs. 214vta., 16/12/10), a los fines de informarle la recuperación de la motocicleta y requerirle que se presente a retirar la misma. Frente a ello, la actora negó que la motocicleta recuperada fuera la suya.

Luego, a fs. 222, la Sra. Delgado presentó un escrito ante el Equipo Fiscal, informando la existencia de la presente causa judicial (23/8/13).

No obstante lo anterior, lo cierto es que considerando el tiempo transcurrido desde aquellas actuaciones, y que nada se argumentó y probó al respecto, no es posible en esta instancia corroborar que aquella motocicleta que fue secuestrada en el operativo de fecha 29/10/2010 (fs. 203 vta.) sea la motocicleta de propiedad de la actora.

Ante esta situación de orfandad probatoria y en búsqueda de una solución que ponga fin al pleito, cabe estimar el valor de la indemnización conforme a las facultades otorgadas por el art. 165 del Código Procesal Civil y Comercial, de aplicación supletoria.

Así las cosas, se establecerá un monto prudencial de indemnización que tenga en cuenta el valor de la motocicleta, sin perder de vista que es un bien de uso sujeto a una depreciación temporal y que al momento del secuestro contaba con tres años de antigüedad.

Sobre la prueba del valor del birodado, a fs. 56 la actora acompaña un presupuesto de Honda Center de fecha 27/7/09, que indica que el precio de un ciclomotor como el suyo (Honda Biz. C. 105 CC) era de $7.350.

Por otro lado a fs. 177, obra informe del mismo comercio (Honda Center), en el que indica que la motocicleta fue adquirida por la Sra. Delgado el día 20/11/2006 por el monto de $4.800.

Luego a fs. 184 el 29/5/2013, se informa que la motocicleta por la que se reclama “no está en vigencia” y que por ello no existe un valor actual, no obstante lo cual una motocicleta modelo 2005 rondaría los $5.000.

Más adelante, a fs. 187 en fecha 29/5/2013 obra contestación de oficio de Honda Center reconociendo la autenticidad del presupuesto acompañado a fs. 56 ($7.350), con la aclaración de que ese modelo de motocicleta no se comercializa más, y el equivalente actual es un rodado cuyo importe es de $10.000.

Por su parte, las codemandadas no produjeron prueba en contrario.Considerando la diferencia de los valores aportados, se tomará en cuenta el presupuesto acompañado por la actora a fs. 56 ($7.350 valor del birodado nuevo) que guarda la mayor proximidad temporal con el hecho, al que se le reducirá un 40% teniendo en cuenta la fecha de adquisición del bien (tres años de uso anteriores al secuestro fs. 177) y la depreciación temporal.

En base a lo expuesto, se determina el monto de indemnización por daño material en la suma de $4.410.

XIV.- b) Sobre el monto reclamado por privación de uso y compensación del medio de transporte, la actora no produjo prueba alguna sobre su cuantificación.

No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia se pronuncian a favor del reconocimiento del rubro bajo análisis, no exigiendo prueba concreta del daño experimentado, en el entendimiento que la sola privación es suficiente para tener por consumado el detrimento negativo patrimonial.

En el caso, la actora se vio privada del uso del ciclomotor desde la fecha de levantamiento del secuestro (01/07/2009 conforme fs. 53 del Expte N° 8294-8296-8298-8300-8302 del año 2009).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, y en uso prudencial de la facultad conferida por el art. 165 del Código Procesal, corresponde reconocer por este ítem la suma de $2.000.

XV.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de $6.410. Los intereses deberán calcularse a partir de la fecha de la orden de levantamiento de secuestro 01/07/2009 hasta su 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 a las demandadas vencidas, de conformidad con lo dispuesto por el art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305. MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor Kohon y la solución propiciada en su fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda interpuesta y, en consecuencia, CONDENAR a la Municipalidad de Neuquén y a la Provincia de Neuquén a abonar la suma de $6.410 a la actora Alicia Sandra Delgado Acuña, con más los intereses que surgen del considerando XV.; 2°) Imponer las costas a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305); 3°) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

"MARIFIL CARLOS ARGENTINO C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL

ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2109/2007) – Acuerdo: 100/16 – Fecha: 21/10/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

POLICIA. DESALOJO. INGRESO A PLANTA DE GAS. PROYECTIL ANTITUMULTO. ARMA REGLAMENTARIA. HERIDA EN LA PIERNA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DAÑOS Y PERJUICIOS. FALTA DE SERVICIO. RECHAZO DE LA DEMANDA.

> Cabe rechazar la pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios que el actor dice haber padecido como consecuencia de las lesiones que le produjo el impacto en su pierna de un proyectil proveniente un un arma reglamentaria antitumulto disparada por un efectivo de la Policía de la Provincia del Neuquén en oportunidad de desalojar el ingreso a una planta de gas que se encontraba obstaculizado por una manifestración o bloqueo del que participaba el accionante, pues lo cierto es que la intervención policial se advierte justificada ante el grave peligro para la seguridad de la comunidad que se denunciaba, por la planta de gas en funcionamiento sin que se permitiera el paso de personal técnico para su control (conforme actuaciones penales …). Y, por otra parte, debe decirse que en el momento del desalojo, la serie de sucesos no resultan con claridad de las probanzas de autos, existiendo testigos que reconocen la violencia suscitada en el evento y el resultado de efectivos -policiales- heridos. De esta manera, no resulta posible afirmar que el actuar de los agentes policiales resultara injustificado o desproporcionado, y por tanto, que exista un actuar irregular que configure una "falta de servicio" por parte del Estado demandado.

Texto completo:

ACUERDO N° 100. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los veintiún días del mes de octubre 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: "MARIFIL CARLOS ARGENTINO C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2109/7, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 36/40 se presenta el actor Carlos Argentino Marifil, mediante apoderado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Solicita que se haga lugar a una indemnización por los daños y perjuicios que se le ocasionaron, estimando el valor de ellos en la suma de $180.000, con más los intereses gastos y costas del juicio.

Relata que el día 28 de diciembre de 2004, fue el blanco de un disparo efectuado con una escopeta recortada, de las denominadas antitumultos, que a muy corta distancia y supuestamente con balas de goma, fue disparada por un efectivo policial ocasionándole lesiones gravísimas.

Describe que el hecho ocurrió a las 20:30 horas aproximadamente, en la Ruta N° 22 a unos 20 kilómetros hacia el oeste de la Ciudad de Cutral Có.

Afirma que como consecuencia de ello, sufrió una seria lesión en su pierna izquierda parte inferior, y permaneció internado durante diecisiete días.

Alega que en la actualidad, con 35 años de edad, se encuentra imposibilitado de trabajar normalmente y con una lesión de carácter permanente que le ha frustrado absolutamente su capacidad laborativa.

Indica que fue sometido a tres intervenciones quirúrgicas y que estuvo a punto de perder su pierna mediante una amputación.

Manifiesta que debió ser sometido a tratamiento psicológico para sobrellevar la situación y que no pudo conseguir trabajo desde la

lesión.

Sostiene que seguramente no podrá conseguir trabajo por el resto de su vida, y destaca que antes del hecho realizaba distintos trabajos esporádicos para empresas de servicios petroleros, por los que percibía aproximadamente $1.800 por quincena.

Ofrece prueba.

En referencia a los daños por los que reclama, en primer término, solicita indemnización en concepto de daño moral por la suma $60.000. Afirma que la lesión efectuada por un funcionario policial ha afectado su equilibrio espiritual y que la demandada debe responder por ello.

En segundo lugar, explica que sufrió gravísimos daños físicos, que le imposibilitan realizar cualquier labor, ya que no puede mantener firme su pierna al caminar. Por este ítem reclama la suma de $80.000.

En tercer lugar, menciona que como consecuencia del hecho ha sufrido un severo ataque a su salud psíquica. Solicita que se lo indemnice por daño psicológico por la suma de $35.000. Expone, además, que no debe confundirse el presente rubro con el reclamo de daño moral, puesto que el daño psicológico excede los límites de aquel.

En cuarto lugar, reclama la suma de $5.000 en concepto de daño emergente.

Sostiene que debió sufragar los gastos propios de las atenciones originadas por el hecho, lo que implicó curaciones, gastos en medicamentos e internaciones.

Finalmente, practica liquidación por la suma de $180.000.

Luego, en el punto IX, realiza el encuadre normativo de la responsabilidad.

Indica que conforme a los hechos expuestos, la responsabilidad civil de carácter objetivo de la demandada surge por el incumplimiento de la obligación asumida de la Policía Provincial de prestar adecuadamente el servicio a su cargo.

Describe que la lesión fue ocasionada por personal provincial, y con un arma de titularidad de la Provincia de Neuquén.

Se refiere a la Constitución Nacional, y apunta que si bien no hay artículo que atribuya responsabilidad reparatoria por el daño causado, hay presupuestos fundamentales que consagran la reparación de los derechos ofendidos, de los que se extraen los principios fundamentales de la responsabilidad estatal: sacrificio especial e igualdad ante las cargas públicas, y garantía del derecho de propiedad.

Aclara que de esa manera, la Constitución brinda fundamento jurídico para declarar la responsabilidad, cuándo la actividad de cualquiera de sus órganos cause un perjuicio especial a un administrado, en violación de los derechos que la misma Constitución consagra.

Funda en derecho citando los arts. 4, 16, 17 de la Constitución Nacional, la

Constitución Provincial y el art. 1113 del Código Civil.

II.- A foja 56 y vta., por medio de la RI N° 6468/08 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 59, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 66/68 la Provincia del Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado 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.

Argumenta que analizada la demanda en traslado, se advierte que el actor incurre en serias omisiones fácticas y jurídicas, sin establecer verosimilitud en la ocurrencia del hecho como tampoco en la supuesta relación de causalidad con la demandada.

Sostiene que resulta inaplicable la carga probatoria que prescribe el art. 1113, atento a la vaguedad de la reclamación que impone al actor la carga de probar los hechos que alega como fundantes de su demanda.

Aclarado ello, resalta que de los relatos del propio actor surge que era un manifestante que, en forma violenta y resistiendo a la autoridad policial que se encontraba prestando sus funciones, atacó a un grupo de efectivos que se vieron obligados, en pos del restablecimiento de la paz social y en protección y resguardo de su propia integridad física, a la utilización de los medios legales anti-tumulto.

Insiste en que ello es lo que surgiría del omisivo relato de los hechos que realiza el actor, puesto que no surge constancia alguna de la autoría de las alegadas lesiones.

Describe que la legislación vigente autoriza y permite a la autoridad policial, en cumplimiento de las funciones que justifican su existencia, a reaccionar frente a la provocación o ataque a su personal, por manifestantes violentos que perturben el orden público y la paz social, como también cuando se presente un peligro para bienes o terceras personas.

Sostiene que el actuar policial se advierte apegado a la ley, lo que elimina toda pretendida ilicitud en el obrar de los dependientes de la demandada.

Asimismo, alega que reprochar a la fuerza policial responsabilidad por hechos de legítima intervención frente a la cada vez más

común resistencia a la autoridad en el marco de piquetes y manifestaciones, implica darle carta blanca a los delincuentes, generando situaciones de caótica inseguridad.

Por otro lado, rechaza por absurdo e improbable la gravedad de las heridas alegadas por el actor, así como también las secuelas e incapacidades que dice sufrir el Sr. Marifil.

Rechaza los rubros reclamados, expresa desinterés en la producción de la pericial médica y psicológica, ofrece prueba y peticiona.

V.- A fs. 71 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 319.

A fs. 322/329 obran los alegatos producidos por la parte actora.

VI.- A fs. 331/335 dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

Entiende que los argumentos de la demandada, en tanto sostiene que el actor era uno de los manifestantes que en forma violenta resistió a la autoridad policial en ocasión de cumplir con sus funciones, atacando en grupo a los efectivos allí constituidos, quienes se vieron obligados en pos del restablecimiento de la paz social, y en protección y resguardo de su propia integridad física a utilizar medios legales antitumulto, operan como eximente de la responsabilidad estatal.

VII.- A fs. 338 se dicta la providencia 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 encuentra su origen en la actividad desplegada por agentes pertenecientes a la Policía de la Provincia de Neuquén, en el desempeño de sus funciones.

El caso a resolver se enmarca, entonces, en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado por la presunta “falta de servicio” en la que habría incurrido personal de la policía provincial.

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).

Así, para que se configure el supuesto de responsabilidad que el accionante pretende, 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).

IX.- Debe remarcarse que el elemento esencial para la configuración de la responsabilidad bajo análisis, es el carácter irregular o deficiente de la prestación del servicio, lo que debe ser corroborado mediante pruebas claras y concretas, que permitan concluir firmemente que la imputación del daño es consecuencia de un actuar estatal que compromete su responsabilidad.

Bajo estos lineamientos, corresponde determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de sus funciones, 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).

Intentando realizar una reconstrucción del hecho desde las pruebas aportadas (en lo que resultan coincidentes el relato del actor de fs. 37, las testimoniales de fs. 138/145, notas periodísticas de fs. 133/135 y expediente penal agregado a fs. 235) puede decirse que el evento dañoso ocurrió el día 28 de diciembre de 2004, en una zona conocida como Portezuelo Chico, a unos 20 kilómetros de la ciudad de Cutral Có. Allí, un grupo de personas que se presentan como integrantes de una comunidad denominada Lonco Purrán, incluido el actor, bloquearon el acceso a una locación de una empresa que se encontraba realizando trabajos de explotación hidrocarburífera, como protesta a “tareas expansivas de explotación” (fs. 243). En circunstancias que surgen controvertidas en el expediente, se produce un enfrentamiento con la fuerza policial, que termina con el Sr. Marifil herido en su pierna izquierda.

Las circunstancias que rodearon el hecho y que se encuentran controvertidas, son las que deben esclarecerse mediante la actividad probatoria de las partes a los fines de analizar el accionar de la demandada, para así ver si se encuentra configurado el elemento principal de la responsabilidad estatal alegada.

Específicamente en el caso, al tratarse del obrar policial provincial, que implicó el uso de la fuerza, debemos analizar si se verifica que ese actuar fue desmedido, desproporcionado, injustificado, y por tanto irregular.

A los fines de examinar la cuestión en el caso concreto, resulta esclarecedor mencionar que la Corte Suprema sugiere algunos parámetros que permiten profundizar sobre el factor de atribución por “falta de servicio”. En este sentido, en “ZACARIAS CLAUDIO H. C/ CORDOBA PROVINCIA DE Y OTROS S/SUMARIO” ha dicho que, “la falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Répertorie de la responabilité de la puissance publique, Dalloz, Faute de service, n° 178)” (CSJN, 28/04/1998,Z. 15. XXIII. ORI).

Ahora bien, respecto a la naturaleza del servicio prestado por las fuerzas policiales de la Provincia, y los medios de que dispone el servicio, la Ley Provincial 715, en su art. 28 inc. b), dispone que el personal policial tiene la obligación de "Adoptar, en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su comisión".

En igual sentido, y con más detalle, la Ley 2801 contiene diversas disposiciones sobre el tópico. Así, luego de establecer en su art. 1 que la Policía de la Provincia de Neuquén es la institución que tiene a su cargo el mantenimiento del orden público y la paz social, especifica en su art. 7 que la policía de seguridad tiene como función, esencialmente, el mantenimiento del orden público, la preservación de la seguridad pública, y la prevención del delito.

Más adelante, la normativa citada, establece que la fuerza debe prevenir y reprimir toda perturbación al orden público, garantizando especialmente la tranquilidad de la población, la seguridad de las personas, la propiedad y demás derechos contra todo ataque o amenaza.

En el art. 10, se brindan pautas más concretas respecto al modo en el que deben proceder los agentes policiales para cumplir con dicha finalidad. Se menciona que la Policía Provincial es representante y depositaria de la fuerza pública en su jurisdicción, y que en tal calidad le es privativo hacer uso de la fuerza "b) cuando fuere necesario mantener el orden, garantizar la seguridad, impedir la perpetración del delito y en todo otro acto legítimo de ejercicio; c) asegurar la defensa oportuna de su persona, la de terceros o de su autoridad, para lo cual el agente esgrimirá sus armas cuando fuera necesario; d) en las reuniones públicas que deban ser disueltas por perturbar el orden o en las que participen personas con armas u objetos que puedan utilizarse para agredir, la fuerza será empleada después de desobedecidos los avisos reglamentarios".

Además, el art. 18 inc. g) y h), establece que los agentes deben actuar con la decisión y celeridad necesarias cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance; y disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad, de conformidad con los principios mencionados en el apartado anterior.

Ahora bien, realizado el recuento de la normativa que regula el accionar policial de acuerdo a su naturaleza y finalidad, veremos si en el caso concreto el desempeño de los agentes policiales no se ajustó a las pautas brindadas a partir de las pruebas aportadas a la causa.

Puede observarse que, en un primer momento, conforme surge de fs. 273 (acta de constatación), el 22 de diciembre del 2004, personal policial se hace presente en el lugar del hecho a pedido del ciudadano García Coto, quien informa que se originó una disputa con una comunidad de la zona, quienes efectuaron un corte de las picadas que permiten el acceso al sector en el que se encuentran operando distintas maquinarias. En esa situación, se mantuvo un diálogo entre representantes de la empresa, agentes policiales y miembros de la comunidad, tras lo cual se accedió al retiro de maquinarias pero se impidió el pase del personal para el control de la planta de gas que se encontraba en funcionamiento.

En una segunda oportunidad, la Policía toma intervención en el asunto luego de una nueva denuncia penal realizada por el Sr. Agustín Lopez Herrero, quien se identifica como Gerente de Operaciones zonal de una empresa Pioner (fs. 273), y describe que el bloqueo efectuado está imposibilitando e impidiendo el acceso del personal de la empresa a la locución PN.A.7, y lo que considera más grave, se está impidiendo el acceso a la planta de separación y compresión de gas en portezuelo norte. Explica que esa planta procesa la totalidad de 400000 MC por día y que tiene sus tanques de almacenamiento al límite, lo que genera serios peligros de evacuar los mismos, al no poder llevar a cabo el control de los motocompresores y del normal funcionamiento de la planta. Solicita una inspección ocular por parte de la fuerza policial y que se desaloje a los ocupantes o que se "permita el ingreso del personal técnico para evacuar los tanques y evitar el grave riesgo que genera la falta de atención de la planta".

Ante esta nueva denuncia penal de agravamiento de la situación y de peligro ante la imposibilidad de que acceda personal técnico a la planta de gas que se encontraba en funcionamiento, las fuerzas policiales realizan una inspección ocular de la situación (fs. 277), que debe resaltarse, al 28 de diciembre llevaba aproximadamente una semana conforme surge de las declaraciones del propio actor (fs. 243).

Aquí se produce una nueva instancia de diálogo, entre personal policial y miembros de la comunidad, quienes negaron el paso de la comisión de inspección ocular a la planta de la empresa cuyo acceso se encontraba bloqueado.

Estas instancias previas de diálogo resultan concordantes con las manifestaciones de los Secretarios Gremiales que se encontraban presentes en el hecho que origina la demanda, a pedido de la comunidad y ante el inminente desalojo a desarrollarse. El Sr. Quesada, Secretario General de ATE al momento del evento, luego de indicar que ATE prestaba frecuentemente colaboración con la comunidad, explicó que se encontraba en el lugar a solicitud de la comunidad y que "particularmente ese día

fue una comunicación telefónica de parte de gente de la comunidad para que asistiéramos porque estaban a punto de reprimirlos". Por su parte, el Sr. Morales (fs. 143/145), indica que era el Secretario Gremial de ATEN y que fue convocado al lugar por el Sr. Quesada, quien le informó que "puede haber una posible represión por parte de la policía".

Así las cosas, cerrada la instancia de diálogo y como se dijo, ante la denuncia de grave peligro por el funcionamiento de la planta de gas, se produce concretamente el enfrentamiento de la comunidad con la Policía Provincial.

Sobre aquél momento, existen versiones encontradas sobre el proceder de las fuerzas policiales y al carácter pacífico o no de la manifestación instaurada.

Al respecto, dos de los testigos aportados por la actora, son convenientemente coincidentes en afirmar que la manifestación era pacífica. El testigo Chureo (fs. 138/139), quien se presenta como hermano de raza del actor y como participante de la manifestación, luego de citar la Ley 17139 de Minería, expuso que "estamos haciendo una manifestación pacíficamente dentro de la comunidad y fuimos desalojados y reprimidos por la Policía". El testigo Quesada, preguntado que fue sobre si la manifestación era violenta o pacífica, contestó que "si bien era un corte de una picada con acceso a una empresa, había una picada alternativa para el ingreso. La manifestación era pacífica".

Por el contrario, en las actuaciones penales, personal policial desafectado de sus funciones a los fines de prestar declaración, refieren a un escenario que difiere completamente al descripto por el actor y los testigos que ofrece.

A fs. 257 y 280 el Sr. Lecaro, relató que los manifestantes se encontraban bloqueando el paso con obstáculos y haciendo fuego, oponiéndose rotundamente a despejar el lugar frente a los pedidos policiales. Luego, expone que se "agota la instancia de diálogo, y el jefe a cargo del operativo dispone que el personal de grupo actúe en consecuencia, para lo cual los mismos a cargo del Oficial Inspector Hurtado, realiza disparos utilizando la escopeta federal para lanzar granadas disuasivas, logrando de esa manera que las personas se replegaran hasta un lugar donde tenían una especie de carpa, mientras tanto el personal policial procede a apagar el fuego y liberar el tránsito, encontrando en el lugar donde estaban anteriormente estas personas una garrafa de gas, que se encontraba con el gas abierto. Que el personal del grupo toma posición, frente a dónde se habían quedado estas personas, con el fin de proteger el paso de los camiones que se dirigían al pozo, que en esas circunstancias son agredidos con elementos contundentes, piedras, lo que obliga nuevamente al uso de las escopetas con cartuchos posta de goma, que en determinado momento el ciudadano que mencionó como apellido Rodríguez quien mantenía en su mano un bidón con un líquido en su interior, comienza a acercarse hacia donde me encontraba con el Sargento Primero Sambueza con manifiestas intenciones de arrojarnos el contenido, amenazándonos e insultándonos, por lo cual trató de disuadirlo a fin de que desista su actitud, con resultados negativos….".

Describe que ante esta situación, derramado con líquido aparentemente combustible y desconociendo si la persona poseía algún elemento con el que proceder a la ignición, se ve obligado a enfrentarlo y es allí cuando varias personas intervienen en defensa de esa persona, hasta que finalmente logra quitarle el bidón y desiste del forcejeo puesto que el Sr. Rodríguez se escudó con un menor de edad. Describe que recibió agresiones que le provocaron una lesión en la mandíbula derecha y el antebrazo derecho.

Ante esta confusa situación de relatos encontrados, resulta relevante el acta de denuncia del Sr. Velazquez de fs. 236, quien se identifica como representante de la Comunidad Mapuche Lonco Purrán, y hace referencia a que los manifestantes utilizaron piedras para defenderse de la agresión policial, lo que no resulta armónico con los relatos de los testigos de fs. 138/145 que en todo momento sostienen la actitud pacífica de los manifestantes.

Por su parte, las notas periodísticas agregadas a fs. 133/134 sólo dan cuenta de la existencia de un enfrentamiento entre la comunidad y la Policía Provincial, sin aportar datos concretos sobre las circunstancias que rodearon el hecho.

Ahora bien, frente a este escenario de pruebas contradictorias, en la que los testigos no son ajenos al evento dañoso, lo cierto es que no existe certeza respecto a la irregularidad del servicio prestado; menos respecto de la actitud pacífica de los manifestantes en el acontecimiento. Ello no permite visualizar con la nitidez necesaria la configuración del elemento central de la responsabilidad estatal, es decir, la alegada irregularidad del actuar policial.

Por el contrario, existen pruebas de un actuar ajustado a la normativa en cuestión. De las actas policiales se observan las distintas etapas de diálogo intentadas y también la gravedad que fue adquiriendo el conflicto ante el peligro inminente que representaba una planta de gas en funcionamiento sin que personal técnico capacitado de la empresa pudiera acceder a controlar y garantizar la seguridad del lugar (fs. 276), lo que justificó la intervención policial en su deber de garantizar la seguridad pública conforme le ordena el art. 18 inc. h) de la Ley 2801.

Asimismo, en referencia al uso de la fuerza -cuyo monopolio detenta la Policía en su carácter de institución a cargo del mantenimiento del orden público-, y específicamente en cuanto a la condición dispuesta por el art. 10 de la Ley 2801, sobre que "la fuerza será empleada después de desobedecidos los avisos reglamentarios", obran testigos contestes en afirmar que los agentes

policiales dialogaron con representantes de la comunidad con anterioridad, y que el Sr. Quesada, Secretario Gremial llamado por la comunidad al lugar, actuó como intermediario en las conversaciones. En este sentido declara el propio testigo Quesada ("obviamente dialogaron primero", "transcurridos varios minutos la policía optó por sacar a los manifestantes mediante el uso de la fuerza" fs. 141 vuelta), el declarante Velazquez ("tres comisarios que estaban a cargo del operativo se bajaron de los móviles y hablaron con el declarante y con el Secretario General de ATE Fabián Quezada, quien intentó actuar de intermediario, los comisarios "dijeron tenemos orden de dejar pasar a los camiones" y luego relata que comenzaron a reprimir (fs. 236) y en definitiva, el mismo actor Marifil ("llegó la policía al lugar con más de veinte efectivos y tres móviles policiales; en ese momento, tres uniformados, que eran comisarios, hablaron con el vocero de la comunidad y con el Secretario General de ATE, Fabián Quesada, quien intentó actuar de intermediario. Los comisarios dijeron que tenían orden de hacer pasar los camiones de transporte de combustible a los que venían escoltando..." fs. 243).

Por lo que se refiere a las armas utilizadas, más allá del relato del actor que menciona balas de arma de fuego, hay actividad probatoria que indicaría que las balas que hirieron su pierna fueron balas de goma por el uso de las armas reglamentarias anti tumultos. Ello fue lo manifestado por el testigo Chureo a fs. 138 in fine, por el Sr. Quesada a fs. 140 al momento de contestar la pregunta cinco, y lo que surge de la Historia Clínica de guardia agregada a fs. 206. Además, otro dato a considerar es la ubicación de la herida, en el miembro inferior izquierdo, que permite entrever la finalidad disuasiva del uso del arma reglamentaria, y no una intención de poner en riesgo la integridad física de los manifestantes.

Así las cosas, más allá del lamentable desenlace de los acontecimientos, lo cierto es que la intervención policial se advierte justificada ante el grave peligro para la seguridad de la comunidad que se denunciaba, por la planta de gas en funcionamiento sin que se permitiera el paso de personal técnico para su control (conforme actuaciones penales fs. 235/303). Y, por otra parte, debe decirse que en el momento del desalojo, la serie de sucesos no resultan con claridad de las probanzas de autos, existiendo testigos que reconocen la violencia suscitada en el evento y el resultado de efectivos heridos.

De esta manera, no resulta posible afirmar que el actuar de los agentes policiales resultara injustificado o desproporcionado, y por tanto, que exista un actuar irregular que configure una "falta de servicio" por parte del Estado demandado.

Este mismo entendimiento es al que llega el Agente Fiscal a cargo de la investigación penal (fs. 283) y el Sr. Fiscal General en su dictamen (fs. 331/335).

Por todo lo expuesto, se impone el rechazo de la demanda.

X.- Las costas del pleito se imponen a la actora perdidosa 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 RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la solución a la que arriba el Dr. Massei, 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 General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por el Sr. CARLOS ARGENTINO MARIFIL contra la PROVINCIA DE NEUQUÉN; 2º) Imponer las costas al actor vencido (art. 68 C.P.C. y C., aplicable por reenvío del art. 78 Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"ASOCIACIÓN MUTUAL TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN "PATAGONIA" C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3954/2012) – Acuerdo: 122/17 – Fecha: 12/12/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Sanciones.

TRANSPORTE DE PASAJEROS. FALTA DE HABILITACION MUNICIPAL. MULTA. PROCEDIMIENTO CONTRAVENCIONAL.

La demanda interpuesta en contra de la Municipalidad de Neuquén tendienta a dejar sin efecto la multa que le aplicó a la actora al infraccionarla por prestar el servicio de transporte de pasajeros sin contar con la habilitación correspondiente debe ser rechazada, toda vez que la existencia de un colectivo en la Estación Terminal de Ómnibus (ETON) prestando el servicio de transporte de pasajeros (Tour de compras) sin contar con habilitación prevista en la Ordenanza 12.028 (Código Contravencional de la ciudad de Neuquén, que en copia obra agregado a esta causa), se encuentra acreditada. Además, en las actuaciones administrativas no se advierte error en la valoración de los hechos y de la prueba, tal como fuera alegado por la accionante. En definitiva, no surge de las constancias obrantes en la causa que se haya vulnerado el debido proceso contravencional.

Texto completo:

ACUERDO N° 122. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los doce días del mes de diciembre 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: “ASOCIACIÓN MUTUAL TRABAJADORES DEL TRANSPORTE DE PASAJEROS DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN "PATAGONIA" C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. 3954/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que a fs. 6/13 se presenta la Asociación Mutual Trabajadores del Transporte de Pasajeros de la Provincia del Neuquén “PATAGONIA”, mediante apoderado e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén. Solicita se decrete la nulidad del Acta de Constatación 027732 del 25/11/2011 de la Dirección Municipal de Transporte; de la sentencia del 16/04/2012 dictada por el Juez del Tribunal Municipal de Faltas N° 2, y del Decreto 794/12 del Poder Ejecutivo Municipal. Asimismo requiere la restitución de la suma abonada a raíz de la multa impuesta, con más los intereses devengados y las costas del proceso.
Relata que tal como surge del expte. administrativo 862/12 del Tribunal de Faltas N° 2 de esta ciudad, el 25 de enero de 2011, la unidad (colectivo Mercedes 400, Dominio DQJ904) de su propiedad se encontraba en la Estación Terminal de Ómnibus (ETON), a cargo del Tesorero de la Mutual Sr. David Santa Cruz.
Dice que en tales circunstancias el Sr. Santa Cruz fue interceptado por personal de la Dirección Municipal de Transporte, se labró el Acta de Constatación 027732 y se retuvo el colectivo bajo el argumento de que se estaban realizando viajes contratados (tour de compras) sin la pertinente habilitación.
Indica que del texto del acta, se desprende que el Sr. Aldo Percat habría efectuado la denuncia de la contratación de la unidad a dicho fin.
Sostiene que la referida denuncia es infundada y que el denunciante no acreditó sus dichos, que la contratación a título oneroso para la realización del viaje no se materializó y que no percibió dinero como contraprestación por el viaje.
Alega que el mentado viaje se concretó a pedido del Sr. Marcelo Madrid, propietario de unidades de transporte y coordinador del tour de compras, en el marco de estrecha colaboración, para el auxilio en casos de necesidad, que existe entre los propietarios de ómnibus.
Agrega que como única condición para el transporte se requirió la afiliación de los pasajeros a la Mutual sin costo de inscripción.
Señala que el colectivo perteneciente a la Mutual se encuentra habilitado para uso propio y transporte de afiliados sin fines de lucro y está exento del control de la CNRT.
Dice que ante la ausencia de contravención, el 24/11/2011 efectuó el descargo, en el que se impugnó el acta y se solicitó al Juez de Faltas la restitución del colectivo, la eximición de pago de la multa y el archivo de las actuaciones.

Apunta que mediante Acta 027483 del 27/01/12 se dispuso la entrega de la unidad al Sr. Astorga, representante legal de la Mutual, y que, en ella, se informó que únicamente debía realizar transporte gratuito de afiliados a la Mutual.

Cuenta que el 16/4/12, el Juez de Faltas dictó sentencia y se la condenó al pago de una multa. Añade que apeló dicho decisorio ante el Ejecutivo Municipal y que, a través del Decreto 794/12, se rechazó el recurso interpuesto sin esgrimir ningún fundamento jurídico en una claro acto de arbitrariedad y vulneración de principios fundamentales del derecho.

A continuación, refiere a los fundamentos de la sentencia del Juzgado de Faltas en la que se la consideró responsable de la comisión de la falta tipificada en el art. 337 del Código de Faltas y se le impuso una multa de 500 módulos (equivalente a $5.000) más 25 módulos ($175) en concepto de costas, bajo apercibimiento de ejecución.

Luego, menciona el Decreto 794/12 que rechazó la apelación (con fundamento en que los argumentos esgrimidos por su parte no lograron conmover los fundamentos del fallo) y la intimó a pagar la multa en el plazo de 3 días.

Califica a la voluntad administrativa expresada en dichos actos como antijurídica e inconstitucional y rebate lo sostenido en los considerandos de la sentencia.

En esa línea, dice que en la sentencia se afirma que el vehículo posee licencia vencida para ejercer actividad de taxi cuando en realidad dicho rodado cuenta con habilitación, otorgada por la CNRT, para uso propio de la unidad y para el transporte sin fines de lucro. Agrega que no posee licencia para taxi por lo que nunca podría estar vencida tal como allí se afirma.

Refiere al principio de legalidad previsto en el art. 6 de la Ordenanza de Procedimiento Administrativo Contravencional (12.028) y afirma que el Juez realizó una interpretación analógica (posibilidad que el art. 9 prohíbe en forma expresa), ya que intentó aplicar una ordenanza cuyo ámbito de aplicación son los remisses y taxis a un colectivo que cuenta con habilitación de la CNRT para uso propio y transporte sin fines de lucro.

Indica que es contraria a derecho la equiparación efectuada por el Juez de Faltas entre el transporte de pasajeros con fines de lucro y el que efectúa la Mutual para transporte de pasajeros sin fines de lucro y exento de control.

Asevera que la sentencia carece de motivación en virtud de que no explica por qué sus alegaciones defensivas no fueron suficientes. Indica que, conforme al art. 98 de la Ordenanza 12.028, una sentencia debe contener: valoración de la prueba conforme la sana crítica y exposición sucinta de los hechos y el derecho en que se fundamente.

Sostiene que en la sentencia no se argumenta porqué lo alegado por su parte y las pruebas que aportó son insuficientes, ni porqué la infracción quedó acreditada sólo por los dichos del denunciante. Refiere a la presunción de inocencia establecida en los arts. 3 y 6 de la Ordenanza 12.028.

Recalca que no existe prueba de que la Mutual contratara a título oneroso la realización del viaje, y reitera que no percibió contraprestación alguna. Insiste que la contratación se llevó a cabo a pedido del Sr. Madrid, propietario de unidades de transporte y coordinador del tour de compras, en el marco de estrecha colaboración entre propietarios de ómnibus y en que la única condición fue la afiliación a la Mutual.

Entiende que la valoración de la prueba fue errónea porque el vehículo no ejerce ni ejerció actividad de taxi y no podría ser habilitado como tal en función de su tamaño.

Asevera que la sentencia vulneró el principio de legalidad al condenar a la Mutual bajo una conducta prohibitiva.

En tal sentido explica que se le aplicó una pena con sustento en una norma legal indeterminadaen tanto se inició el proceso sin imputación de acciones u omisiones tipificadas por una norma dictada con anterioridad al hecho e interpretada en forma estricta.

Enumera las irregularidades y arbitrariedades que a su modo de ver contiene la sentencia. Así, indica que el Juez a pesar de constatar que la Mutual no era reincidente le aplicó la sanción más severa de 500 módulos en lugar de aplicar el principio de proporcionalidad.

Respecto al Decreto 794/12, señala que en forma errónea en un considerando establece que en el descargo se reconoció la falta tipificada en el art. 337 de la Ordenanza 12.028 (realización de viajes sin habilitación).

Deduce que se pretendió justificar el fallo con un reconocimiento que nunca existió, sin importar el perjuicio ocasionado a su parte ni la vulneración del debido proceso.

Manifiesta que, de conformidad a lo establecido en los arts. 51 y 52 de la Ley 1284, resulta evidente la incorrecta motivación del decreto cuestionado, que se limita a decir que los fundamentos de la apelación son insuficientes, sin efectuar el tratamiento de ninguno de los agravios.

Entiende que el decreto atacado contiene los vicios graves previstos en los arts. 64 y 70 de la Ley 1284 en virtud de que confirmó la sentencia remitiendo a los fundamentos del Juez de Faltas y al Dictamen 396/12 de la Asesoría Letrada. Concluye que, con ello, se afectó el derecho de defensa y del debido proceso.

Por último, ofrece prueba y formula su petitorio.

II.- A fs. 22, por medio de la R.I. 245/13, se declaró la admisión formal de la acción.

III.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 108/113, compareció la Municipalidad de Neuquén y contestó la demanda.

Efectuadas las negativas de rigor, expone su versión de los hechos.

Señala que los inspectores municipales escucharon en la Terminal de Ómnibus anuncio de llegada desde Buenos Aires de La Perla del Sur, Unidad Tour de Compras, y que al ver el colectivo se sorprendieron porque no era el típico de esa empresa sino el de la Mutual actora.

Dice que los inspectores corroboraron la documentación, que los pasajeros se dispersaron y que sólo quedaron el Sr. Percat –contratante del colectivo- y el Sr. Santa Cruz –chofer-.

Indica que en el acta que se labró se constató que el vehículo ómnibus, interno 122, marca Mercedes Benz, patente DQJ-904, propiedad de la Asociación Mutual de Trabajadores Transporte de Pasajeros “Patagonia”, se encontraba realizando la actividad de transporte de pasajeros sin "...la habilitación correspondiente ya que pertenece a una entidad sin fines de lucro”.

Añade que se efectuó la retención preventiva de la unidad, y se agregó como observación que al acercarse al procedimiento personal de la CNRT e interiorizarse de la situación, le manifestó al chofer que ese tipo de servicio no lo podía realizar.

Refiere al acta contravencional 4118, realizada al Sr. Santa Cruz, por haberse constatado a través del Acta 27732 que se encontraba realizando servicio de tour de compras sin la respectiva habilitación. Señala que dicho acta fue firmado por los Sres. Percat, Santa Cruz y los inspectores Verónica Leiva y Mario Huarte.

Manifiesta que se labró el Acta 1389 en la que el Sr. Santa Cruz manifestó ser chofer de la unidad Dominio DQJ 904 de la actora, por lo que se procedió a retener la unidad.

También refiere al acta de constatación 27733 donde se dejó constancia de que la unidad mencionada anunció su ingreso a la Terminal del servicio “La Perla del Sur” con la torre de control y se dejó sentado que se adjuntaba ticket de ingreso a la terminal.

A continuación, detalla las demás constancias agregadas a las actuaciones administrativas y repara en las recomendaciones de la CNRT acerca de las tareas de control respecto de supuestos atípicos relativos al transporte de personas; en la constancia de la titularidad dominial de la actora; en el descargo de la Mutual en la instancia administrativa donde alegó la inexistencia de la infracción y solicitó la restitución del colectivo y el levantamiento de la medida cautelar; la decisión del Juez de Faltas que decidió levantar el secuestro y la entrega del vehículo; la sentencia del 16/4/2012 que condenó a la accionante por la violación al art. 337 de la Ordenanza 12.028; el acta de constatación del 27/01/12 por la que se hizo entrega del vehículo al Sr. Astorga y se le informó al imputado que debía realizar únicamente transporte gratuito de afiliados a la Mutual.

Sostiene que la actora apeló la sentencia del Juez de Faltas y solicitó que se la dejara sin efecto, y que se la absolviera de pagar la multa impuesta.

Dice que, a raíz de ello, la Dirección Municipal de Asuntos Jurídicos emitió el Dictamen 396/12, en el que sostuvo que la falta de prueba sobre lo argumentado por el recurrente implicaba la insuficiencia del recurso para revertir la sentencia. Asimismo, manifestó que el imputado pudo ejercer su derecho de defensa y que reconoció que su conducta encuadraba en el inc. b) del art. 337.

Alega que en el Decreto 794/12 se consideró que el recurso no tenía entidad para modificar lo sentenciado.

Resalta que los actos atacados no contienen los vicios indicados en la demanda.

Señala que lo constatado por los inspectores fue corroborado por un testigo, como lo prescribe la Ordenanza 12.028, y que no fue desvirtuado por prueba en contrario.

Afirma que se vulneró la autorización otorgada por la CNRT porque se transportó, en forma onerosa, a personas que no guardaban dependencia laboral u otro vínculo directo o indirecto con la actividad del titular de dominio del vehículo, por lo que –entiende- se materializó un contrato de transporte.

Apunta que si bien la actora adujo que era un transporte gratuito de personas a las que había afiliado, no acreditó esa circunstancia.

Resalta el anuncio efectuado al ingresar el vehículo a la Terminal, en que se informó a la torre de control como servicio de “La Perla del Sur”, unidad que realiza tour de compras, de lo que se infiere que, para el tipo de transporte que pretendía realizar, se requería de habilitación por ser una actividad de carácter comercial.

Insiste en que si el transporte está comprendido en las recomendaciones de la CNRT, debía cumplir con los requisitos. Caso contrario, era un transporte de pasajeros que requiere habilitación a esos fines.

Sostiene que el Sr. Percat es el titular de "La Perla del Sur" y que él alquiló la prestación del servicio para realizar el tour de compras, con lo cual, el fallo del Tribunal de Faltas se ajusta a la legalidad del caso y no utiliza la analogía.

Señala que al tipificar el hecho se aplicó el art. 337 de la Ordenanza 12.028, ubicado en el Título “De las faltas al transporte de

personas y cosas", en el Capítulo 1 "Del Servicio de automotores con taxímetro y autos remisse" el que se transcribió para afirmar que el propietario se encontraba realizando un servicio que prestan taxis o remisses, sin la habilitación exigible para este tipo de transporte de personas según el inc. b) del art. 337.

Afirma que ese mismo razonamiento fue el efectuado en el dictamen legal y en el Decreto 794/12, que explica con claridad el motivo del rechazo del recurso y se enmarca dentro de lo que es justo, legal y razonable.

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

IV.- A fs. 115 tomó intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 118 la actora contestó el traslado de la contestación de demanda y ofreció nuevas pruebas.

VI.- A fs. 119 se abrió la causa a prueba y a fs. 296 se clausuró el período y se colocaron los autos para alegar, derecho que la actora ejerció a fs. 304/305 y la demandada a fs. 306/313.

VII.- A fs. 317/323 se expidió el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VIII.- A fs. 324 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.- Para comenzar, cabe señalar que se pretende la anulación por falta de motivación de las resoluciones administrativas dictadas en el expediente 862/12 del Tribunal de Faltas N° 2 de esta ciudad.

Se trata de la sentencia del 16/4/2012 y del Decreto 794/12 del Poder Ejecutivo Municipal, en los que se condenó a la Mutual como autora contravencionalmente responsable de la falta cometida en violación al art. 337 del Régimen de Penalidades para las Faltas (Ordenanza 12.028) al pago de 500 Módulos ($5.000) más 25 módulos en concepto de costas ($175), bajo apercibimiento de ejecución y se rechazó el recurso de apelación.

La infracción consiste en la prestación del servicio de transporte de pasajeros sin contar con la habilitación correspondiente.

La actora para deslindarse de la responsabilidad que le atribuyó la demandada alegó, tanto en sede administrativa como en esta instancia, que el viaje destinado a tour de compras se concretó a pedido del titular de "La Perla del Sur" –Sr. Marcelo Madrid-, quien coordinó el tour de compras y a quien se le dio el colectivo, como un favor, a cambio de la afiliación de los pasajeros a la Mutual.

Además, esgrime que el vehículo de su propiedad se encuentra habilitado por la CNRT para uso propio y el transporte de afiliados sin fines de lucro, y que está exento del control de dicho organismo.

Así, la postura en que basa su defensa implica admitir que acordó colaborar con otro transportista la realización de un viaje en el colectivo Dominio DQJ 904 para transportar pasajeros a un tour de compras a la ciudad de Buenos Aires, con contraprestación de que ellos se afilien a la Mutual.

Ahora bien, estas circunstancias y el hecho de que no haya recibido dinero, no la releva de la necesidad de contar con la habilitación necesaria para prestar el servicio de transporte de pasajeros en las condiciones señaladas.

Por otro lado, ninguna de estas cuestiones (más allá de que resulten eficaces o no para exonerarla de la falta atribuida) fue acreditada por la actora.

En efecto, la testimonial del Sr. Marcelo Madrid –coordinador del tour y quien le habría requerido colaboración-no se llevó a cabo.

La CNRT, al contestar el oficio librado a fs. 128, informó que la accionante no corresponde a la jurisdicción nacional (cfr. fs. 224).

Al efectuar el descargo ante el Juzgado de Faltas, la actora adjuntó copia de un anexo de normativa de la CNRT acerca de "Las recomendaciones para el desenvolvimiento de las tareas de control respecto de diferentes supuestos atípicos relativos a la transportación de personas, los cuales quedan fuera del ámbito de competencia de la CNRT", de la que entiende se desprende la habilitación para el uso de la unidad de transporte sin fines de lucro y como rodado propio.

Así, aun cuando ello se aceptara, las circunstancias y características del viaje no estarían comprendidas en la exención prevista en dicha normativa para las Asociaciones, como la aquí accionante, que refiere al traslado de afiliados vinculados con los fines sociales de cada Asociación (cfr. fs. 41/2).

Además, no está acreditado que el transporte fuera sin fines de lucro, ni que los pasajeros eran afiliados a la Mutual, aspectos que, por otro lado, no implican que el vehículo esté exento del control que la Municipalidad de Neuquén ejerce en la ETON.

La negligente producción de prueba de la actora, contrasta con la tarea desarrollada por la demandada que probó que la Mutual no estaba inscripta, ni habilitada para el transporte de pasajeros por la Dirección Provincial de Transporte ni por la CNRT (cfr. fs. 254 y fs. 268/272).

Con las testimoniales ofrecidas por la Municipalidad de Neuquén de los inspectores de tránsito intervinientes, fueron reconocidas las actas de constatación, infracción y retención (27732/3, 4118 y 1389). Además los testigos -Muñoz, Leiva y Huarte- fueron contestes respecto a las circunstancias en que fueron labradas.

De tal modo, la infracción, consistente en la existencia de un colectivo en la ETON prestando el servicio de transporte de pasajeros sin contar con habilitación prevista en la Ordenanza 12.028 (Código Contravencional de la ciudad de Neuquén, que en copia obra agregado a esta causa), se encuentra acreditada.

Además, en las actuaciones administrativas no se advierte error en la valoración de los hechos y de la prueba, tal como fuera alegado por la accionante.

Frente a ello, la sentencia del 16/4/2012 del Juzgado de Faltas N° 2 y el Decreto 794/12, que se fundan en los hechos constatados, e imponen y confirman una sanción prevista en el derecho aplicable, resultan legítimos.

En definitiva, los actos atacados se reputan válidos y, además, no surge de las constancias obrantes en la causa que se haya vulnerado el debido proceso contravencional.

En consecuencia, por los motivos explicados, propongo al Acuerdo se rechace la demanda, con costas a la actora (art. 68 del C.P.C. y C. 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, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por la Asociación Mutual Trabajadores del Transporte de Pasajeros de la Provincia del Neuquén “Patagonia” contra la Municipalidad de Neuquén. 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 para el momento en que exista pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria

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

"ZURITA RAFAEL C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2813/2009) – Acuerdo: 123/16 – Fecha: 14/12/2016

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

EMPLEADO MUNICIPAL. DIFERENCIAS SALARIALES.

El actor solicita se condene al municipio demandado al pago de las sumas adeudadas en concepto de: a) salario por esposa desde enero de 2000 "...a la fecha" (sic); b) antigüedad desde enero del año 2000 al mes de octubre de 2007; c) personal a cargo desde septiembre de 2000 al mes de diciembre del año 2007 y d) título secundario desde el año 2000 al mes de octubre de 2007. Más la suma de $25.000 en concepto de resarcimiento de los daños morales sufridos. La Resolución N° 3/07 de fecha 16/05/2007, emitida por el cuerpo legislativo municipal por “unanimidad” reconoció los suplementos reclamados. Posteriormente, el municipio no da cumplimiento a la resolución por considerarla inexistente (sostuvo que violaba una expresa prohibición legal, art. 105, de la Ley 53, entre otros vicios). Sin embargo, se advierte que los vicios imputados -de configurarse- no se corresponden con supuestos de inexistencia sino de

nulidad. Se hace lugar parcialmente a la demanda, ordenándose el pago de los rubros reclamados –y reconocidos por Resolución N° 3/2007- por el tiempo no prescripto y se rechaza la pretensión de reparación por daño moral, atento no encontrarse acreditada.

Texto completo:

ACUERDO N° 123. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los catorce días del mes de diciembre 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 titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ZURITA RAFAEL C/ MUNICIPALIDAD DE MARIANO MORENO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 2813/09, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 120/124 se presenta mediante apoderado, el Sr. Rafael Zurita e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Mariano Moreno. Impugna la Resolución N° 38/09 emitida por el Intendente Municipal, y todas aquellas dictadas en sede administrativa que deniegan su pretensión.

Asimismo, solicita se condene al municipio demandado al pago de $111.242,50, correspondiente al pago de las sumas adeudadas en concepto de: a) salario por esposa desde enero de 2000 "...a la fecha" (sic); b) antigüedad desde enero del año 2000 al mes de octubre de 2007; c) personal a cargo desde septiembre de 2000 al mes de diciembre del año 2007 y d) título secundario desde el año 2000 al mes de octubre de 2007.

Indica que los montos deberán ser calculados desde que cada suma es adeudada (y no prescripta) con más intereses y costas ($86.242,50).

Por último, reclama el pago de la suma de $25.000 en concepto de resarcimiento de los daños morales sufridos.

Resalta que en el año 1999 la localidad de Mariano Moreno comenzó a tener jerarquía de municipio de "Segunda Categoría".

Aclara que el régimen de remuneraciones para el personal del Honorable Concejo Deliberante se estipula sobre la base de las escalas de las remuneraciones del Departamento Ejecutivo -escalafón único: del Departamento Ejecutivo-.

Señala que, todo ajuste, bonificación, compensación, asignaciones, etc., que se disponga para las retribuciones de los empleados, implicará automáticamente la modificación de los haberes de los agentes del Departamento Legislativo.

Manifiesta que por Ordenanza N° 96/99 (artículo 4°) fue designado como Secretario rentado del Concejo Deliberante y expresa que por intermedio de la Secretaría de Hacienda del municipio se realizaron las liquidaciones mensuales.

Alega que el nombramiento se enmarcó dentro de la Ley 53 (Secretario rentado) y que su cargo no era electivo "...sino que desempeñaba funciones como empleado de planta permanente como Secretario Permanente del Consejo Deliberante" (sic, fs. 121).

Relata que a partir del 13 de septiembre del año 2000, por Acta N° 028/00 se resuelve que el encargado del personal del Honorable Concejo Deliberante sea el actor; transcribe la parte pertinente del acta que reza: " ´… a partir de ese momento el encargado del personal de servicio va a ser el Secretario del Concejo´ (tex)".

Advierte que a partir de su nueva función se incrementó su responsabilidad y aclara que la totalidad del personal del Honorable Concejo Deliberante (a excepción de los ediles) se encontraba bajo su responsabilidad, situación que no reflejó un incremento salarial.

Indica que con fecha 14 de mayo de 2007 por nota presenta formal reclamo administrativo, en la que se solicita se liquiden las sumas adeudadas en concepto de: salario por esposa desde enero de 2000 a esa fecha; antigüedad desde el año 2000 a igual fecha; personal a cargo desde septiembre del 2000 a diciembre de 2007 y título secundario.

Luego, expresa que el reclamo mencionado dio origen a la Resolución N° 3/07 de fecha 16/05/2007, mediante la cual el cuerpo legislativo por "unanimidad" reconoció los suplementos.

Destaca que el artículo 3° de la resolución mencionada autoriza al Departamento Ejecutivo "´… a realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias que fueren menester para su cumplimiento efectivo …´ (tex)". En igual sentido el artículo 4° dispone elevar copia de la citada resolución al Departamento Ejecutivo. Por lo tanto, concluye que existe un expreso reconocimiento de los rubros adeudados y que la resolución se encuentra vigente. También refiere que de las liquidaciones de los empleados municipales surge que los rubros reclamados forman parte de la liquidación normal de sus haberes.

Continuó con su reclamo a fin de que se dé cumplimiento con la Resolución N° 3/07.

Posteriormente, el municipio por Resolución N° 228/08 de fecha 17/06/2008 rechaza el reclamo administrativo.

Sostiene que la resolución que deniega el reclamo sólo repara en el tema de la previsión presupuestaria y en la forma en que debió ser redactada para afrontar el pago, sin desconocer que los rubros deben ser abonados. Por ello, interpone recurso de reconsideración.

Por último, aclara que el límite del mes de octubre de 2007 para los ítems título secundario y antigüedad es porque a partir del mes de noviembre de 2007 se comenzaron a regularizar dichos rubros, sin liquidarse los años adeudados.

Ofrece prueba y solicita se haga lugar a la demanda con ejemplar imposición de costas.

II.- A fs. 135 y vta. se declara la admisión de la acción (R.I. N° 51/2010).

Luego, el accionante opta por el proceso ordinario (a fs. 138).

A fs. 148/162 se presenta el Intendente de la Municipalidad de Mariano Moreno, en carácter de representante, con patrocinio letrado y contesta la demanda.

Peticiona su rechazo por las consideraciones de hecho y de derecho que expone.

Cumplidas las negativas de rigor, desconoce la autenticidad y validez probatoria de la documentación acompañada por el accionante.

Afirma que el actor sustenta su demanda en derechos adquiridos y reconocidos por la Resolución N° 3/07 del Concejo Deliberante de Mariano Moreno.

Cuestiona la legalidad de dicha resolución. Considera que si bien en los considerandos de la Resolución N° 3/07 se consigna que se ha dictado "...en uso de las facultades [otorgadas] por la legislación vigente...", se viola la expresa prohibición legal para que el Departamento Deliberante de los municipios de segunda categoría pueda autorizar gastos sin previa fijación de recursos [artículo 105, Ley 53].

Continúa el razonamiento a la luz de la Ley Provincial N° 1284 y reafirma que el acto presenta un vicio muy grave ante la transgresión aludida en el párrafo anterior. Concluye que ese vicio tiene como consecuencia la inexistencia del acto administrativo viciado (Resolución N° 03/07), lo que solicita se declare con los efectos del art. 71° de la Ley 1284.

Por otro lado, señala que la resolución resulta ilegítima al reconocer derechos extinguidos por el transcurso del tiempo. A título de ejemplo cita que el pago de las asignaciones familiares de pago mensual prescribe a los dos años (Resolución 14/02 de Superintendencia de Seguridad Social y sus modificaciones introducidas por Resolución SSS N° 60/04).

Luego niega la procedencia de cada uno de los rubros que reclama el accionante.

En relación con el derecho a percibir asignación familiar por cónyuge, dice que no surge de modo alguno –de la documentación acompañada- que el actor diera cumplimiento a la obligación de presentar la documentación respaldatoria del derecho invocado. Cita los arts. 7 y 15, Capítulo V, Anexo Normas Complementarias de la Res. SSS 14/02, modificado por Res. SSS 60/4.

Con respecto al adicional por personal a cargo, afirma que la asignación efectuada mediante Acta 028/00 del Concejo Deliberante como encargado de personal, es inexistente por incumplimiento de las formalidades exigidas por la legislación. Alega que la cuestión se rige por el art. 117 de la Ley 53 –atento la fecha a la que se remontan los hechos-, contexto en el que la falta de concurso público para acceder al cargo apareja la nulidad de tal acto y como tal su inexistencia. Además, trae a colación el art. 78 de la Ley 53 que sanciona con la nulidad los actos jurídicos del intendente, concejales, etc., que no estén constituidos según la competencia, forma y contenido determinados en la Ley.

Señala asimismo que se ha vulnerado la prohibición expresa contenida en el art. 162 del Reglamento de la Ley 53, que establece que el Concejo Deliberante carece de facultades para autorizar al Departamento Ejecutivo a realizar gastos que no estuviesen financiados con recursos bien determinados y previamente fijados; por ello, dice, el Concejo Deliberante no podía reconocer los rubros reclamados, teniendo en cuenta la falta de determinación de su monto, que hubiera posibilitado su previsión para el ejercicio contable posterior.

En relación con el adicional por antigüedad, afirma que éstos fueron liquidados correctamente, con lo cual el reclamo carece de causa.

Y, en referencia al adicional por título, indica que el actor jamás presentó el título secundario que hubiera justificado el reconocimiento efectuado.

Luego, interpone la defensa de prescripción. Funda el plazo de prescripción en el art. 4027, inc. 3°, del Código Civil de Vélez Sarsfield, atento considerar que no existe norma expresa en el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública, y exceptúa el caso de las asignaciones familiares –dos años conforme el art. 18 del anexo de la Resolución N° 14/02 de la Superintendencia de Seguridad Social-. Aclara que el plazo se computa desde la interposición del reclamo administrativo.

Por último, ofrece prueba, funda en derecho y solicita se dicte sentencia haciendo lugar a las defensas esgrimidas, y se rechace la acción con expresa imposición de costas al actor.

III.- Conferido el traslado previsto en el art. 50 de la Ley 1305, a fs. 172/173 el actor afirma que resulta insensato hablar de "supuestos derechos adquiridos", cuando surge de la propia Resolución 03/07 del Concejo Deliberante que se autoriza en forma unánime "´…a realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias que fueren menester para su cumplimiento efectivo…´ (tex.)" y el art. 4° dispone elevar copia de la citada Resolución al Departamento Ejecutivo.

Concluye que "...existió y existe un expreso reconocimiento de todos y cada uno de los rubros adeudados al suscripto mediante una resolución que hoy en día se encuentra total y absolutamente vigente".

Por ello reitera que no debe haber duda de los ítems reconocidos y del trabajo realizado, no siendo un impedimento que la resolución no contenga liquidación de la deuda, ya que ese proceso lo lleva adelante el área contable de la Municipalidad. Cita y adjunta ordenanzas que prueban la práctica que cuestiona la parte demandada.

Insiste que los rubros reclamados deben ser pagados al actor porque fueron efectivamente trabajados.

Amplía la prueba ofrecida.

IV.- A fs. 175 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 182 se abre la causa a prueba, y se clausura el período probatorio a fs. 303, poniéndose los autos a disposición de las partes para alegar.

Las partes no presentan alegato.

VI.- A fojas 308/314, obra el dictamen del Fiscal General, quien propicia se haga lugar parcialmente a la demanda –rechaza reclamo por daño moral-.

VII.- Firme la providencia de autos para sentencia, las actuaciones se encuentran en estado para el dictado del fallo definitivo.

VIII.- Descriptas las posiciones y detallados los argumentos de cada una de las partes, vale describir los antecedentes que surgen de la presente causa.

El Sr. Zurita fue designado como Secretario Adjunto del Honorable Concejo Deliberante mediante Ordenanza N° 96/99 del 10/12/1999 (cfr. fs. 3/4).

La Ordenanza N° 101/99 de fecha 15/12/1999 en el artículo 4° fija la remuneración mensual del Sr. Secretario del Honorable Concejo Deliberante en la suma de pesos un mil setecientos ($1.700) con aportes y bonificaciones que por ley correspondan más un adicional por aguinaldo (fs. 16).

Luego, del Acta N° 28/00 del 13/09/2000 (véase fs. 5/9 y fs. 240/248) surge que desde tal fecha se designó como encargado del personal de servicio al Secretario del Concejo.

En Mayo de 2002 el Concejo Deliberante por Ordenanza 175/02 autoriza al Departamento Ejecutivo a realizar las actuaciones conducentes a la adhesión por parte de la Municipalidad de Mariano Moreno al Estatuto para el Personal Civil de la Administración Pública Provincial (EPCAPP) (fs. 238/239).

Posteriormente, la Ordenanza N° 203/03 del 11/12/2003 fija el sueldo básico del Secretario del Honorable Concejo Deliberante en la suma de pesos un mil cien ($1.100) más aportes y bonificaciones que por ley correspondan, más un adicional por aguinaldo (fs. 17/18).

Mediante Resolución N° 12/07 del Honorable Concejo Deliberante en fecha 26/10/2007 se nombra al actor a partir del 1/10/2007 en la planta de personal permanente, en el cargo de la Dirección legislativa-administrativa (categoría FUA, escalafón J5) (véase fs. 17/19 del legajo personal del Sr. Zurita).

Así, se desprende que el actor se desempeñó desde el 10 de diciembre de 1999 como Secretario Adjunto del Concejo Deliberante (cargo político perteneciente al grupo jerárquico 02) y a partir del 1 de octubre de 2007 comenzó a formar parte de la planta permanente.

Ante el reclamo interpuesto por el accionante, en el año 2007 el Concejo Deliberante de la Municipalidad de Mariano Moreno mediante Resolución N° 03/07, de fecha 16/05/2007 (adjunta a fs. 10/11), lo consideró legítimo por considerar suficientes las razones expuestas.

La Resolución N° 03/07 resuelve por unanimidad hacer lugar al reclamo efectuado por el actor, reconociendo desde el año 2000 a la fecha de su emisión el salario por esposa, antigüedad, personal a cargo y título secundario.

No obstante, conforme sostuvo el Municipio, el acto administrativo no fue ejecutado, pues la mencionada Resolución contenía un vicio muy grave (art. 66° inc. c) de la Ley 1284), por lo tanto era inexistente (art. 71° de la Ley 1284), por violar el art. 105 de la Ley 53, al carecer de previsión presupuestaria.

IX.1.- Ahora bien, tal como quedara expuesto, la demandada se opone a la procedencia de la acción, con argumentos que intentan volver sobre lo decidido en la Resolución 03/07, proponiendo –principalmente- su inexistencia (por considerar que se ha violado una expresa prohibición legal, art. 105, de la Ley 53). Ello, más allá de los otros vicios que le imputa al acto, los que, ya puede

advertirse, de configurarse no se corresponden con supuestos de inexistencia sino de nulidad.

Vale recordar que la Ley de Procedimiento Administrativo, al referirse a los caracteres de los actos administrativos, establece que éstos pueden ser regulares o irregulares, quedando comprendidos en la primera categoría los actos válidos, los anulables y los nulos. La segunda es reservada para los actos inexistentes (art. 54).

Por su parte, en su artículo 55, la ley citada define a los caracteres del acto administrativo regular, atribuyéndole legitimidad, ejecutividad, ejecutoriedad y estabilidad, lo cual implica que gozan de presunción de validez mientras su nulidad no haya sido declarada por autoridad competente, siendo obligatorios y generando el derecho a la exigibilidad y deber de cumplimiento a partir de su notificación.

De modo que la Administración tiene la obligación de cumplir el acto, salvo que resulte inexistente; supuesto que es justamente el que se alega en este caso (véase fundamentos de las Resoluciones N° 228/08 y 38/09 que denegaron los reclamos administrativos del actor).

Asimismo, se reitera, si el vicio que se le imputa al acto acarrea su nulidad y no su inexistencia, para revocarlo o dejarlo sin efecto, la Administración debe recurrir al proceso de lesividad para obtener –en sede judicial- la autorización para no cumplirlo; y ello responde a que, a partir de su notificación al beneficiario, éste ha incorporado a su patrimonio el derecho subjetivo que ese acto le ha reconocido.

Además, también debe recordarse que, en el proceso administrativo no se admite la reconvención (art. 16 de la Ley 1305), sino la posibilidad de disponerse la acumulación de acciones; claro está que, para ello, debe haberse intentado el correspondiente proceso de lesividad del acto.

2.- En este marco, entonces, cabe examinar si, efectivamente, la Resolución N° 03/07 dictada por el Concejo Deliberante de Mariano Moreno, posee un vicio muy grave, susceptible de acarrear su inexistencia; único supuesto que hubiera habilitado a la Administración a no cumplirlo.

Dicho acto, en vistas al reclamo administrativo formulado por el actor en cuanto a que "...se le reconozcan, con efecto retroactivo, como integrantes de la composición de su salario mensual, los conceptos de asignación familiar, titulo secundario, antigüedad y personal a cargo" (fs. 10), considera que dicho reclamo es legítimo (según lo acredita la documentación presentada al Cuerpo a fin de su reconocimiento) y resuelve: "... reconocer desde el año 2000 a la fecha [mayo de 2007] salario por esposa, antigüedad, personal a cargo, titulo secundario..." (fs. 10).

En el artículo 2° ordena que se practique la liquidación de los distintos ítems, y referencia al mencionar "Personal a cargo", lo resuelto por unanimidad HCD Acta N° 28/00 del 13 de septiembre de 2000.

Mientras el artículo 3° autoriza al Departamento Ejecutivo a realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias que fueren menester para su cumplimiento efectivo.

En este orden, el Municipio demandado señala que se configura un supuesto de inexistencia (art. 66°, inc. c), de la Ley 1284) al transgredir la prohibición legal del art. 105 de la Ley 53 que establece "No se autorizarán gastos sin la previa fijación de sus recursos".

Ahora, según se desprende del Título III de la Ley 53, en materia de atribuciones sobre recursos y gastos le corresponde al Concejo Deliberante (de los Municipios de segunda categoría) "sancionar las ordenanzas impositivas y la determinación de los recursos y gastos de la Municipalidad" (art. 104), y si bien el artículo 105 establece que "No se autorizarán gastos sin la previa fijación de sus recursos", de acuerdo al art. 107 es el mismo Concejo el que debe sancionar "... el presupuesto de gastos y cálculo de recursos de la Municipalidad …".

En lo que aquí importa, la Resolución N° 03/07 fue sancionada por unanimidad del Concejo Deliberante –órgano competente para determinar los recursos y gastos de la Municipalidad- y expresamente está autorizando al Departamento Ejecutivo a realizar las adecuaciones presupuestarias necesarias para su cumplimiento, con lo cual, también se ajusta a lo normado por el art. 106.

Y demás está señalar que, aún cuando no haya consignado el quantum –es decir, la liquidación que ordena practicarse en el art. 2°-, lo cierto es que no puede desprenderse de allí que con ello se esté incurriendo en el vicio muy grave imputado; repárese que, a la par del reconocimiento, se está autorizando al Departamento Ejecutivo para realizar las "adecuaciones presupuestarias necesarias" de modo que, una vez determinado el monto, se cumpla.

En consecuencia, puede colegirse que en virtud de la autorización emanada del órgano competente y lo dispuesto por el art. 106 de la Ley 53 (en cuanto a los recaudos de las "autorizaciones de gastos"), en este caso, la invocación del art. 105 de la Ley 53 no es susceptible de patentizar el vicio muy grave que llevaría a asumir como "inexistente" la Resolución 03/07.

Desde otro lado, los restantes vicios endilgados al acto, al examinarse los motivos expuestos en el responde para fundarlos emerge que ninguno logra encuadrar en el catálogo de vicios muy graves (art. 66 de la Ley 1284).

En efecto, nótese que la Resolución 03/07, expresamente indica en sus considerandos que el reclamo es legítimo "...según lo acredita la documentación presentada al Cuerpo a fin de su reconocimiento…", y ahora, en sede judicial, la demandada postula la improcedencia de los adicionales que fueron reconocidos por: falta de documentación respaldatoria para percibir asignación familiar por cónyuge; falta de concurso en el caso de la designación para poseer personal a cargo; "sinrazón" del reconocimiento de adicional por antigüedad dado que éste se liquida correctamente; falta de la documentación respaldatoria en punto al adicional por título, con lo cual, de ser ello así, el vicio recibiría encuadre en el art. 67 de la Ley 1284 (principalmente en el contenido en el inc. a)).

Sin embargo, se reitera, como de configurarse tales vicios éstos no acarrean la inexistencia del acto sino su nulidad, mientras la Resolución N° 03/07 aparezca como un acto administrativo regular y estable, la Administración se encuentra obligada a cumplirla; luego, no habiéndose intentado la acción de lesividad y no estando autorizada la reconvención (que es en definitiva lo que se propone al alegar los vicios del acto para obtener el rechazo de la demanda), no cabe más que rechazar los planteos defensivos esgrimidos.

En atención a lo expuesto, las Resoluciones N° 228/08 y N° 38/2009, al desconocer la estabilidad de la Resolución 03/07, son nulas (art. 67 inc. f) Ley 1284) y, consecuentemente, corresponde acoger la demanda en punto al pago de los adicionales que le fueron reconocidos por el acto administrativo señalado.

X.- Por último, vale analizar el planteo defensivo que postula la demandada, vinculado con la prescripción de los períodos que han sido reconocidos. En ese contexto, ésta pide que se declaren prescriptas las diferencias de haberes reclamadas por falta de pago de título secundario, antigüedad y personal a cargo que superen el plazo de cinco años anteriores a la interposición del reclamo administrativo y, respecto de las asignaciones familiares, las devengadas con anterioridad a los dos años anteriores a la interposición del reclamo administrativo.

En el caso, la Resolución 03/07 ha acogido el reclamo del accionante con alcance retroactivo (desde el año 2000) con lo cual, el tratamiento de la prescripción no lograría independizarse de la estabilidad que ha adquirido el mentado acto.

No obstante, lo cierto es que en la demanda, el actor pide que le sean pagadas las sumas adeudadas por: salario por esposa desde enero de 2000 a la fecha; antigüedad desde enero del año 2000 al mes de octubre de 2007; personal a cargo desde septiembre del año 2000 al mes de diciembre del año 2007, y título secundario desde el año 2000 al mes de octubre de 2007, montos que deberán ser calculados desde que cada suma es adeudada "y no prescripta" (el subrayado se encuentra en el original).

Luego, es claro que en tanto se trata de pretensiones regidas por el derecho administrativo local, en el caso, omisión de pago de adicionales, la prescripción se rige por la Ley 1284, art. 191, que establece que es de 5 años, y lo dispuesto por el art. 193 en cuanto a la suspensión del plazo por la interposición del recurso o reclamación.

Así, tratando de compatibilizar lo decidido por el acto administrativo, lo que ha sido concreta pretensión en autos, y considerando la fecha del reclamo administrativo tendiente a obtener el cumplimiento de la Resolución 03/07 –6/11/07-, corresponde declarar prescriptas las diferencias salariales anteriores a noviembre del año 2001 (cinco años más un año más de cara a la suspensión provocada por la interposición del reclamo –art. 193 Ley 1284-).De modo que, en la etapa de ejecución de sentencia se deberá efectuar la correspondiente liquidación de los rubros adeudados y que no hayan sido pagados: salario por esposa a partir de noviembre de 2001; antigüedad desde enero de 2001 a octubre de 2007; personal a cargo desde noviembre de 2001 al mes de octubre 2007 (cfr. con lo dispuesto por la Res. 12/07); título secundario desde noviembre de 2001 a octubre del año 2007.

Luego, a dichas sumas se les deberá adicionar intereses desde que fueron adeudadas y hasta enero del año 2008 a tasa promedio del Banco Provincia del Neuquén, y desde allí en adelante a la tasa activa del mismo Banco. Asimismo, se deberán efectuar las correspondientes retenciones en concepto de aportes asistenciales y previsionales correspondientes, como las contribuciones pertinentes.

XI.- Sentado lo anterior, corresponde abordar el tratamiento del rubro daño moral.

El actor reclama la suma de $25.000, y refiere que le corresponde el pago en concepto de resarcimiento de los daños morales sufridos como consecuencia del acto administrativo ilegítimo que impugna.

Siguiendo la línea desarrollada en numerosos antecedentes (cfr. Ac. 9/10, entre otros), con relación al daño moral pretendido, cabe recordar que serán las circunstancias que rodean al caso las que permitan tener por configurada la lesión a los sentimientos o afecciones del actor.

Debe tenerse en cuenta que no se pueden indemnizar meras incomodidades, insatisfacciones o leves interferencias en la esfera anímica, pues de otro modo, el daño moral procedería ante sutilezas, cuando, en realidad, el remedio está previsto para compensar graves alteraciones, generalmente vinculadas con la imposibilidad o severa restricción en el goce de bienes

extrapatrimoniales de contenido verdaderamente precipuo en la vida del hombre.

En síntesis, no basta con la mera alegación por parte de quien pretende ser indemnizado por un daño moral, sino que deberá, efectivamente, acreditarse el perjuicio sufrido, elemento esencial para el éxito de la pretensión resarcitoria.

En tal marco, se advierte que el accionante no ha brindado prueba alguna que abone la pretensión en análisis. Cabe apuntar que no consta en la causa la presencia de prueba tendiente a acreditar la existencia de secuelas y/o menoscabos de magnitud tal, que ameriten el otorgamiento del rubro en cuestión.

Por consiguiente, corresponde el rechazo del punto con relación al daño extrapatrimonial pretendido.

XII.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo se haga lugar parcialmente a la demanda impetrada. En relación con las costas, no se advierten motivos para apartarse del principio objetivo de la derrota, con lo cual cabe imponerlas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C.). ASI VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Hacer lugar parcialmente a la demanda interpuesta por el Sr. Rafael Zurita contra la Municipalidad de Mariano Moreno, declarando la nulidad de las Resoluciones N° 228/08 y 38/09. 2°)

Ordenar al Municipio el pago de los adicionales reclamados y reconocidos por la Resolución 03/07, de conformidad al siguiente detalle: salario por esposa a partir de noviembre de 2001; antigüedad desde enero de 2001 a octubre de 2007; personal a cargo desde noviembre de 2001 al mes de octubre 2007; título secundario desde noviembre de 2001 a octubre del año 2007. Luego, a dichas sumas se les deberá adicionar intereses desde que fueron adeudadas y hasta enero del año 2008 a tasa promedio del Banco Provincia del Neuquén y desde allí en adelante a la tasa activa del mismo Banco. Asimismo, se deberán efectuar las correspondientes retenciones y aportes asistenciales y previsionales que correspondan. La liquidación se difiere para la etapa de ejecución de sentencia. 3°) Rechazar la pretensión de reparación de daño moral. 4°) Imponer las costas a la demandada (art. 68 C.P.C. y C.). 5°) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello. 6º) 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

"SOTO LUIS ADRIÁN C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3347/2011) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

POLICIA. SERVICIO DE SEGURIDAD. VIA PÚBLICA. DENTENCION. HERIDA DE BALA. RELACION DE CAUSALIDAD. CULPA DE LA VICTIMA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DAÑOS Y PERJUICIOS. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- Cabe indemnizar al actor por los daños y perjuicios sufridos al recibir un impacto de proyectil en la cabeza, detrás de la oreja izquierda, donde aún permanece alojado, en momentos en que se encontraba circulado en compañía de un amigo, y fuera interceptado por un móvil policial, pues el análisis de la totalidad de las pruebas producidas permite asumir que los dependientes de la Policía Provincial, en la oportunidad de enfrentar una situación de

desorden en la vía pública a la cual debía asistir, prestaron el servicio de seguridad de un modo irregular.

2.- Las circunstancias de modo tiempo y lugar, estudiadas en su conjunto, dan cuenta que el comportamiento del actor, que para el punto puede individualizarse en la omisión de detención ante la presencia del patrullero y el pedido en tal sentido formulado por la autoridad, no constituye -del modo en el que ha sido acreditado- una condición suficiente con entidad para romper de modo total o parcial la relación de causalidad presente.

3.- La conducta asumida por el propio actor -motivar la intervención del servicio de seguridad que debe prestar la Policía Provincial y no acatar la orden de detención dictada-, que habilitó a que la policía lo siguiera, persiguiera e intentara detenerlo, considerada en abstracto y según el curso normal y ordinario de las cosas no reviste idoneidad necesaria para sufrir un disparo en la cabeza y provocar las lesiones padecidas. Antes bien, lo previsible en el contexto de modo tiempo y lugar en el que sucedieron los hechos hubiera sido que el actor fuera detenido, de cualquier otro modo que no implicara el peligro para su vida e integridad física. Luego, si bien la conducta asumida por la víctima ha sido y resulta cuestionable, e incluso merece un reproche desde distintas esferas, no alcanza una entidad tal con suficiencia que permita, en este estado, eximir a la accionada de responsabilidad por la actuación del servicio de la fuerza policial (ejecución del servicio de seguridad), de manera irregular.

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 diecisiete, 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: “SOTO LUIS ADRIÁN C/ PROVINCIA DE NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. N° 3347/2011, 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. 11/23 se presenta el señor Luis Adrián Soto, por apoderado y con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén.

Solicita una indemnización por los daños y perjuicios que dice le fueron ocasionados el día 11 de abril de 2010, como consecuencia del actuar de los funcionarios dependientes de la Policía de la Provincia de Neuquén, por el monto de $1.194.908 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 2:30 horas, en oportunidad de encontrarse circulando por la ciudad de Plaza Huincul en compañía de un amigo, Sr. Javier Cares, fue interceptado por el móvil policial JP 372, y recibió un impacto de proyectil en su cabeza, detrás de la oreja izquierda, donde aún permanece alojado.

En su relato sostiene que luego del impacto, los funcionarios policiales, lejos de brindarle auxilio, le produjeron un profundo corte en el lateral derecho de su rostro y le taparon la cara con la finalidad de evitar que los reconozca, y procedieron a colocarle en su vehículo un arma de fuego que no le pertenecía, todo ello como parte de una maniobra tendiente a exonerarse del hecho, y simular un enfrentamiento que nunca existió, una pelea previa entre bandas o su simple resistencia, y así poder armar una causa como coartada para encubrir un accionar ilícito de la policía, y típico caso de “gatillo fácil”.

Denuncia que, como consecuencia de los hechos relatados, se instruyó en el Juzgado de Instrucción N° 2 de la ciudad de Cutral Co el expediente N° 5084-2010 caratulado: “Domigual, Carlos Alberto – Muñoz, Rubén Darío – Almendra, Pablo Leonel – Gutiérrez, Fabián Orlando s/lesiones”, que es ofrecido como medio de prueba.

Asimismo, la Jefatura de la Policía de la Provincia de Neuquén ordenó a la Dirección de Asuntos internos la instrucción de un sumario administrativo, con el objeto de investigar la responsabilidad de las personas involucradas, bajo el expediente interno N° 343 del 11-04-2010, del que se acompañan copias y ofrece como instrumental.

Bajo el apartado VI realiza el encuadre jurídico del planteo, que a su entender se subsume en un claro supuesto de responsabilidad del estado por el ejercicio irregular de una actividad lícita.

Puntualmente encuadra el supuesto en lo dispuesto por el artículo 1112 del entonces vigente Código Civil, invocando a tal fin la teoría de la falta de servicio, no obstante también efectúa una serie de citas de jurisprudencia en la cual se aplica el entonces vigente artículo 1113 del mismo cuerpo normativo.

Bajo un apartado especial señala y fundamenta la responsabilidad del Estado en los supuestos en los que no puede determinarse el autor del disparo y/o cuando los funcionarios policiales involucrados sean sobreseídos en sede penal.

Postula de aplicación al caso la doctrina de las cargas probatorias dinámicas, en tanto entiende que el Estado Neuquino gozó desde el inicio del evento dañoso de una situación de prevalencia y mejor aptitud probatoria, lo que genera el traslado de la carga de la prueba.

Bajo el apartado VII realiza una determinación de los rubros que se reclaman: (i) por daño moral, la suma de $200.000; (ii) por daño moral en virtud de una falsa imputación delictual, la suma de $66.666; (iii) por incapacidad física sobreviniente, la suma de $839.042; iv) en concepto de daño psicológico, la suma de $19.200; (v) por daño estético, la suma de $50.000; y (vi) por daño al proyecto de vida, la suma de $20.000, arrojando en su totalidad la liquidación la suma de $1.194.908.

Para finalizar ofrece la prueba que considera pertinente, denuncia el inicio del beneficio de litigar sin gastos, funda su petición en derecho y formula petitorio.

II.- A fojas 36/41 se presenta la demandada Provincia de Neuquén, por apoderado y con patrocinio letrado e interpone excepción de incompetencia.

A fojas 50/52 la Jueza interviniente, previo dictamen fiscal (fs. 49), hace lugar a la excepción planteada y se inhibe de continuar entendiendo en la causa, a cuyo fin remite las actuaciones a este Tribunal Superior de Justicia.

A fojas 70/72 mediante R.I. 496/2011, previo dictamen fiscal (fs. 67/68), 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. 73/81, y se declara a fs. 95 y vta. la admisibilidad del proceso por R.I. 175/12.

III.- A fojas 97/98 el actor ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fojas 106/108 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, expone su versión de los hechos.

Postula como argumento central de su posición que el personal policial no hizo más que cumplir con su obligación legal de adecuada prestación del servicio deseguridad frente al llamado del Sr. Silva –vecino de la ciudad- al comando radioeléctrico, mediante el cual requirió la presencia policial en la calle ... del Barrio ..., como consecuencia de los disparos efectuados contra él y sus amigos desde el interior de un vehículo Clio color rojo, cuando se encontraban en la vereda de su casa.

Expone que, alrededor de las 03:15 horas, el operador del comando solicitó la presencia de la policía en la calle Primero de Mayo y Millajes, atento la presencia de dos grupos de personas movilizadas en vehículos agrediéndose en la vía pública; que al llegar al lugar los efectivos advirtieron que un Renault Clio se daba a la fuga, comenzando allí una persecución, de acuerdo al protocolo legal, al haberse hecho caso omiso a la voz de alto.

Luego relata que -con posterioridad- el actor, en una maniobra que califica de evasiva y en retroceso, exhibe un arma de fuego con la que se aprestaba a disparar contra los efectivos, lo que legitimó, como un medio adecuado de resistencia en el contexto de un procedimiento en el que se colocó en riesgo la vida del personal policial, el uso del armamento reglamentario por parte de los policías.

En tal contexto, frente a la violencia presentada y la resistencia opuesta a la autoridad, entiende que el actuar de la policía fue razonable.

Analiza en detalle el evento que el actor indica como dañoso, el que a su entender se produjo por la conducta delictiva del mismo, frente a lo cual el personal policial debió actuar dentro del marco de sus funciones en consonancia con las normas y regulaciones que rigen la actividad, ante una grave situación de violencia, alteración del orden y con peligro concreto para terceros.

En síntesis, postula que para el caso se da el supuesto de culpa de la víctima, como causa eficiente y excluyente en la producción del resultado dañoso; el Sr. Soto se encontraba armado, con un arma calibre 22 y un cuchillo, tal como surgedel acta de requisa vehicular, habiendo atacado en forma directa y con clara intención de dañar a terceros y a las fuerzas de seguridad.

Con relación a la liquidación que efectúa la parte actora, entiende que es improcedente, en tanto contiene montos desproporcionados, que en modo alguno guardan relación con casos similares.

Para finalizar se manifiesta acerca de la improcedencia de los rubros reclamados, ofrece prueba y señala su desinterés en la

prueba pericial médica y psicológica.

V.- A fs. 111 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 443.

A fs. 448/452 obra el alegato producido por el actor.

VI.- A fs. 454/460 vta. dictamina el Sr. Fiscal General del Tribunal, quien propicia el rechazo de la demanda.

A tal fin analiza la sentencia absolutoria dictada tanto por el juez correccional (5-12-2013), como por el Colegio de Jueces (10/09/2014), a la luz del artículo 1103 del entonces vigente Código Civil, para concluir que el sobreseimiento dictado en sede penal, donde se ha negado la existencia del hecho por entender que el delito no fue cometido por los imputados, no permite su reexamen en esta sede.

No obstante, analiza la prueba obrante en las actuaciones para concluir que: "…los agentes de policía contaban con suficientes elementos para presumir que el actor se encontraba armado al momento del hecho, lo que posteriormente es corroborado en el acta de requisa del rodado en cuestión obrante a fs. 54/55 del legajo penal…".

Agrega que se ha demostrado que el móvil policial concurrió al segundo llamado y que al interceptar al rodado que conducía Soto, éste no responde a la voz de alto dada por la policía.

Por otra parte entiende que existen serias reservas sobre la veracidad de los testigos, siendo altamente opinable el relato de los mismos, en tanto no arrojan suficiente luz sobre el momento crucial de los sucesos cuando el móvil de la policía intercepta el rodado del actor, y que según la versión de éste, uno de los efectivos le produce la herida de bala.

Concluye que la descripción del suceso en el momento del hecho dañoso, que surge de la prueba producida, no alcanza a superar un estado de duda acerca de la efectiva existencia de una agresión injustificada por parte de los efectivos de la policía Provincial, no advirtiéndose la acusada falta de servicio generadora de responsabilidad.

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

VII.- A fs. 465 se dicta la providencia de llamado de autos para sentencia, la que firme y consentida coloca a las actuaciones en estado para ser falladas.

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.

Siguiendo la línea trazada por la C.S.J.N, y los distintos precedentes emitidos por 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).

A su vez, para que se configure la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita deben reunirse 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).

Luego, en lo atinente al elemento "falta de servicio", la CSJN tiene dicho que: "…quien contrae la obligación de prestar un servicio público, 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 su ejecución irregular." (Fallos: 312:1656; 320:266; 325:1277; 328:4175; 329:3065).

Así, el carácter irregular o deficiente de la prestación del servicio, adquiere una relevancia esencial en el análisis de la responsabilidad del Estado, y debe ser corroborado mediantes pruebas claras y concretas, que permitan concluir firmemente que la imputación del daño es consecuencia de un actuar estatal que compromete su responsabilidad.

Bajo estos lineamientos, corresponde determinar si la accionada ha incurrido en un cumplimiento defectuoso o irregular de sus funciones, 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).

IX.- De acuerdo a la postulación de los hechos efectuada por las partes, si bien no resulta motivo de controversia el suceso acaecido el día 11 de abril de 2010, sí lo son las restantes circunstancias que rodean al mismo.

Una sintética reconstrucción del marco fáctico que surge de las pruebas producidas da cuenta que el evento dañoso ocurrió el día 11 de abril del año 2010, aproximadamente a las 3 am, en las calles Martinelli y 1° de Mayo de la ciudad de Plaza Huincul.

En ese contexto, no se encuentra controvertido por las partes que el actor junto a su acompañante –Sr. Cares-, en circunstancias en que se encontraban circulando se encontraron con la presencia del móvil policial JP 372, desde el cual se les ordenó detener el rodado, frente a lo cual el actor intentó fugarse.

Tampoco está controvertida la circunstancia por la cual el móvil policial se encontraba en la zona, en tanto respondía al llamando de un vecino del Barrio, quien alertara al comando radioeléctrico sobre una serie de disparos efectuados desde un rodado con

similares características a las del aquí actor, contra él y sus amigos, en oportunidad de encontrarse en la vereda de su casa.

Sin embargo, las partes no son contestes en cuanto al origen de las heridas que sufriera el actor, como tampoco en cuanto al proceder de la policía, siendo sus posiciones antagónicas: la actora postula haber sido víctima de un irregular accionar por parte de agentes de la policía Provincial al que rotula como un caso de "gatillo fácil"; la demandada entiende que el proceder de sus dependientes tuvo un desarrollo apegado al marco normativo que regula su accionar, efectuado de modo progresivo y en forma razonable frente a los sucesos presentados.

En otras palabras, frente a la postura actoral, la Provincia de Neuquén afirma que la policía no hizo más que cumplir con su obligación legal en la adecuada prestación del servicio de seguridad, entendiendo que los daños sufridos por el actor reconocen un exclusivo origen en la denominada "culpa de la víctima".

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

X.- En la tarea propuesta, se impone en primer orden analizar la proyección que ejerce en los presentes las sentencias penales dictadas con fecha 5/12/2013 y 10/09/2014 en la causa: "Dumingual, Carlos Alberto – Muñoz, Rubén Darío – Almendra Pablo Leonel – Gutiérrez Fabián Orlando s/Lesiones" (Expte. N°5084/2010 y Legajo OFICU 10077/2014).

En dicho fuero, ya han sido objeto de estudio las conductas desarrolladas por el personal policial dependiente de la Provincia de Neuquén, quienes fueron finalmente sobreseídos en forma total por los hechos investigados.

Es así que, en el expediente Nro. 5084/2010, con fecha 5/12/2013 se sobreseyó de manera definitiva al Sr. Fabián Orlando Gutiérrez, y de manera parcial al Señor Rubén Darío Muñoz y bajo el expediente 10077/2014, con fecha 10/09/2014, se dictó el sobreseimiento total y definitivo de los Señores Carlos Alberto Dumingual, Rubén Darío Muñoz y Pablo Almendra.

Entre las consideraciones más relevantes consignadas en los sobreseimientos señalados, se dijo lo siguiente: (i) en el caso del Sr. Fabián Orlando Gutiérrez, en orden a la presunta comisión del delito de lesiones graves agravadas por abuso de la función policial y el empleo de arma de fuego, el mismo se dictó "…por considerar que… no fue cometido por el encausado…"; (ii) en los restantes casos, se resolvió: "DICTAMINAR EL SOBRESEIMIENTO TOTAL Y DEFINITIVO de CARLOS ALBERTO DUMINGUAL DNI. ...; RUBÉN DARIO MUÑOZ DNI ... y PABLO LEONEL ALMENDRA DNI. ..... por el hecho ocurrido en fecha 11 de abril de 2010 a las 3.30 hs. en ocasión de patrullar el móvil JP 372 intercepta a un Renault Clio color bordó dominio BTX 423, el que era conducido por Luís Adrián Soto y acompañado por Aldo Javier Cares, y en momentos en que Soto da marcha atrás para retirarse del lugar, los imputados efectuaron disparos con sus armas de fuego reglamentarias, en dirección a los ocupantes del rodado y a pocos metros, impactando en el Clio dos disparos uno en la cabeza de Luís Adrián Soto, por lo que este desciende del automóvil muy mareado, cae al piso, presentando lesiones de carácter grave, solicitado conforme art. 160 inc. 2° NCPP, por no existir pruebas para verificar la autoría de los imputados." (Cfr. fs. 331/332 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 ... 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 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, cabe ponderar la cuestión a la luz de los términos contenidos en el art. 1103 del Código Civil, entonces vigente.

La cuestión fue objeto de análisis en el reciente Acuerdo 16/2016. Así, 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, 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).

Como se indicara, el artículo 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, la justicia penal determinó de forma expresa que el sobreseimiento se dicta, para el caso del Sr. Fabián Orlando Gutiérrez 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, utilizándose para los restantes investigados el artículo 160 inc. 2° de la norma procesal penal, en tanto no existen pruebas para verificar la autoría de los imputados.

Entonces, si bien no ha sido afirmado en esa sede la inexistencia del hecho, en cuyo caso el avance sí estaría vedado, no menos cierto es que lo expuesto constituye uno de los elementos que deben ponderarse y sopesarse con el resto de los medios probatorios existentes, a los fines de determinar el supuesto de responsabilidad.

En consecuencia, corresponde avanzar con el estudio de los restantes medios de prueba, para poder conocer si se reúnen los presupuestos necesarios para la configuración de la alegada falta de servicio por parte de la demandada.

XI.- Ahora bien, dentro del contexto citado y ponderando que lo que se está juzgado es el uso de la fuerza por parte de la Policía de la Provincia de Neuquén (el servicio de seguridad prestado), debe determinarse, teniendo en consideración las circunstancias del caso, si el modo de actuación resultó desmedido, desproporcionado e injustificado, de modo tal que pueda considerarse configurativo de la prestación de un servicio irregular.

Como ya se adelantara, la CSJN definió a ese tipo de responsabilidad directa, basada en la falta de servicio, como una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño. (Fallos: 321:1124 y 330:563, considerando 6°).

Frente a ello y en este estadio del análisis, corresponde realizar un repaso de las normas provinciales que regulan el servicio de la policía en la Provincia de Neuquén, para luego ponderar, a la luz de las pruebas aportadas y producidas, si en este caso en concreto el desempeño de los agentes policiales se ajustó o no a las pautas normativas vigentes.

Dentro del marco de regulación provincial la actividad de la policía se rige por la Ley 715 (Personal Policial) y Ley 2081 (Ley Orgánica para la Policía de Neuquén):

Respecto a la naturaleza del servicio prestado por las fuerzas policiales de la Provincia, y los medios de que dispone el servicio, la Ley 715, artículo 28 dispone que: "El personal superior y subalterno de los Cuerpos de Seguridad, de Investigaciones, Penitenciario –escalafón custodia- y Técnico…" tiene las siguientes obligaciones: a) Defender contra las vías de hecho o riesgo inminente, la vida, la libertad y la propiedad; b) Adoptar, en cualquier lugar y momento, cuando las circunstancias lo impongan, el procedimiento policial conveniente para prevenir el delito o interrumpir su comisión.

Por su parte, la Ley 2081 regula de manera exhaustiva el modo en el cual la actividad brindada por la Institución debe ser desarrollada, resultando de interés a los fines del presente análisis los siguientes artículos:

Artículo 1°: "La policía de la Provincia del Neuquén es la institución que tiene a su cargo el mantenimiento del orden público y la paz social. Actúa como auxiliar permanente de la administración de Justicia y ejerce por sí las funciones que las leyes, decretos y reglamentos establecen para resguardar la vida, los bienes y demás derechos de la población."

Bajo el Capítulo II que se refiere a la "FUNCIÓN DE POLICÍA DE SEGURIDAD", el artículo 7° dispone que: "La función de la policía de seguridad consiste esencialmente en el mantenimiento del orden público, la preservación de la seguridad pública y la prevención del delito.

Luego el artículo 8° complementa la regulación del siguiente modo: "A los fines del artículo anterior, le corresponde: a) Prevenir y reprimir toda perturbación del orden público, garantizando especialmente la tranquilidad de la población, la seguridad de las

personas, la propiedad y demás derechos contra todo ataque o amenaza;… f) Desarrollar toda actividad de observación y vigilancia que considere necesaria a sus fines específicos…".

Bajo el artículo 10° se brindan una serie de pautas concretas en cuanto al modo en el que los agentes de la policía deben cumplir con las finalidades asignadas, en los siguientes términos: "La Policía de la Provincia es representante y depositaria de la fuerza pública en su jurisdicción. En tal calidad le es privativo:… b) Hacer uso de la fuerza cuando fuere necesario mantener el orden, garantizar la seguridad, impedir la perpetración del delito y en todo otro acto legítimo de ejercicio; c) Asegurar la defensa oportuna de su persona, la de terceros o de su autoridad, para lo cual el agente esgrimirá sus armas cuando fuera necesario; d) En las reuniones públicas que deban ser disueltas por perturbar el orden o en las que participen personas con armas u objetos que puedan utilizarse para agredir, la fuerza será empleada después de desobedecidos los avisos reglamentarios".

El artículo 18° determina el modo de actuación en el que los agentes deberán desempeñarse: "En cumplimiento de las funciones y del ejercicio de las atribuciones que le determina la presente Ley, los integrantes de la Policía del Neuquén deben: a) Ejercer su función con absoluto respeto a las Constituciones nacionales y provincial respectivamente, y al resto del ordenamiento jurídico;… g) Actuar con la decisión y celeridad necesarias cuando de ello dependa evitar un daño grave, inmediato e irreparable, rigiéndose por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance; h) Disparar el arma reglamentaria sólo cuando exista un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o en circunstancias que permitan suponer un grave riesgo para la seguridad de la comunidad, de conformidad con los principios mencionados en el apartado anterior."

Conforme la descripción que se realizara de la normativa provincial de aplicación al caso, debe entonces avanzarse para establecer sí, en los hechos, el desarrollo del servicio prestado se ajustó a las pautas que lo regulan.

XII.- Del estudio y análisis de los elementos de prueba se advierten los siguientes datos:

XII.1. De las constancias escritas contenidas en los registros oficiales llevados en cada uno de los libros de la fuerza, surge que; (i) Libro de parte diario de novedades de la Sala de Radio estación del Comando Radioeléctrico, del que surge un llamado el día 10 de abril a las 23:05 hs. del Sr. Silva que denuncia que paso un auto y disparó un arma de fuego. (Cfr. fs. 285/292); (ii) Libro de parte diario de novedades de la comisaría de Plaza Huincul, donde consta que a las 23:20 hs. el comando solicitó que el servicio se hiciera presente en el barrio 100 viviendas, calle ..., dúplex ... de la familia Silva, quien denunció el disparo con arma de fuego en frente de su casa desde un vehículo –rojo o bordó- (Cfr. fs. 31 vta. del sumario de la Dirección de Asuntos Internos, expte. 343 "DAI"-2010); (iii) Libro de parte diario de novedades de la Sala de Radio estación del Comando Radioeléctrico, en el que consta que a las 3:18 horas recibió un llamado de una mujer que informa que sobre la calle 1 de Mayo y Miralles se estarían agrediendo físicamente, habiéndose enviado para su verificación al móvil policial JP 372 -Oficial Muñoz-. (Cfr. fs. 289).

XII.2. En consonancia, de la causa penal -expte. MPFCU 10077/2014-, se desprende que el móvil JP372 que intervino en ambos casos es el que patrullaban los oficiales Muñoz, Dumingual, Almendra y Gutiérrez, y que el automotor del lesionado Luís Adrián Soto era un Renault Clio color bordó, similar al que fuera descripto en la primera de las denuncias.

XII.3. En cuanto a la prueba de testigos, los testimonios producidos dan cuenta que el móvil policial concurrió frente al segundo llamado, y que, al interceptar el rodado que conducía el actor, éste no respondió a la voz de alto emitida por la policía:

El testimonio del propio actor, y de quien lo acompañaba en el rodado el día del hecho –Sr. Aldo Javier Cares-, dan cuenta que al cruzarse con el móvil policial, y ante las señas realizadas por los uniformados para que detengan su marcha, el actor no quiso frenar ("…al llegar a la esquina de calles 1° de Mayo y Martinelli de Plaza Huincul, se me cruza un móvil policial, me hacen señas para que me detuviera, yo no quise frenar…"

Su acompañante, Sr. Cares, expreso que: "…iba preparando un Fernet y para que no se cayera Luis disminuyó la marcha, en ese momento aparece la policía de frente, creo que pegaron un grito, yo no escuche, pero Luis hizo marcha atrás con el auto…".

Luego, nuevamente el actor Soto expuso que: "Yo circulaba conduciendo un vehículo Renault Clío por calle Martinelli. Al llegar a calle 1° de mayo me encuentro con un móvil policial que doblaba en esa intersección por Martinelli en dirección Sur. Entonces el móvil me intercepta y uno de los policías me dijo que me detuviera. Yo frené el automóvil y le di marcha atrás como para irme, porque me había asustado, ya que el vehículo no era mío sino que era de mi cuñado…". Cfr. fs.87, 88,102 respectivamente del Expte. JCUIN2 5084/2010 "DUMINGUAL, CARLOS ALBERTO – MUÑOZ RUBÉN DARIO – ALMENDRA PABLO LEONEL – GUTIERREZ FABIAN ORLANDO S/LESIONES).

En relación con las restantes pruebas testimoniales rendidas en la causa penal –de Jesús Ángel Purrán, Aldo Mauricio Purrán y Valeria Elizabeth Basualto (fs. 532, 533 y 105)-, he de coincidir con la apreciación efectuada en el dictamen fiscal, en cuanto destaca la llamativa contradicción existente respecto de los hechos y los motivos reales por los cuales la policía perseguía al vehículo en el que se conducía el actor, como también acerca del aparentemente inofensivo comportamiento del mismo, pese a

haberse reconocido en aquella sede por parte del propio actor y su acompañante, el haberse dado a la fuga y hacer caso omiso frente a la orden de detenerse expresada por los agentes de la policía, todo lo cual conduce a un descrédito del relato intentado.

El resto de las pruebas testimoniales producidas no arroja claridad sobre aquellos puntos que la actora afirma, en orden a sostener su posición frente a la mecánica del suceso, refiriéndose en casi su totalidad a temas atinentes a la situación laboral y personal del actor, que de resultar pertinente serán evaluadas en la oportunidad de tal análisis.

XIII.- Un detenido estudio de la prueba rendida en autos da cuenta que, efectivamente, el servicio de policía fue alertado -a través de las correspondientes denuncias en el comando radioeléctrico- acerca de la presencia de un automotor que guardaría identidad con el que conducía el actor, y de cuyo interior habría salido un disparo.

Frente a ese escenario, la policía dio inicio al protocolo pertinente para dar con el rodado; así, llegó hasta el lugar y logró dar con el automotor –Renault Clio color bordó- en cuyo interior se encontraba el actor y su acompañante, dio la voz de alto, la que fue ignorada por el conductor, lo que motivó una especie de persecución, atento la intención de los ocupantes del rodado de darse a la fuga (cuestión sobre la que han sido coincidentes los testimonios, principalmente los correspondientes a los propios ocupantes del rodado).

Ahora bien, del estudio del contexto en el cual la policía se encontraba cumpliendo con su deber de seguridad (-búsqueda y posterior hallazgo de quien/es se encontraba/n alterando el orden público; hallado el automóvil y sus ocupantes/ desconocimiento de la voz de alto/ disparo en el parabrisas) surge que el accionar de la fuerza no guardó la debida proporción y congruencia con las circunstancias existentes, teniendo en miras el fin perseguido (detención), extremos todos que debieron resguardarse de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 10 inc. d) y 18 inc. g) y h) de la Ley 2081.

En detalle el artículo 18 inc. h) de la citada norma, describe y otorga pautas que permiten determinar en qué contexto y bajo qué situación el arma reglamentaria puede ser utilizada; de cara a ello, no se advierte que en el caso –de acuerdo a la prueba rendida- haya existido "…un riesgo razonablemente grave para la propia vida, la integridad física o la de terceras personas, o… un grave riesgo para la seguridad de la comunidad….", de modo tal que no haya permitido la utilización de otros medios más razonables, proporcionales y progresivos para la detención de los sujetos perseguidos, que el uso del arma reglamentaria, del modo en que ésta se activó, esto es, como se dijo con un disparo en el parabrisas del rodado en el que circulaba el actor.

Recapitulando, el análisis de la totalidad de las pruebas producidas permite asumir que los dependientes de la Policía Provincial, en la oportunidad de enfrentar una situación de desorden en la vía pública a la cual debía asistir, prestaron el servicio de seguridad de un modo irregular; dicho de otro modo, la desproporción entre el medio empleado y las circunstancias existentes marcan una contradicción con los extremos impuestos por la normativa vigente para considerar que el servicio fue prestado en forma regular.

XIV.- Resta abordar el planteo que efectúa la accionada tendiente a lograr la eximición de su responsabilidad: en ese orden, entiende que existe un supuesto de ruptura del nexo causal que uniría la actuación del servicio de la fuerza policial (ejecución del servicio de seguridad), y el daño producido.

De manera concreta, postula que: "…la culpa de la víctima es causa eficiente y excluyente en la producción del resultado dañoso." (Cfr. Contestación de demanda, fs. 41).

Sobre el punto, lo decisivo para juzgar si ha mediado ruptura del nexo causal, es determinar la medida en que ha incidido en la producción del daño la conducta de la víctima, alegada por la demandada como eximente de responsabilidad.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que "los damnificados siempre participan "materialmente" en los sucesos lesivos, pero el problema reside en si esa participación (condición necesaria o "sine qua non") es "causalmente idónea", lo que requiere protagonismo activo y eficiente de la víctima en el curso perjudicial" (Zavala de González, Matilde, opus. cit, pág. 3, citado en el Acuerdo N° 66/2012).

Por su parte, la doctrina especializada realiza la siguiente diferenciación: "La colaboración de la víctima puede ser exclusiva, definitiva, en la producción del daño, o sólo parcial, como coadyuvante con el hecho del agente dañador. (Cfr. CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasas Directores. Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, pag. 312).

Para determinar en el caso si puede darse el supuesto de ruptura planteado, cabe recordar que la existencia del nexo causal no puede fundarse en meras conjeturas o posibilidades, sino que es preciso realizar un juicio de idoneidad o adecuación a través de un pronóstico objetivo-retrospectivo, mediante el cual debe recomponerse el cuadro de situación del caso, considerando, en abstracto, la previsibilidad de una persona normal; conforme a la regularidad en el acontecer de los sucesos y a las reglas dictadas por la experiencia, prescindiendo de la concreta aptitud perceptiva del sujeto que resultó dañado (Cfr. Ca. 6° CCCba., Rev. Zeus Cba. N° 320, del 02-12-08, pág. 641, citada en Ac.51/2013 de la Secretaría de Demandas Originarias).

Ahora, en este caso, puestos en la tarea de determinar en qué medida puede haber incidido en la producción del daño la conducta de la víctima y aún cuando, como se afirmara, quien resulta damnificado siempre participa "materialmente" del suceso, lo cierto es

que las pruebas producidas no alcanzan para tener por acreditado que la conducta asumida por el actor tenga entidad suficiente para quebrar el nexo causal del modo en el que se propone.

Ello así pues, las circunstancias de modo tiempo y lugar, estudiadas en su conjunto, dan cuenta que el comportamiento del actor, que para el punto puede individualizarse en la omisión de detención ante la presencia del patrullero y el pedido en tal sentido formulado por la autoridad, no constituye -del modo en el que ha sido acreditado- una condición suficiente con entidad para romper de modo total o parcial la relación de causalidad presente.

En otras palabras, si para atribuir a alguien responsabilidad por sus actos frente a un determinado hecho riesgoso, sólo puede considerarse como idónea aquella causa que, mediante un juicio de probabilidad –en abstracto- de manera normal y según la experiencia de la vida, produce un resultado de daño que debe atribuirse en todo o en parte al acto verificado, se advierte que la conducta asumida por el propio actor -motivar la intervención del servicio de seguridad que debe prestar la Policía Provincial y no acatar la orden de detención dictada-, que habilitó a que la policía lo siguiera, persiguiera e intentara detenerlo, considerada en abstracto y según el curso normal y ordinario de las cosas no reviste idoneidad necesaria para sufrir un disparo en la cabeza y provocar las lesiones padecidas.

Antes bien, lo previsible en el contexto de modo tiempo y lugar en el que sucedieron los hechos hubiera sido que el actor fuera detenido, de cualquier otro modo que no implicara el peligro para su vida e integridad física.

Las circunstancias de tiempo y lugar –de noche y en un barrio donde no había mucho movimiento-, no resultan justificativas en tal sentido, pues justamente al no existir una cantidad de personas en la calle, y/o de automotores circulando, la policía tenía un amplio margen para arbitrar otros medios que le permitieran –en su caso- proceder a la detención del rodado y sus ocupantes.

Frente a ello, tampoco surge de ninguno de los medios de prueba producidos y evaluados, que se haya presentado el supuesto contemplado en el art. 18 inc. h) de la Ley 2081, en el cual la vida o la integridad física de la propia policía o de tercera personas hayan sido puestas en peligro, de modo tal que pudiera –entonces sí- evaluarse la actividad de la víctima como una posible condición con entidad suficiente para quebrar la relación causal.

En definitiva si bien la conducta asumida por la víctima ha sido y resulta cuestionable, e incluso merece un reproche desde distintas esferas, no alcanza una entidad tal con suficiencia que permita, en este estado, eximir a la accionada de responsabilidad por la actuación del servicio de la fuerza policial (ejecución del servicio de seguridad), de manera irregular.

XV.- Sentada la responsabilidad de la Provincia de Neuquén, corresponde determinar el alcance de los daños reclamados y su cuantía.

Cabe recordar que el actor pretende como rubros indemnizatorios compresivos del daño material y moral los siguientes montos, subsumidos en los distintos rubros: a) incapacidad física sobreviniente, la suma de $839.042; b) daño estético, la suma de $50.000; daño al proyecto de vida, la suma de $20.000; daño psicológico, la suma de $19.200; daño moral, la suma de $200.000; daño moral por falsa imputación delictual, la suma de $66.666.

XV.1. Incapacidad física sobreviniente: En orden al tratamiento del rubro, tal como lo se expuso en distintos precedentes, 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, citados en Ac. 91/2012 y 109/2015, 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, padece las siguientes lesiones; pérdida total del sentido del oído izquierdo y la notoria cicatriz que le ha quedado en su rostro; el alojamiento de la bala en su cavidad craneana, que le produce diversas dificultades motrices, problemas en el sentido del tacto y vista, y el riesgo latente que la bala se desplace con el consecuente peligro de afectar otras partes del encéfalo, y la eventualidad de quedar postrado, en estado vegetal e incluso morir.

A lo expuesto añade que también se le produce una afectación en el ámbito social, puesto que no puede efectuar movimientos bruscos, a fin de evitar el desplazamiento, con lo que está vedado de realizar deportes ni esfuerzos en general.

Entiende que por todo ello posee una incapacidad del 100 %.

Ahora bien, con relación a las constancias probatorias obrantes al respecto, adquiere natural relevancia el informe pericial médico agregado a las actuaciones a fs. 208/220, realizado por el Dr. Gabriel Jerez.

El profesional adjunta al inicio de la pericia presentada una copia de la audiometría y de una tomografía computada de encéfalo con contraste, como así también tres fotografías del Sr. Luís Adrián Soto, en las cuales se puede advertir las cicatrices a las que luego refiere en su informe.

Luego, realiza una descripción de los antecedentes del caso, detalla que con posterioridad al accidente, el actor estuvo cinco días internado, y que luego de una evolución favorable, fue dado de alta.

A su vez, informa que como estudios complementarios, antes de producir el informe pericial, se le realizó al actor una serie de estudios –audiometría por 3 y tomografía de cráneo y encéfalo-, que se indican al inicio, como modo de verificar la evolución de las lesiones presumidas.

Dentro de las descripciones relevantes médico legales que se consignan, se informa que en el caso en análisis no se objetiva un orificio de salida del proyectil, pero si una cicatriz de la herida de entrada del mismo.

Al respecto el experto describe que, la conducta terapéutica que se sigue ante heridas de similares depende de diversas circunstancias, a saber: el Score de Glasgow inicial (que en el caso describe sin afección 15/15), el aumento de la presión intracraneana (PIP), el tipo de lesión, el compromiso bihemisférico, el compromiso de las estructuras neurológicas vitales, otras lesiones asociadas, el tipo y trayecto de proyectil, el efecto de masa, la hemorragia intraventricular, la afección de la línea media, etc.

Agregar que, "…como regla general, en heridas de arma de fuego la bala debe ser extraída si se encuentra accesible y esta maniobra no entraña un riesgo añadido para el paciente. No se recomienda el desbridamiento quirúrgico agresivo del trayecto de la bala en aquellos casos SIN EFECTO de MASA SIGNIFICATIVO ni la reintervención con la única intención de evacuar fragmentos óseos o de metralla retenidos…".

Luego detalla según su criterio las distintas incapacidades que presente el actor a la luz de los elementos obrantes en las actuaciones, el examen anatomo- clínico funcional y de los exámenes paraclínicos llevados a cabo:

a) Cicatrices: utiliza el baremo de "Altube- Rinaldi" propuesto para el fuero civil, donde se tiene en cuenta tres factores para su determinación (localización, tamaño y característica de la cicatriz) y concluye en la siguiente clasificación; (i) cicatriz A, con un tamaño de 3 x 1.5 cm, queloide de pigmentación aumentada, con una equivalencia al 23% de incapacidad; (ii) cicatriz B, con un tamaño de 1 x 1 cm, queloide de pigmentación aumentada, con una equivalencia al 16% de incapacidad; (iii) cicatriz C, con un tamaño de 1 x 1 cm, características normales de pigmentación disminuida, con una equivalencia al 12% de incapacidad.

b) Fractura de peñasco izquierdo, con ocupación de celdilla mastoidea provocado por un proyectil plomado: de las TAC realizadas afirma que es imposible establecer, por los artificios que generan las esquirlas, alteraciones en la estructura ósea del oído interno. Agrega que de acuerdo a la serie de tomografías realizadas, no existe mayor progresión ni desplazamiento hacia estructuras neurológicas de las esquirlas plomadas del proyectil ingresado a cráneo en estos 3 años.

Concluye en el punto que la fractura de peñasco izquierdo sin complicaciones neurológicas a la fecha agregadas: 4% de incapacidad, más la fractura de apófisis mastoides homolateral sin complicaciones, 3% de incapacidad.

c) Hipoacusia izquierda: del resultado arrojado por las audiometrías efectuadas se desprende la ausencia de incapacidad auditiva.

Por todo ello, con relación al porcentaje de incapacidad presente, el experto concluye que: "El actor presenta una incapacidad del 58% utilizando el método de suma directa y de 47.6% utilizando el método de Balthazard o de la capacidad restante, según el Baremo General para el fuero Civil."

A su vez, otro dato de interés que resulta relevante en sus conclusiones da cuenta que: "…f) No se presumen riesgos agregados a futuro, en vista de la evolución hasta el presente. g) No es esperable en este momento evolutivo la aparición de convulsiones pues no se halla comprometida la corteza cerebral, dado que el proyectil se encuentra en el interior de estructuras óseas. Por igual motivo no se espera en la evolución tampoco la aparición de mareos, adormecimientos de miembros ni pérdida de conocimiento. No utiliza ni se presume necesario el uso de anticonvulsivantes. h) No se avisora riesgo de muerte como consecuencia de las lesiones en lo mediato, si consideramos la evolución natural…" (Cfr. Punto VI) Conclusiones, fs. 219/220).

Luego, el informe pericial no fue cuestionado por ninguna de las partes.

En este punto, el repaso efectuado, sumado al informe pericial médico agregado permite tener por acreditadas ciertas lesiones sufridas por el actor: En tal sentido, cabe ponderar y destacar que el dictamen médico ha dado cumplimiento a la regla dispuesta por el art. 474 del C.P.C y C. en cuanto exige una explicación detallada de las operaciones técnicas realizadas y de los principios científicos en que se funde.

A ello se suma que el profesional tuvo en cuenta para su determinación no sólo los estudios específicos realizados al actor de

manera inmediata al siniestro, sino que los mismos fueron reproducidos con posterioridad e inmediatez a la emisión de la opinión profesional, lo que le permitió contar con un estado actualizado de la salud del actor, y de tal modo emitir su dictamen.

A su vez, dentro de los porcentajes de incapacidad propuestos por el experto, resulta atinado estarse al que fija la incapacidad en el 47,6%, ello así atento a la entidad de las lesiones sufridas, en comparación con distintos precedentes dictados por esta Sala Procesal Administrativa, en los cuales se determinó diferentes grados de incapacidad como consecuencia del ejercicio irregular del servicio de seguridad por parte de la Policía Provincial.

En cuanto a las circunstancias personales de la víctima, surge de autos que al momento del evento tenía 20 años (fs. 8, 9).

Respecto de la ocupación y remuneración cabe recordar que la carga en orden a aportar y acreditar tales extremos se encuentra a cargo del actor: en este sentido, el actor denuncia como ingreso al momento del siniestro un salario bruto de $ 3809.30, base sobre el cual realiza su liquidación, utilizando según refiere la fórmula matemática financiera.

Por su parte, en cuanto a las pruebas aportadas a los fines de abonar el parámetro remunerativo cuya aplicación pretende, acompaña a fs. 5 una copia simple de un recibo duplicado con la leyenda ECOM S.A., cuya fecha de ingreso es 18/01/2010 y el período liquidado es enero 2010, por un importe neto de $ 1810,00; a fs. 6 idéntico recibo que el anterior, pero correspondiente a la "LIQ FINAL FEBRERO 2010" por un importe de $ 2813,00; a fs. 7 una copia simple de un recibo emitido por Servicios VERTUA S.A., siendo el período abonado "2° Q DE OCTUBRE 08", por un importe de $ 1337,00.

Frente a ello la accionada controvierte y desconoce las copias simples de los recibos de sueldo adjuntados, conforme surge del texto de contestación de demanda (Cfr. fs. 106/108 vta.).

El actor ofreció la producción de prueba informativa a la firma Vertua S.A y Ecom S.A. a fin de que informen si el mismo se desempeñó bajo relación de dependencia en cada una de esa firmas, y en su caso detalle período, categoría, función desempeñada y salario percibido; sin embargo, sólo se produjo la informativa correspondiente a la primera de ellas, Vertua S.A., cuya contestación obra a fs. 164, e informa que el Sr. Soto "…ya no trabaja para mi mandante SERVICIOS VERTUA S.A, siendo que trabajó para la empresa entre los meses de Septiembre a Diciembre del año 2008. Finalmente informo que el haber quincenal percibido por el mismo ascendió a $ 1.337.- y trabajó como empleado con la categoría MEDIO OFICIAL ZONA B…".

Ahora bien, aún cuando la actora denunció un determinado parámetro a los fines de contar con pautas objetivas para la liquidación del rubro indemnizatorio, lo cierto es que no logra acreditar dicho extremo: en efecto, como primera cuestión esencial, aporta prueba tendiente a probar un ingreso que es anterior a la fecha del hecho, esto es, el siniestro sucedió el día 11 de abril de 2010, y la documental con la que intenta acreditar el punto corresponde a una liquidación final del mes de febrero de ese año, pero además con una fecha de ingreso correspondiente al 18 de enero de ese mismo año.

Entonces, la documental destinada a probar el extremo no sólo ha sido desconocida, y el extremo no fue abonado por otros medios, sino que además, la misma no resulta idónea para el fin perseguido en tanto de ser corroborada daría cuenta sólo de un período anterior a la fecha del accidente.

Por su parte los testimonios obrantes a fs. 160 y 163 tampoco aportan datos significativos, conteniendo solo expresiones vagas y sin datos precisos y certeros que puedan tomarse como pauta o indicio válido.

Frente a ello, y habiéndose incumplido la carga de aportar y acreditar el extremo por parte del actor, de manera subsidiaria, puede recurrirse al criterio que esta Sala Procesal Administrativa, con distinta composición, ha adoptado como pauta que dote de razonabilidad al decisorio, proponiéndose 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).

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" (Cfr. cita consignada en Ac. 109/2015: Matilde Zabala de González, "Resarcimiento de daños" T.2 Ed. Hammurabi 1996-530).

Así, de conformidad con la Resolución N° 2/2010 emanada del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil, dependiente del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, se fija como ingreso la suma de Un Mil Setecientos Cuarenta Pesos.

Es por ello que, en base a la totalidad de los datos consignados, y tomando como referencia la fórmula matemática financiera, corregida en función de las circunstancias concretas del caso (edad de la víctima, la merma de las aptitudes físicas -47,6%-, el monto de ingreso estimado en la suma de $ 1740), en uso de las facultades que otorga el art. 165, tercer párrafo, del C.P.C y C,

corresponde prudencialmente fijar por este rubro la suma de $166.414.

A su vez, la actora integra su reclamo con la pretensión por daño estético ($ 50.000) y daño al proyecto de vida ($ 20.000): Sin embargo, en el punto, se seguirá la postura adoptada por la CSJN, y en consecuencia la partida antes asignada resulta comprensiva de lo peticionado en concepto de daño estético y al proyecto de vida.

En efecto, el Máximo Tribunal Federal tiene dicho, para supuestos que guardan similitud, en relación con la partida indemnizatoria correspondientes al daño material que: "… más allá de la discriminación conceptual y las denominaciones empleadas, persiguen la reparación económica de la totalidad de secuelas que la incapacidad origina en la víctima, atendiendo a su incidencia en los múltiples ámbitos en que el sujeto proyecta su personalidad, dimensión a la que atiende el concepto resarcitorio elaborado por esta Corte…" (Cfr. Fallos 322:2002).

Por todo ello, la discriminación del daño aquí abordado, bajo el rótulo de "daño estético" y "daño al proyecto de vida", se encuentran en este caso comprendidos en el tratamiento del rubro analizado en primer término.

XV.2. El actor reclama por daño psicológico la suma de $19.200, suma que resulta abarcativa de la lesión psíquica y el tratamiento psicoterapéutico correspondiente.

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. 196/197 vta. obra la pericia psicológica realizada por la profesional Salvarezza, mediante la cual la experta concluye que "…la identidad del periciado es con el hecho ocurrido, es decir que se encuentran rasgos de identificación a este contenido, que aún no están totalmente sin elaborar. Hay deterioro en su personalidad ocasionado por dicha situación. Ante su imposibilidad de trabajar, y vivir en casa propia –no con sus padres y alejado de su hija- se ven particularmente signos de angustia estos no son excesivos, ya que no padece crisis de angustias, pero se ha instalado una depresión. Su imagen se ve deteriorada, con descenso de su autoestima. Se sugiere por todo lo descripto, tratamiento psicoterapéutico…"

Bajo el acápite "Cálculo de mermas psíquicas" la experta indica que, con la utilización del baremo general para el fuero civil, estima el grado de incapacidad del actor derivado de sus alteraciones psíquicas en un 15%, pero sin que califique a los trastornos, secuelas y síntomas como permanentes.

Y, bajo el apartado "Tratamiento Psicológico", recomienda el inicio de un tratamiento psicoterapéutico individual, con una frecuencia inicial de una vez por semana hasta completar un año, y estima el costo por sesión individual en $120.

Acorde con ello, en los términos que ha sido elaborado el informe técnico, no obstante no se le asignó por parte de la profesional a la incapacidad indicada el carácter de permanente, la misma consideró adecuada la posibilidad de elaborar psíquicamente el hecho vivido –traumático- a través el inicio de un tratamiento individual, que estimó en una vez por semana, hasta completar el año, con un costo que fija en $ 120 por cada sesión.

En este aspecto, considerando que la pretensión de un tratamiento fue incluida en el objeto de pretensión, como así también que no se aprecian motivos para apartarse del tiempo de la terapia estimado por la profesional, ni la frecuencia semanal asignada a un valor de $ 120 la sesión, corresponde fijar prudencialmente para este concepto la suma de $5.760,00 a favor del actor.

XV.3. El actor integra su reclamo con la pretensión de daño moral, por la suma de $200.000, y daño moral por falsa imputación delictual la suma de $66.666.

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 que se lesionan los bienes más precipuos de la persona humana, alterando el equilibrio espiritual, está afectando a la persona en una de las dimensiones más sutiles y fundamentales del ser. (Cfr. Ac. 109/2015 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

Luego, en cuanto a la fijación del daño moral, siguiendo el criterio aplicado por la CSJN "…debe tenerse en cuenta el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad, 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: 321:1117; 323:3614 y 325:1156, entre otros).

En cuanto a su existencia, en este caso, el mismo surge in re ipsa, debiendo tenérselo por configurado con la sola producción del evento dañoso, y de acuerdo a la ponderación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que acaeció el suceso.

No puede dejar de ponderarse a tal fin que el hecho importó un episodio traumático que se dio en la oportunidad de ser el actor interceptado por la policía, y si bien el mismo no acató la orden de detención, y optó por intentar la fuga, lo cierto es que del modo en el que fue analizada la responsabilidad, el accionar de la fuerza se llevó delante de un modo impropio y con exceso, lo que

provocó, en lo que aquí interesa, que las molestias padecidas al actor se proyecten al análisis del rubro, en tanto en definitiva el mismo porta un cuerpo extraño que ingresó de manera violenta a su cuerpo, y quedó allí alojado, no siendo conveniente –como se explicara por parte del experto médico- su extracción, debiendo la víctima convivir con ese objeto extraño en el interior de su cabeza.

En atención a lo expuesto, en uso de las facultades conferidas por el art. 165 del C.P.C. y C., se establece como reparación total para el rubro, la suma de $38.000.

XV.4. En relación con el rubro mediante el que solicita una indemnización de "daño moral por falsa imputación delictual", la misma no puede proceder: ello así, pues de la propia fundamentación utilizada por el actor se advierte que su tratamiento ya ha sido abarcado en el punto precedente (daño moral), de lo que se sigue que el otorgamiento de una suma indemnizatoria en tal concepto sería ni más ni menos que la duplicación de una indemnización por un concepto que ya ha sido analizado, e indemnizado.

XVI.- Conforme a lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de $210.174, con más el accesorio por intereses que se deberán calcularse sólo con relación al importe correspondiente a los rubros incapacidad física sobreviniente y daño moral a partir del 11-04-2010 (momento del hecho) y hasta su efectivo pago a la tasa activa mensual establecida por el Banco de la Provincia de Neuquén (cfr. Ac. 25/10 y 27/10, entre otros de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

Por todo ello se propone hacer lugar a la demanda interpuesta, de conformidad con todo lo expuesto, estableciéndose el monto de condena en la suma de $ 210.174, con más los intereses correspondientes, de conformidad con lo señalado anteriormente, lo que así propongo al Acuerdo.

En relación con las costas, las mismas se imponen a la demandada perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C.). 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) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por LUIS ADRIÁN SOTO contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN y, en consecuencia, condenar a esta última a abonar al actor la suma de $210.174, con más los intereses que surgen del considerando XVI; 2º) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C y C. y 78 de la Ley 1.305); 3º) Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"HOSSIAN ALEJANDRO ARMANDO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3054/2010) – Acuerdo: 06/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. MUNICIPALIDAD. OBRAS PÚBLICA. ESCOMBROS. SEÑALIZACION DEFECTUOSA. ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA DE LA VICTIMA. VALORACION DE LA CULPA. DISPENSA DE CULPA. INDEMNIZACION POR DAÑO. DAÑO EMERGENTE. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOVIL.

1.- Resulta responsable el municipio demandado en los daños que se produjeron en el

automóvil, como consecuencia de la presencia de un montículo de escombros que ocupaba una de las vías de la calle por la que transitaba el actor, en tanto por su deficiente señalización no pudo ser advertida por aquél del modo en el que hubiera sido previsible que lo hiciera, si la demarcación y señalización se hubiera realizado del modo correcto.

2.- No cabe atribuir culpa a la víctima, si conforme surge del informe pericial elaborado por el perito en accidentología, si bien el lugar se encontraba correctamente iluminado, el obstáculo presentado en la arteria existente al momento del siniestro –montículo de escombros- se encontraba deficientemente señalizado. Por su parte los testimonios brindados nada aportan en orden a tener por acreditados extremos que permitan evaluar un comportamiento de la víctima con entidad suficiente para quebrar el nexo causal establecido. Luego, el informe pericial analizado no ha sido cuestionado, ni tampoco se incluyó por parte de la Municipalidad demandada puntos de pericia relevantes a los fines de determinar, por ejemplo, la velocidad aproximada que traía el rodado del actor, de modo tal que permita contar con mayores elementos para analizar el supuesto que se plantea.

Texto completo:

ACUERDO N°6. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con los Señores 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: “HOSSIAN ALEJANDRO ARMANDO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 3054/2010, en trámite ante la mencionada Secretaría del Tribunal y, conforme el orden de votación oportunamente fijado, el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 7/11 se presenta el Sr. Alejandro Armando Hossian, por apoderado y con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Neuquén.

Pretende que se condene a la accionada al pago de una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia del siniestro que dice haber vivenciado con fecha 9 de abril de 2009, a la 1:00 am, en la calle Alberdi de esta ciudad, dirección oeste este, a bordo de su vehículo Chevrolet Corsa, dominio HDZ-254.

De su relato surge que se encontraba circulando por la calle Alberdi y al llegar a la intersección con la calle Santa Fe giró hacia su izquierda, tomado dicha arteria en dirección Sur Norte y al comenzar su tránsito por dicha vía, de manera repentina, se encontró con una montaña de escombros en el medio de la calle, sin señalización luminosa, resultándole imposible a esa hora de la madrugada visualizarla y menos evitarla, embistiéndola con la parte delantera izquierda de su vehículo.

En relación con el montículo, expresa que había sido dejado allí por la Municipalidad de Neuquén, que en esa época estaba realizando obras de reparación de las calles: hace una descripción de la modalidad empleada para tal tarea por parte de la Comuna, que básicamente consistía en romper el tramo que iba a refaccionar, dejar por varios días los escombros en la calle, sin señalización alguna, para luego avanzar.

Enfatiza que en esas circunstancias, sin señalización luminosa alguna, en horas de la noche, era imposible advertir la presencia del obstáculo.

Luego argumenta sobre la obligación de conservación de las calles dentro del ejido municipal, la que coloca en cabeza de la accionada, en tanto ejerce el poder de policía dentro del ejido urbano, y por tanto es responsable por los daños y perjuicios emergentes de la obstrucción del tránsito con montículos de escombros, sin la debida iluminación ni señalización que brinden una adecuada advertencia para los conductores.

Relata que, como consecuencia del siniestro, el vehículo resultó con importantes daños en el paragolpes delantero, guardabarros delantero izquierdo, soporte, tasa, faro, óptica y lámparas del lado izquierdo, cuya reparación y/o cambio y pintura irrogó un costo total de $3.210.

A la reparación pretendida, y como un modo de obtener una reparación integral del daño, agrega el rubro correspondiente a la privación de uso del automotor durante el lapso de 7 días.

Para su cuantificación, alega que empleaba su vehículo diariamente para trasladarse a su trabajo, como docente de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Comahue con asiento en esta ciudad, como también en su carácter de docente de la Universidad Tecnológica Nacional, con sede en Plaza Huincul, adonde viajaba tres veces por semana, y estima el costo por este concepto en $1.050 ($150 el costo diario de alquiler de un vehículo de similares características sin contemplar el adicional que corresponda por Kilometraje).

Bajo otro apartado retoma el relato atinente a la responsabilidad de la demandada: expone que el uso y goce de los bienes de dominio público por parte de los particulares importa, en el caso, para el Estado Municipal una serie de deberes en orden a la seguridad dirigida a la preservación de vidas y bienes materiales, debiendo garantizarse el derecho al libre tránsito, efectuando las reparaciones necesarias y señalizando debidamente las imperfecciones y obstáculos.

Enfatiza que, la existencia de un montículo de escombros sobre la calzada, sin estar señalizado adecuadamente, fue la causa por la cual lo embistiera con el rodado, existiendo a su entender un nexo adecuado de causalidad que hace responsable a la demandada en su condición de dueña de la cosa pública y en orden al poder de policía que ejerce.

Realiza el encuadre normativo de la responsabilidad en el artículo 1112 del Código Civil –entonces vigente-, en función del cumplimiento irregular de las funciones estatales y la omisión en el ejercicio del poder de policía.

Agrega que, si bien las calles no son normalmente cosas peligrosas en función del artículo 1113 del Código Civil –vigente entonces-, la falta de señalización preventiva permite calificar a la cosa perteneciente al dominio comunal como viciosa, según el artículo 2164 del Código Civil en tanto el consumado defecto presentado por la cosa la tornó impropia para su destino.

Para concluir, fundamenta la acción iniciada en el derecho que entiende aplicable, ofrece prueba y formula el petitorio.

II.- A fs. 12 se corre traslado de la demanda y la Municipalidad de Neuquén opone excepción de incompetencia (fs. 16/22), la que es acogida de manera favorable por la titular del Juzgado Civil N° 6 de esta ciudad a fs. 38, remitiéndose las actuaciones a conocimiento de este Tribunal Superior de Justicia, que asume la competencia y ordena el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 35 y 36 de la Ley 1305, tal como surge de la RI N° 406/10, obrante a fs. 51/53.

A fs. 103/4, previo dictamen fiscal (fs. 98/9), se declara la admisibilidad del proceso.

III.- Formulada la opción procesal por el procedimiento ordinario (fs. 106/7), a fs. 108 se corre traslado de la demanda.

A fs. 121 el Señor Fiscal de Estado toma intervención, y a fs. 132/8 la

Municipalidad de Neuquén por apoderado y con patrocinio letrado contesta demanda.

En su contestación, la Municipalidad solicita el rechazo de la demanda, y efectúa las negativas de rigor.

De manera pormenorizada niega todos los rubros y cantidades pretendidas, como también desconoce la autenticidad y contenido de la documental.

Según su postura, las copias certificadas ante escribano público adjuntadas por el actor dan cuenta que la obra se encontraba señalizada de manera adecuada, siendo una calle que se encuentra iluminada, y que el obstáculo que ocupaba uno de los carriles de la calzada, permitía a cualquier conductor con dominio de su vehículo, sortearlo.

Efectúa una descripción del cartel que se observa en el lugar del hecho, al que caracteriza como de gran envergadura, pintado de color blanco y rojo, de modo tal que no podía no ser visualizado por el actor.

Luego invoca la torpeza del propio actor para afirmar que el hecho por el cual se pretende responsabilizar al Municipio fue producto únicamente de la impericia de aquél, en tanto contaba con buena visibilidad, sin viento ni lluvia, en una arteria de tránsito fluido.

En definitiva sostiene que en el caso se produjo la ruptura del nexo causal por la exclusiva culpa de la víctima.

Luego niega que exista una conducta antijurídica por parte del Municipio, como tampoco un factor de atribución: así, entiende que la responsabilidad objetiva del Estado debe ser de interpretación restrictiva, en tanto es absurdo hacer responsable a la Municipalidad por los accidentes que se produzcan en la vía pública, en tanto si el conductor hubiera sido diligente no habría sucedido el siniestro.

Hace una referencia al deber de seguridad dentro de la órbita del poder comunal, el que no contiene obligaciones específicas y concretas, sino que se trata del ejercicio de facultades discrecionales, que no entrañan una obligación de resultado.

Afirma que si bien el Estado debe mantener las calles en buen estado, los conductores deben circular con cuidado y previsión, y mantener en todo momento el dominio de su automotor.

De manera subsidiaria cuestiona la procedencia y cuantificación de los daños que se reclaman, los que a su entender no fueron acreditados.

Finalmente ofrece la prueba que hace a su derecho y peticiona el rechazo de la acción, con costas.

IV.- A fs. 145 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 295, colocándose los autos para alegar, carga que ejercieron ambas partes a fs. 305/315 y 316/321.

V.- A fs. 324/331 vta. dictamina el Sr. Fiscal General quien propicia el acogimiento de la demanda.

VI.- A fs. 332 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Expuesta la plataforma fáctica y los argumentos esgrimidos por cada una de las partes, cabe determinar si corresponde atribuir responsabilidad a la Municipalidad de Neuquén por los daños y perjuicios que sufriera el actor.

Al momento de realizar el encuadre normativo sobre el cual la accionante pretende responsabilizar al Estado Municipal, recurre a simultáneos y diferentes supuestos, que van desde la "falta de servicio", que sindica en la omisión antijurídica en el ejercicio del poder de policía de seguridad, y subsume en el entonces vigente artículo 1112 del Código Civil, hasta la calificación de "la cosa" (montículo de escombros), perteneciente al dominio comunal, como viciosa, cuyo encuadre realiza a la luz del artículo 2164 del ya citado Código Civil.

No obstante, toda vez que la materia procesal administrativa comprende los 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, a) 4) de la Ley 1284) y que, en este caso, se trata de responsabilizar al Estado por los daños que se afirman sufridos en un accidente en una calle pública cuyo mantenimiento en buen estado de conservación recae sobre el Estado Municipal (art. 273 inc. a) de la Constitución Provincial), se abordará el tratamiento de la cuestión siguiendo los lineamientos que este Tribunal ha sentado a través de su jurisprudencia en la materia, en punto a los extremos necesarios para la procedencia de la pretensión resarcitoria.

Ellos son: 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. Ac. 66/12, 49/13, entre otros).

VIII.- Bajo tales premisas, vale desde ya señalar que el acaecimiento del evento dañoso que diera lugar a la acción promovida ha sido expresamente negado por la demandada; así, mientras la actora parte de sostener como la causa del accidente, la existencia de una "montaña de escombros" en el medio de la calle sin ninguna señalización, la comuna accionada niega la existencia de la misma; a todo evento, postula que, de haber existido, ha sido producto de la negligencia del actor, siendo aquél el único responsable.

A la postura asumida, la demandada agrega que el hecho de no haberse denunciado el accidente por parte del actor ante la Comuna, le impide corroborar la veracidad de los hechos.

VIII.1.- Ahora bien, de las constancias adjuntadas no surge que haya existido a raíz del hecho exposición policial o denuncia administrativa alguna. Por lo tanto corresponde estudiar el plexo de pruebas producidas en las actuaciones.

VIII.2.- A fs. 110/118 se adjuntaron copias de la documental que en original fuera aportada y oportunamente reservada.

En lo que aquí interesa, adquieren relevancia las fotografías que se encuentran certificadas en sus originales por la escribana Elena Beatriz Orlandini, adscripta al registro número 33 de esta ciudad, individualizadas bajo el número 0095541L, 0095542L, 0095543L, 0095544L y 0095545L.

Las mismas, que si bien han sido desconocidas en su autenticidad por la demandada en la oportunidad de contestar demanda en sede civil (fs. 16/22), negativa que no se mantuvo en la contestación de demanda en esta sede (fs. 132/138), pero que en ningún caso han sido atacadas por la vía pertinente en tanto se trata de originales certificados por escribano público, resultan suficientes a los fines de tener por válidos los extremos relativos a la existencia de los escombros y la presencia de una valla metálica sobre ellos.

VIII.3.- Siguiendo, el estudio de los testimonios producidos también abonan la existencia del hecho, esto es de la presencia del montículo de escombros y la colisión del rodado del actor con éstos.

Así, el testigo Hugo Farinaccio, quien se encontraba caminando en la zona al momento de producirse el siniestro, al ser interrogado por la existencia del hecho, afirma que escuchó el impacto del vehículo del actor sobre las piedras, lo que luego corrobora al acercarse para ofrecer su asistencia. (Cfr. pregunta n° 9 del pliego obrante a fs. 180).

Y, si bien la abogada de la demandada interrogó al testigo (pregunta 12) para que diga si vio el momento del accidente, a lo que aquél respondió que "no, venía distraído…" pero agregó "…escuche el impacto…".

También surge de su exposición como dato de interés, el lugar donde quedó el auto alojado luego del impacto, en cuanto expone que el mismo quedó "arriba de las piedras, tuvimos que ayudar a sacarlo de arriba de las piedras y correrlo para atrás…" (Cfr. pregunta n° 19 obrante a fs. 181 vta.).

Otro dato relevante que surge del testimonio se conecta con la iluminación del lugar del siniestro, y la presencia y ubicación de la señalización del mismo: expone el testigo que la iluminación del lugar era normal "… la luz que normalmente hay en una calle…";

en cuanto a la presencia de señales, afirma que vio un cartel cuya ubicación estaba “detrás de las piedras…”, no obstante cabe aclarar que, dado el sentido de circulación que traía el mismo, según sus dichos, esto es venía caminando por la calle Santa Fe,desde Ministro González, es claro que lo que el mismo visualizó lo es desde el vértice contrario al que puede visualizar un conductor, de lo que puede deducirse que el cartel de señalización al que hace referencia se encontraba delante del montículo de escombros (Cfr. pregunta n° 16 y n° 17 obrante a fs. 181 vta.).

La testigo Andrea Verónica Esnaola brinda su testimonio y expone que, al momento del siniestro, se encontraba en el café Donato, y si bien no coincide en su totalidad la hora en la que sitúa el suceso, pues expone que era de “noche, tarde, pasadas las diez, las once…”, mientras que el actor lo sitúa cerca de las 1 am, la discordancia no resulta de todo relevante en tanto, la diferencia en esa franja horaria, no parece resultar esencial.

Expone que: “…sentí como una explosión y salimos a ver, y vimos que había habido un accidente. Nos acercamos a curiosear…”.

Luego, ante la pregunta concreta si contra lo que había chocado el actor era un montículo de escombros, contestó “…sí, fue contra lo que chocó”, y agregó “… yo al auto lo vi después, no vi el hecho en sí, nosotros vimos el auto sobre los escombros, no se qué marca era, era un auto chico…”. (Cfr. fs. 194 y vta.)

VIII.4.- De las pericias producidas adquiere relevancia, en esta etapa del análisis, la mecánica obrante a fs. 211/2 y 222 y accidentológica a fs. 245/256.

La primera –Pericial Mecánica-, en rigor no aporta datos de calidad al análisis de la mecánica del hecho, en tanto se limita a determinar que los daños sufridos en el rodado del actor se corresponden con los que fueran detallados en las facturas adjuntadas, y se ajustan a las características del siniestro.

Por su parte, el dictamen pericial producido por el Perito en accidentes, luego de una exhaustiva explicación, brinda las siguientes conclusiones de interés:

(i) “La iluminación artificial de la calle Santa Fe, entre calle Alberdi y Ministro González, al momento del relevamiento es óptima, permitiendo una buena visibilidad del lugar”; (ii) “El señalamiento vial de obra que figura en las imágenes disponibles en el expediente, no reúne la condiciones básicas necesarias para prevenir/advertir a los conductores y demás usuarios sobre los riesgos del lugar”.

A ello se agrega el análisis que realiza, a la luz de la normativa aplicable, del tipo de señalamiento empleado para el obstáculo que se intentaba señalizar: en el punto, detalla que de acuerdo al Anexo L. de la ley 24.449, “…el color característico que identifica una zona de obra es el color naranja… Las vallas deben ser de franjas de colores alternados de naranja y blanco, con una inclinación de 45°, según sentido de circulación. Es decir, serán con inclinación de 45° hacia la izquierda cuando el desvío sea hacia la izquierda y del mismo modo, si el desvío es hacia la derecha las franjas tendrán igual inclinación hacia el mismo lado. No debe ser pintura común debe ser pintura reflectante. El criterio utilizado por la autoridad en este caso es contradictorio, debido a que la inclinación de las franjas es hacia ambos lados, indicando erróneamente que se puede superar el obstáculo por ambos lados. Existiendo una única posibilidad de paso por la derecha de la obra. (Cfr. fs. 255).

VIII.5.- Para continuar con el examen de las pruebas rendidas, a fs. 268 y 270, se agregan las copias de los oficios diligenciados a las distintas instancias administrativas.

A fs. 274/279 obra la respuesta brindada por la Municipalidad de Neuquén, suministrada por la Dirección de Obras Viales dependiente de la Subsecretaría de Mantenimiento Vial, dependencia que fue preguntada si con fecha 09 de abril de 2009 se realizó una refacción sobre la calle Santa Fe, entre Alberdi y Ministro González de la ciudad de Neuquén, y en su caso indique que tipo de señalización se colocó, si el cartel colocado se corresponde con una obra que normalmente realizaría la Municipalidad de Neuquén y si se trata de una calle iluminada: la respuesta es brindada por el Director de Obras Viales, dependiente de la Subsecretaría de Mantenimiento Vial de la Municipalidad de Neuquén: “Visto lo solicitado, se informa que, según los registros obrantes, esta Dirección de Obras Viales no ha efectuado reparación alguna sobre calle Santa Fe entre Alberdi y Ministro González en fecha 09 de Abril de 2009. No obstante ello: se cumple en informar que si hay registros de trabajos realizados en la zona reclamada durante el año 2011…” (Cfr. fs. 276).

En conexión con dicho informe debe hacerse mención de las constancias obrantes en el Expediente Administrativo OE N°1540 H 2011, en el cual a fojas 19 obra una nota N° 69, fechada 30/05/2011 por la cual la Dirección General de Inspecciones de la Subsecretaría de Obras Públicas envía a la Empresa GYDESSI la misma por la cual le requiere un informe acerca de la situación en virtud de que la obra “fue… ejecutada por ustedes según Expediente OE N° 12343-M-2008 REPARACIÓN DE PAVIMENTO DE HORMIGON".

A fs. 20 en esas actuaciones obra la contestación efectuada por la empresa requerida, la que en su parte pertinente, expresa que: “…Según nombrado Expte., esta empresa sería responsable de dicho reclamo, según nuestros registros, respaldados por informes

y fotos de obra Bacheo firmada en su momento por inspector designado por el Municipio el Sr. Salto, no se encuentra dicho arreglo en calles mencionadas en expte. Copia de los mismos y tal registro se encuentra en poder del municipio como en nuestra empresa, dado que cada mes entregábamos los registros de los mismos. Otro punto de observación y prueba visual que ratifica lo expuesto, la no responsabilidad de nuestra empresa en el suceso denunciado, es la foto tomada por el denunciante. El cartel de precaución tiene claramente como leyenda M.NQ, mientras que los nuestros estaban con la inscripción reglamentaria propuesta por Ud, y con fondo verde.

Si reconocemos que las estructuras de los mismos pertenecen a nuestra empresa ya que en su momento SERVICIOS PÚBLICOS, nos solicita los mismos para realizar BACHEO en la ciudad de Neuquén…" (Cfr. fs. 20 Expediente Administrativo OE N°1540 H 2011).

A fs. 293 obra la contestación de CALF, mediante la cual expresa que: "… la calle Santa Fe cuenta con el servicio de Alumbrado Público. Específicamente entre las calles Alberdi y Ministro González, la calle Santa Fe cuenta con Alumbrado Público y calle y vereda. Asimismo, se comunica que en la actualidad se encuentran instaladas las mismas luminarias existentes desde la fecha indicada en el oficio objeto del presente responde".

IX.- Del estudio y análisis del material probatorio, puede arribarse a las primeras conclusiones:

a) Como se adelantara en la oportunidad de realizar la descripción de las pruebas producidas, la existencia del montículo de escombros con los que colisionara el actor, extremos negados por la accionada, se encuentran acreditados.

De ello dan cuenta las fotografías certificadas por escribano público que como documental fueron adjuntadas por la actora, las que no han sido atacadas en su validez, manteniendo plena vigencia y constituyendo así plena prueba al respecto.

Complemento de tal extremo resultan los testimonios analizados en el punto precedente, los que coinciden en haber visto la montaña de escombros, y un automóvil arriba de los mismos, con sus consecuentes daños.

Y si bien en ninguno de ellos visualizó el momento del impacto, si dan cuenta –y testimonio- de los momentos inmediatos posteriores al mismo, declaraciones que por otro lado no han sido desvirtuadas por prueba en contrario.

Por su parte, no puede prosperar el planteo que intenta la accionada en cuanto pretende desligarse de la obra al señalar, como lo hace en sus alegatos, que "…la Municipalidad de Neuquén no estaba ejecutando obra alguna en dicho lugar. La existencia de un cartel que tenga unas siglas no es determinante para tener a la Municipalidad de Neuquén como ejecutora de una supuesta obra…" (Cfr. fs. 319).

Ello así pues, más allá del hecho puntual en torno a conocer si la obra fue o no ejecutada por la empresa GYDESSI, lo cierto es que la Municipalidad parte desde el inicio por negar la existencia de la obra (planteo formal que formula al contestar demanda), para luego contradecirse en el marco de las actuaciones administrativas, agregadas a la causa. (Cfr. Surge de la transcripción y análisis de la prueba informativa requerida a la propia Municipalidad y de las constancias existentes en el expediente administrativo OE N°1540 H 2011).

Y aquí no puede desconocerse que, frente a terceros –en el caso el actor en su carácter de administrado que circulaba por las calles de la ciudad de Neuquén-, nada agrega conocer si la obra era llevada adelante por la Comuna accionada o por una empresa contratada por aquella para el bacheo, pues si ese fuera el caso, compete al propio Municipio tener mínimamente constancia de quien ejecuta una obra dentro del ejido Municipal, máxime cuando la misma era sobre la rotura de una arteria en pleno centro de la ciudad, y por sobre todo, controlar que la señalización utilizada en su ejecución sea la adecuada y de acabado cumplimiento a las normas vigentes, extremos éstos que tampoco han sido atendidos.

b) En definitiva, a esta altura del análisis no puede soslayarse que la calle Santa Fe pertenece al dominio público Municipal, y que sobre la misma se estaba llevando a cabo una obra de bacheo, extremos éstos que ni la alegación del desconocimiento de la obra, ni la falta de registro por parte de sus dependencias administrativas, pueden desvirtuar con fuerza para sustraer a la accionada de sus obligaciones y deberes.

X.- Ahora bien, dentro del contexto citado y ponderando que lo que se está juzgando es la responsabilidad del Estado Municipal en el ejercicio del poder de policía y el consecuente cumplimiento irregular de las funciones estatales a su cargo, debe determinarse si el modo de actuación por parte de la Comuna, en cuanto al mantenimiento y señalización de la acera en cuestión resultó irregular, desproporcionado e injustificado, de modo tal que pueda considerarse configurativo de un supuesto de responsabilidad.

A tal fin, y dada la existencia dentro del ámbito normativo vigente para la Municipalidad de Neuquén de una regulación específica, su repaso se impone:

a) La Ordenanza 7510/96 (según su texto ordenado por Decreto 0979/1996), que regula el sistema uniforme de señalamiento vial, y mediante el cual la Municipalidad adhiere a distintos artículos de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, establece en su artículo 25, que regula precisamente el tópico "OBSTÁCULOS… Cuando la seguridad y/o fluidez de la circulación estén comprometidas por

situaciones u obstáculos anormales, los organismos con facultades sobre la vía deben actuar de inmediato según su función, advirtiendo del riesgo a los usuarios y coordinando su accionar a efectos de dar solución de continuidad al tránsito. Toda obra en la vía pública destinada a reconstruir o mejorar la misma o a la instalación o reparación de servicios, ya sea en zona rural o urbana y en la calzada o acera, debe contar con la autorización previa del ente competente, debiendo colocarse antes del comienzo de las obras los dispositivos de advertencia establecidos en el sistema uniforme de señalamiento. Cuando por razones de urgencia en la reparación del servicio no pueda efectuarse el pedido de autorización correspondiente, la empresa que realiza las obras, también deberá instalar los dispositivos indicadores en el sistema uniforme de señalamiento vial, conforme a la obra que se lleve a cabo.

Durante la ejecución de obras en la vía pública debe preverse paso supletorio que garantice el tránsito de vehículos y personas y no presente perjuicio o riesgo, igualmente deberá asegurar el acceso a los lugares sólo accesibles por la zona en obra. El señalamiento necesario, los desvíos y las reparaciones no efectuadas en los plazos convenidos por los responsables, serán llevados a cabo por el organismo con competencia sobre la vía pública o la empresa que éste designe, con cargo a aquellos, sin perjuicio de las sanciones que se establezcan en la reglamentación por los incumplimientos."

b) Por Decreto N° 1505/1997 del Intendente Municipal se adoptó como reglamentación del artículo 24 de la citada Ordenanza 7510/96 (según su texto ordenado por Decreto 0979/1996), el texto del artículo 22 y el anexo L del Decreto N° 779/95 del Poder Ejecutivo Nacional, reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449.

c) El citado Decreto Reglamentario de la Ley de Tránsito establece en su capítulo VIII las pautas bajo las cuales se rige el "SEÑALAMIENTO TRANSITORIO", que en lo pertinente se describe: Art. 8: 37.CONCEPTO. a) CONFORMACIÓN FÍSICA: Similares a las señales verticales y horizontales en sus distintos tipos y a las luminosas, variando el mensaje, los colores, las dimensiones y los símbolos. Deben ser construidas en materiales reflectivos de alto brillo y angularidad… Se recomienda al ente vial que la señalización vertical se realice con material reflectivo de mayores valores, cuando ello fuere posible. b) SIGNIFICADO: Señalizan la ejecución de trabajos de construcción y mantenimiento en la vía, o en zonas próximas a las mismas, siendo su función principal lograr el desplazamiento de vehículos y personas de manera segura y cómoda, evitando riesgos de accidentes y demoras innecesarias. c) UBICACIÓN: De tal forma que el conductor tenga suficiente tiempo para captar el mensaje, reaccionar y acatarlo. Como regla general, se instalarán al lado derecho de la calle o carretera. Donde sea necesario un énfasis adicional se colocarán señales similares en ambos lados de la calzada. Asimismo se deben instalar otras señales sobre las vallas de señalización transitoria. … 39. SEÑALES DE PREVENCIÓN. a) CONFORMACIÓN FÍSICA: Forma de cuadrado colocado con una diagonal vertical, con símbolo o mensaje en negro y fondo naranja reflectante, con una orla negra fina perimetral. b) SIGNIFICADO: Previenen al conductor de la restricción y riesgo existente en la zona. c) UBICACIÓN: Con suficiente anticipación de la zona a señalizar, quedando ello a criterio de la autoridad. … T.4 ESTRECHAMIENTO DE LA CALZADA (el supuesto que se da en el caso de autos), a) CONFORMACIÓN FÍSICA: Idem punto 39. a), con la figura de señal preventiva P. 10. (Cartel de color naranja reflectante y la figura de dos líneas paralelas, una de las cuales, la del lado que se estrecha la calzada, se quiebra y se aproxima a la otra en la parte superior) b) SIGNIFICADO: Anticipa el punto donde se inhabilita parte de la calzada… 41. VALLAS. Las mismas deben ser colocadas en el área de trabajo, de modo tal que alerten a los conductores sobre los peligros causados por las actividades de construcción dentro de la calzada y los dirijan a través de la zona de peligro, permitiendo el paso de los vehículos en forma gradual y segura y garantizando además la seguridad de peatones, trabajadores y equipos. Esas barreras pueden estar conformadas de 1 a 3 elementos horizontales, que van montados sobre soportes paralelos y verticales y pintadas a franjas reflectantes alternadas blancas y naranjas, con una inclinación de 45°, según el sentido del tránsito. Las vallas deben poseer características que minimicen los riesgos ante eventuales colisiones. Las vallas de 1 y 2 elementos se utilizan cuando el tránsito a través de la zona de trabajo se mantiene, canalizándolo y cercando el área en la que se realizan actividades. 46. DISPOSITIVOS LUMINOSOS. a.4 Luces de advertencia en vallas: se deben colocar sobre las vallas luces de advertencia de color amarillo continuo o intermitente, para complementar la función de canalización. (Cfr. Decreto N° 779/95 Reglamentario de la Ley de Tránsito y Seguridad Vial 24.449).

Tal como se aprecia, el marco normativo que regula la cuestión atinente a la señalización que debe utilizarse para cada uno de los supuestos resulta exhaustivo: no obstante, las pruebas rendidas a la luz del marco normativo vigente, dan cuenta que la obra llevada a cabo en la calle Santa Fe, entre las calles Alberdi y Ministro González, no contaba con las medidas de seguridad apropiadas, tales como la utilización de cartelería apropiada que advirtiera del modo indicado sobre la existencia del montículo de escombros –presuntamente pedazos de asfalto surgidos como consecuencia del trabajo de bacheo-, elementos con pintura refractaria y con los colores correspondientes, y la existencia de algún vallado con conos o cintas de precaución, etc.

Y, aun cuando la Municipalidad accionada insiste y asegura que existía la cartelería apropiada, y "…el lugar del supuesto accidente se encontraba debidamente señalizado a través de cartelería de obra reglamentaria e iluminado a través del alumbrado público…",

ello es desvirtuado por las fotografías agregadas a la causa, sumadas a los testimonios producidos, que sólo dan cuenta de la existencia de un caballete metálico pintado, sin la modalidad refractaria, sin la disposición de colores y pintura del modo regulado, sin la distancia de colocación apropiada, y sin la presencia de ninguna otra medida de seguridad anticipatoria.

En estas condiciones puede afirmarse que la Municipalidad accionada no ha dado cumplimiento al servicio que debe prestar en relación al debido mantenimiento y señalización de la vía pública cuando sobre la misma se efectúan obras, cuya demarcación se debe realizar en total cumplimiento de la normativa vigente, lo que indudablemente ocasionó que el actor colisionara con la misma.

En efecto, la apertura de un pozo en el medio de una vía pública y en una zona expuesta a la circulación de gran cantidad automovilistas, sin las condiciones de seguridad mínimas necesarias, como lo son las exigencias de señalización puntualmente detalladas, constituye una fuente de responsabilidad, que en el caso ha sido activada.

Recapitulando, a través del análisis en conjunto de la totalidad de los elementos de prueba, ha quedado acreditada la responsabilidad de la Municipalidad de Neuquén en los daños que se produjeron como consecuencia de la presencia de un montículo de escombros que ocupaba una de las vías de la calle Santa Fe por la que transitaba el actor, que por su deficiente señalización no pudo ser advertida por aquél del modo en el que hubiera sido previsible que lo hiciera, si la demarcación y señalización se hubiera realizado del modo correcto.

XI.- En este estado cabe analizar el planteo efectuado por la accionada, en cuanto postula que el daño se ha producido por exclusiva culpa de la víctima.

En esa línea afirma que: "…es evidente que el daño denunciado por el Sr. Hossian fue producto de su propia impericia, ya que con buena visibilidad, sin viento, sin lluvia, en una arteria de fluido tránsito embistió los carteles señaladores, lo que implica sin más su propia impericia para la conducción de vehículos…" (Cfr. Contestación de demanda, fs.134 vta.).

Ahora bien, lo decisivo para juzgar si ha mediado ruptura del nexo causal, es determinar la medida en que ha incidido en la producción del daño la conducta de la víctima.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que "los damnificados siempre participan "materialmente" en los sucesos lesivos, pero el problema reside en si esa participación (condición necesaria o "sine qua non") es "causalmente idónea", lo que requiere protagonismo activo y eficiente de la víctima en el curso perjudicial" (Cfr. Zavala de González, Matilde, opus. cit. Pág. 3, citado en el Ac. 55/2012 y 13/2013).

A modo de complemento, la doctrina especializada realiza la siguiente diferenciación: "La colaboración de la víctima puede ser exclusiva, definitiva, en la producción del daño, o sólo parcial, como coadyuvante con el hecho del agente dañador (Cfr. CÓDIGO CIVIL COMENTADO, Jorge Mosset Iturraspe – Miguel A. Piedecasas, Directores. Ed. Rubinzal – Culzoni Editores, pag. 312).

En este contexto cabe analizar si en el caso se ha acreditado por parte de quien tiene la carga procesal de hacerlo, los extremos necesarios que permitan advertir la ruptura parcial o total del nexo de causalidad.

Conforme surge del informe pericial elaborado por el perito en accidentología, si bien el lugar se encontraba correctamente iluminado, el obstáculo presentado en la arteria –montículo de escombros- se encontraba deficientemente señalizado: expresamente indica el experto que el señalamiento existente al momento del siniestro "…no reúne las condiciones básicas necesarias para prevenir/advertir a los conductores y demás usuarios (Cfr. fs. 256).

Por su parte los testimonios brindados nada aportan en orden a tener por acreditados extremos que permitan evaluar un comportamiento de la víctima con entidad suficiente para quebrar el nexo causal establecido.

Adviértase que el informe pericial analizado no ha sido cuestionado, ni tampoco se incluyó por parte de la Municipalidad puntos de pericia relevantes a los fines de determinar, por ejemplo, la velocidad aproximada que traía el rodado del actor, de modo tal que permita contar con mayores elementos para analizar el supuesto que se plantea.

En definitiva en el punto, como puede observarse, no se alcanza el convencimiento necesario que sustente la premisa de la que parte la accionada: cabe nuevamente reparar que correspondía a la demandada acreditar mínimamente la existencia de las circunstancias que permite atribuirle a la víctima una participación tal de modo que atenúe o elimine la responsabilidad del Municipio en el evento, lo que no ha sucedido.

En este escenario, la falta de acreditación mencionada impide avanzar en la eventual incidencia causal que la participación de la víctima pudiera haber tenido en el resultado nocivo.

XII.- Determinada entonces la cuestión atinente a la responsabilidad en el hecho acaecido, resta indagar acerca de la procedencia de los daños que se reclaman.

XII.1.- En primer lugar, el actor reclama una indemnización en concepto de "daño emergente", sufrido por el vehículo como consecuencia del siniestro, por un monto de tres mil doscientos diez pesos ($ 3.210).

Dicha suma se compone de conceptos tales como: repuestos, accesorios y mano de obra.

Asimismo dan cuenta que el rodado ya ha sido reparado, a cuyo fin se adjuntan las correspondientes facturas por cada uno de los gastos hasta arribar al monto reclamado.

Cabe hacer lugar a dicho reclamo, puesto que los daños causados al automotor se encuentran suficientemente acreditados con los distintos medios de prueba producidos.

En este sentido, han sido adjuntados al expediente judicial los distintos comprobantes de pago, conforme obran en las copias de fs. 110/112, cuyos originales se encuentran reservados, y que oportunamente fueran reconocidas por sus emisores, conforme surge de fs. 168,187.

A ello se suma que, los gastos efectuados resultan coherentes con los daños ocasionados al automotor, lo que resulta concordante con lo opinado por el perito mecánico designado en cuanto dictaminó que: "1) Analizadas las fotografías que constan en autos, los daños sufridos se corresponden con los detallados en la factura adjunta y se ajustan a las características del siniestro sufrido por el vehículo del actor… 3) Tanto en los repuestos que son originales, como la reparación, que fue realizada por taller autorizado, consultados los diferentes rubros, el monto reclamado se ajusta a los valores de plaza al momento de ser emitidas las correspondientes facturas (cfr. informe pericial fs. 211/212).

Por su parte, la demandada no ha producido al respecto prueba que justifique detraer rubro o monto, por lo que se recepta este ítem conforme se pretende.

En consecuencia el rubro reclamado procede por la suma de Tres Mil Doscientos Diez Pesos ($ 3.210), tal como fuera pretendido.

XII.2.- Pretenden la suma de Un mil cincuenta Pesos, en concepto de "Privación del uso" del vehículo siniestrado.

A tal fin esgrimen que empleaba su vehículo diariamente para trasladarse a su trabajo, como docente de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Comahue con asiento en esta ciudad, como también en su carácter de docente de la Universidad Tecnológica Nacional, con sede en Plaza Huincul, a donde viajaba tres veces por semana, y estima el costo por este concepto en $ 1.050 ($150 el costo diario de alquiler de un vehículo de similares características sin contemplar el adicional que corresponda por Kilometraje).

En el punto, cierto es que: "Si se trata de un automotor afectado al uso particular, la sola privación de su uso produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria". (Fallos T. 319, P. 1975; T. 323, P. 4065).

Sin perjuicio de ello, el actor agrega una serie de informes emitidos por la Facultad de Ingeniería de la Universidad Nacional del Comahue (fs. 160), y la Universidad Tecnológica Nacional Regional Neuquén (fs. 177), mediante los cuales dichas casas de estudio dan cuenta acerca del desempeño del actor como docente de las mismas.

A su vez, para cuantificar el rubro pretendido, el actor toma en cuenta la cantidad de siete días, como tiempo de indisponibilidad del rodado, lo que coincide con la cantidad de días de indisposición indicada por el perito mecánico, en cuanto expresa que: "4) El tiempo insumido por la reparación integral será de 7 días…" (Cfr. fs. 212).

A los fines de determinar el valor diario que la sustitución del vehículo implicaría, se produjeron informes a distintas empresas de alquiler de vehículos, a saber: Hertz (fs. 169/170), Avis (fs. 171 vta.) y Localiza (fs. 106).

Los valores expresados por tales firmas, calculados al mes de agosto del 2013 (en el caso de Hertz y Avis), y a abril del 2014 (Localiza), dan una pauta orientadora que permite establecer como razonable la suma estipulada por el actor, al momento de iniciar su demanda (octubre del año 2009).

Por tanto, efectuando una ponderación de los distintos elementos detallados y teniendo en consideración los términos empleados por la CSJN, en cuanto que la sola privación del vehículo es de por sí un daño resarcible, estimo prudencial reconocer la suma de Un Mil Cincuenta Pesos ($ 1.050), en concepto de "Privación del uso".

XIII.- En mérito a todo lo expuesto, el total indemnizatorio asciende a la suma de Cuatro Mil Doscientos Sesenta Pesos ($4.260,00).

Los intereses deberán calcularse con relación al importe reconocido en concepto de "privación de uso", a partir de la fecha del siniestro, y respecto del rubro "daño material" desde que cada suma fue abonada, conforme la tasa activa mensual establecida por el Banco de la Provincia del Neuquén (cfr. Ac. 23/10, 25/10 y 27/10 entre otros, de la Secretaría Civil de este Tribunal Superior de Justicia).

En relación con las costas del pleito, por aplicación del principio objetivo de la derrota consagrado en el ordenamiento procesal vigente, las mismas se imponen a la Municipalidad vencida (art. 68 del CPCyC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305). ASÍ VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor MASSEI y la solución propiciada en su fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Hacer lugar a la demanda interpuesta por ALEJANDRO ARMANDO HOSSIAN contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN, y

condenar a esta última a abonar al actor la suma de Cuatro Mil Doscientos Sesenta Pesos ($4.260,00), más los intereses que surgen del considerando XIII;

2°) Imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del CPCyC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305); 3°) Diferir la regulación de honorarios para el momento de contar con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

"UBALDINI JORGE ESTEBAN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3234/2010) – Acuerdo: 08/08 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Impuestos.

TASA MUNICIPAL. TASA RETRIBUTIVA DE SERVICIOS. LOTES. FALTA DE SALIDA A LA CALLE. SERVICIO PÚBLICO. HECHO IMPONIBLE. OBLIGACION DE PAGO. DEMANDA. DEFICIENTE ARGUMENTACION.

1.- La acción en donde el actor pretende que se lo exima del pago de la tasa por servicios retributivos a sus dos lotes por la circunstancia que ninguno tiene salida a la calle debe ser desestimada, pues la falta de ventaja o beneficio individual, no es óbice para eximirse del pago de una tasa. Ello es así, por cuanto el servicio que el Estado presta al particular constituye el presupuesto de hecho que adopta la ley y que opera como elemento condicionante para la configuración del hecho imponible que entraña este tipo de tributo. De las Ordenanzas Impositivas Nro. 5081/07 (año 2014) y Nro. 6837/14 (2015) surge que se encuentran obligados al pago de la tasa por servicios a la propiedad inmueble, todos los inmuebles que se sitúen dentro del radio de prestación de los mismos.

2.- La deficiente argumentación que formula el actor en su demanda relativa a la supuesta falta de prestación de los “servicios retributivos” (en general) sin identificar a cuál de ellos se refiere, ni relacionar la pretensión de ser eximido de su pago con la falta de cumplimiento de los hechos imponibles descriptos en las normas tributarias, sumado a su opción por el proceso sumario, no permite avanzar en el análisis que pretende, desde que la sola circunstancia de que sus inmuebles no cuenten con salida a la calle no implica que no sean beneficiarios de algunos de los servicios prestados por el municipio.

Texto completo:

ACUERDO N°_8. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con 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. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "UBALDINI JORGE ESTEBAN C/ MUNICIPALIDAD DE CENTENARIO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 3234/2010, 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. 42/50 se presenta Jorge Estaban Ubaldini, por derecho propio y con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Centenario. Solicita la declaración de nulidad del Decreto Municipal Nro. 662/2010 y la Resolución Municipal Nro. 003/2009 de la Secretaría de Hacienda y Finanzas, que fuera notificada mediante Carta Documento Nro. 141833766 suscripta por el Intendente de la Ciudad de Centenario, de fecha 21/10/10, con más los daños y perjuicios.

Afirma que el Decreto en cuestión viola lo normado en el artículo 16 –derecho a la igualdad- y 17 –derecho de propiedad- de la Constitución Nacional.

Luego de explayarse sobre los requisitos de admisibilidad de la acción, procede a relatar los hechos.

Explica que es propietario de dos terrenos ubicados en cercanías de la ciudad de Centenario, los que individualiza como lotes 2 y 3 de la Mza. A, nomenclaturas catastrales Nro. 06-23-053-6283 y 09-23-053-6338 del loteo Ballester.

Relata que peticionó al Municipio (reclamo Nro. 5391) que diera de baja a dichos lotes de la obligación de pago de los servicios retributivos, teniendo en cuenta que no tienen salida a la calle, ni existe ninguna prestación municipal brindada. Asegura que los lotes vecinos cuentan con el beneficio que peticiona, lo que dice acreditar con la nota suscripta por el Intendente Municipal al contestar el requerimiento en los autos caratulados "Ubaldini Jorge Esteban c. Municipalidad de Centenario s/ amparo por mora" (Expte. 397.027/9) y del expediente administrativo, donde consta un certificado de libre deuda de los lotes vecinos. Recalca que en el trámite administrativo, existen dos informes de funcionarios de rango inferior que sostienen que no debería cobrarse tasa a estos inmuebles.

Refiere que no obtuvo respuesta municipal en término, por lo cual interpuso una nota de pronto despacho y, más tarde, inició una acción de amparo por mora –anteriormente citada- que se declaró abstracta dado que el Secretario de Hacienda y Finanzas del Municipio emitió la Resolución 003/2009, mediante la cual se rechazó su reclamo. Dice que impugno la misma, lo que motivó el dictado del Decreto 662/10 que al rechazar el reclamo agotó la vía administrativa.

Detalla la documentación que adjunta, funda en derecho y transcribe jurisprudencia que estima aplicable al caso. Formula petitorio, y se limita a enunciar que "hace reserva de caso federal".

II.- A fs. 94, mediante R.I. 455/14, se declaró la admisión del proceso.

A fs. 99 la actora formula opción por el proceso sumario y se ordena el traslado de la demanda (fs. 100).

III.- A fs. 102 se presenta el Sr. Fiscal de Estado y toma intervención en los términos de la ley 1575.

IV.- A fs. 136/146 la Municipalidad contesta demanda.

Luego de realizar la negativa de rigor brinda su versión de los hechos.

Menciona que oportunamente, requirió a la Dirección General de Recaudaciones del Municipio que informe respecto del estado de deuda de los contribuyentes colindantes a los lotes denunciados por la parte actora.

Afirma que, en respuesta se informa que conforme surge de los registros comunales, los lotes colindantes no se encuentran exentos del pago del tributo, sino que registran deuda por Tasa de servicios retributivos y Agua (contribuyentes Nro. 733 propietario del lote 04, Nro. 731 del lote 5, Nro. 728 del lote 6), con la salvedad del contribuyente Nro. 727, propietario del lote 07, quien se encuentra al día en el pago de la tasa en concepto de retributivos y agua.

En base a ello, niega que los lotes colindantes con los del actor gocen de una exención que no se le ha otorgado al peticionante.

Manifiesta que de la propia documental adjuntada por la actora, surgen una serie de consideraciones que vale señalar. Al respecto, cita lo manifestado en la copia simple de la Escritura Nro. 89 del 12 de junio de 2009 en la que consta la cesión y transferencia de los lotes 2 y 3 de la Manzana A por parte de los Sres. Ballester al aquí actor, donde expresamente se consigna que "La Municipalidad de Centenario certifica en concepto de Tasas por Servicios Retributivos, Agua Corriente y Cloacas los inmuebles mantienen vigente un plan de facilidades de pagos Nº 942/09, con sus cuotas liquidadas y abonadas en término.".

Asimismo, dice que del Recibo Nro. 13731 de fecha 01/10/210 surgen los pagos efectuados en concepto de Agua Corriente y Retributivos.

Deduce de ello, que la parte actora no puede desconocer que los lotes que compró están sujetos al pago de la tasa por servicios retributivos.

Manifiesta que el hecho de que los lotes se encuentren sin salida a la vía pública no es causa para que se produzca la exención de pago, ya que la normativa fiscal dispone que tributarán las "unidades de vivienda independientes" en donde quedarían incluidos los lotes.

Refuta la validez de los informes de los Funcionarios Esteves y Busso, que interpretan que no debiera cobrarse la tasa respecto de esos lotes, en base a considerar que son meros informes, opiniones de carácter no vinculante para la Administración comunal.

Cita al respecto la Ordenanza Municipal Nro. 5081/07, la que con relación a los servicios retributivos, en su anexo I, artículo 1 dispone: "quedan obligados al pago de los servicios a que se refiere el presente título, todos los inmuebles dentro del radio de prestación de los mismos. Para la determinación de los importes a abonar, se considera como sujetos de servicios, cada una de las unidades de viviendas independientes y locales comerciales independientes o que tengan servicios sanitarios propios."

Asimismo, refiere a la Ordenanza Impositiva anual, Nro. 6837/14, la que expresa: Los inmuebles situados total o parcialmente dentro del ejido municipal de la ciudad de Centenario, beneficiado directa o indirectamente, total o parcialmente, con cualquiera de los siguientes servicios: alumbrado público, recolección de residuos, mantenimiento y conservación de calzada de tierra, barrido y conservación de calzadas pavimentadas, servicios de agua potable, red cloacal, mantenimiento de plazas, paseos, espacios verdes, zonas de recreación y monumentos, conservación de arbolado público o cualquier otro prestado por el Municipio, incluido los destinados a la protección del medio ambiente, abonarán las tasas correspondientes según se detalle en los artículos siguientes (…)".

Asegura que similar redacción tiene la ordenanza impositiva del año 2008 (Nro. 5081/07).

Concluye que la apertura de calle no es un requerimiento del Código Fiscal Municipal para la imputación del cobro de Retributivos.

Alega que los servicios que presta una comuna son de carácter general, puesto que benefician a la sociedad considerada en su conjunto, si es materialmente imposible su división en unidades.

Insiste que el Sr. Ubaldini no puede pretender que no se le cobre la tasa, puesto que vive en una comunidad organizada administrativamente, en la cual los ciudadanos transitan por sendas, calles, espacios verdes, en buen estado de conservación, limpios, iluminados y por el sólo hecho de ser propietarios de un inmueble, el mismo pasa a tributar por el derecho de propiedad que posee. Basta con la sola prestación del servicio para que sea viable la exigencia de pago, sin importar que se haya configurado un beneficio o no para el sujeto que la recibe.

Manifiesta que la tasa municipal se cobra para beneficiar los servicios públicos que se brindan efectivamente a toda la comunidad, más allá de la vinculación directa o indirecta con algún sujeto pasivo.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que estima aplicable al caso, desconoce la documental adjuntada por la actora, ofrece prueba, funda en derecho y formula petitorio.

V.- En atención a que la actora optó por el trámite sumario, a fs. 148 la demandada desiste de la producción de la prueba que ofreció en la contestación.

VI.- A fs. 157 obra dictamen Fiscal, quien propicia el rechazo de la demanda fundado en la falta de desarrollo argumentativo suficiente, que sumado a la opción por el procedimiento sumario impiden profundizar en aspectos necesarios para poder acoger la genérica pretensión esbozada.

VII.- A fs. 162 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- El accionante inicia la presente acción a fin de que se le exima del pago de la tasa retributiva de servicios, por los lotes Nro. 2 y 3 de la Manzana A. nomenclaturas catastrales 09-23-053-6238 y 09-23-053-6338 de la ciudad de Centenario, petición que fuera oportunamente rechazada por el Municipio mediante Resolución 03/09 de la Secretaria de Hacienda y Finanzas y ratificada por Decreto Nro. 662/2010.

En una genérica y por demás breve fundamentación, indica que la falta de salida a la calle de sus lotes implica que no se vean beneficiados con prestación alguna de servicio municipal y que por ello, el resto de los lotes linderos se encuentran exentos del pago de la tasa en cuestión.

Esta última circunstancia se encuentra desvirtuada por la prueba adjuntada por la comuna (fs. 108) donde surge que los lotes linderos tributan la tasa municipal por servicios retributivos, registrando algunos de ellos deuda por tal concepto, lo que impide considerar la existencia de afectación al principio de igualdad.

Ahora bien, respecto a la exención solicitada, cabe apuntar que la falta de ventaja o beneficio individual, no es óbice para eximirse del pago de una tasa.

Conforme lo apunta Giuliani Fonrouge, "tasa es la prestación pecuniaria exigida compulsivamente por el Estado, en virtud de ley, por la realización de una actividad que afecta especialmente al obligado, siendo de notar al respecto, que la última parte del concepto no significa que la actividad estatal debe traducirse necesariamente en una "ventaja" o "beneficio" individual, sino tan solo, que debe guardar cierta relación con el sujeto de la obligación, por cualquier circunstancia que lo vincule jurídicamente con el servicio público instituido (desarrollo de alguna actividad, propiedad o uso de los bienes, realización de gestiones o trámites, etc.)

(cfr. autor citado, Derecho Financiero, Volumen II, 6 ed. Depalma, Buenos Aires, 1997, pg. 1065).

Por su parte, la CSJN ha expresado que la tasa es una categoría tributaria derivada del poder de imperio del Estado, que si bien posee una estructura jurídica análoga al impuesto, se diferencia de éste por el presupuesto de hecho adoptado por la ley, que consiste en el desarrollo de una actividad estatal que atañe al obligado y que, por ello, desde el momento en que el Estado organiza el servicio y lo pone a disposición del particular, éste no puede rehusar su pago aun cuando no haga uso de aquél, o no tenga interés en él, ya que el servicio tiene en mira el interés general (Fallos: 251:50 y 222; 312:1575; 323:3770; entre otros).

En esa línea, el servicio que el Estado presta al particular constituye el presupuesto de hecho que adopta la ley y que opera como elemento condicionante para la configuración del hecho imponible que entraña este tipo de tributo.

De las Ordenanzas Impositivas Nro. 5081/07 (año 2014) y Nro. 6837/14 (2015) surge que se encuentran obligados al pago de la tasa por servicios a la propiedad inmueble, todos los inmuebles que se sitúen dentro del radio de prestación de los mismos.

Asimismo, la tasa incluye la retribución por varios servicios: alumbrado público, recolección de residuos, saneamiento y conservación de calzadas de tierra, barrido y conservación de calzadas pavimentadas, agua potable, red cloacal, inspección e higiene de baldíos, mantenimiento de plazas, paseos, espacios verdes, zonas de recreación y monumentos, conservación de arbolado público.

La deficiente argumentación que formula el actor en su demanda relativa a la supuesta falta de prestación de los “servicios retributivos” (en general) sin identificar a cuál de ellos se refiere, ni relacionar la pretensión de ser eximido de su pago con la falta de cumplimiento de los hechos imponibles descriptos en las normas tributarias, sumado a su opción por el proceso sumario, no permite avanzar en el análisis que pretende, desde que la sola circunstancia de que sus inmuebles no cuenten con salida a la calle no implica que no sean beneficiarios de algunos de los servicios prestados por el municipio.

Más aun, del acta de constatación que el accionante adjunta a fs. 20/21 surge que los “inmuebles se encuentran baldíos y resultan lindantes entre sí”, de manera tal que, en principio, deberían tributar la tasa por los servicios retributivos a la propiedad inmueble que incluye “la inspección e higiene de baldíos”.

Tampoco alega que la falta de prestación sobrevenga como consecuencia de la inexistencia del servicio en sí mismo considerado, sino que su único argumento está referido a no encontrarse “beneficiado” en particular, por los “servicios retributivos” que presta el Municipio.

Empero, como lo reconoce la doctrina “sólo cabe atender a la existencia de un servicio organizado o creado por el ente administrativo (no a la efectividad de su prestación y, menos aún, en favor del sujeto de la prestación) y a que no resulten vulnerados los principios de igualdad, entendido latu sensu, y de respeto a la propiedad privada (confiscación) que se reduce a la exigencia de razonabilidad del tributo” (aut. cit. opus. cit. pg. 1073), extremos que no han sido alegados ni controvertidos en autos.

Desde esta perspectiva, no existen elementos que permitan concluir que la negativa de la Administración comunal a eximir al actor del pago de la tasa por servicios retributivos, sea ilegítima o irrazonable, o que el Decreto 662/10 y la Resolución 03/09 adolezcan de vicios que conlleven a su nulidad.

Por tales razones, propongo al Acuerdo rechazar la demanda entablada, con imposición de costas al actor por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 78 C.A. y 68 del C.P.C. y C.). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, y por sus mismos fundamentos emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por JORGE ESTEBAN UBALDINI contra la Municipalidad de Centenario; 2º) Imponer las costas al accionante vencido (arts. 68 C.P.C.y C.); 3º) Regular los honorarios del Dr. ..., en la suma de $5.500 en su carácter de patrocinante del actor, los de la Dra. ..., apoderada de la demandada, en la suma de $3.140 y los de la Dra. ..., patrocinante de la misma parte, en la suma de $7.850 (arts. 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 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

"ARDITO HECTOR ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 6025/2014) – Acuerdo: 09/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO TRIBUTARIO: Impuestos.

TASAS MUNICIPALES. ORDENANZA. EXENCION TRIBUTARIA. FUERZAS ARMADAS. CONSCRIPTO. MOVILIZACION DE TROPAS. DIFERENDO AUSTRAL. LEY DEL PERSONAL MILITAR.

La demanda en donde el actor pretende que se le aplique la Ordenanza 11302/08 que prescribe la exención tributaria de tasas por servicios a la propiedad inmueble, contribución de mejoras y patentes para aquellas personas que acrediten haber sido convocadas y efectivamente movilizados en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto con la Rep. de Chile por el diferendo limítrofe en el canal de Beagle, resulta procedente, pues si bien el municipio desestimo el pedido, primero, por falta de acreditación de la efectiva movilización con las tropas y luego, por considerar que un conscripto no tiene estado militar, esa interpretación restrictiva de la exención tributaria, no parece desprenderse de su articulado que, expresamente, otorga la exención al "personal de las fuerzas armadas de la Nación" –sin distinguir si pertenecen al cuadro permanente o a las reservas de las Fuerzas Armadas-. Asimismo, y conforme lo establece la propia ley del personal militar (L. 19.101), aquellas personas que no perteneciendo al cuadro permanente, se han incorporado a las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada o Fuerza Aérea) por convocatoria o por servicio militar obligatorio, para prestar servicios militares constituyen la reserva incorporada a dicha fuerza y, por ende, forman parte de su personal militar, estando sujetos a los deberes y obligaciones que surgen del estado militar, mientras dure su incorporación.

Texto completo:

ACUERDO N° 9. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia integrada con 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: "ARDITO HECTOR ANGEL C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 6025/2014, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- Que a fs. 6/12, el Sr. Héctor Ángel Ardito solicita se le otorgue la exención tributaria prevista en la Ordenanza 11302/08 respecto de las tasas por servicios a la propiedad inmueble, contribución de mejoras y por impuesto de patentes, que fuera denegada en sede administrativa.

Relata que con fecha 20/08/09 solicitó ante la Dirección Municipal de Gestión Tributaria, la petición de ser incluido en la exención prevista en la Ordenanza 11302/08, en virtud de haber sido convocado y movilizado en el año 1979 –siendo empleado municipal- al teatro de operaciones montado en el sur del país a raíz del conflicto limítrofe con la vecina República de Chile originado en el diferendo por el canal de Beagle.

Indica que, conforme lo exige la Ordenanza 11302, presentó el Certificado de Convocatoria (fs. 2 del expte. OE 8027/09) que establece: "Ejército Argentino Regimiento de Infantería 24, Certificado de Convocatoria. Por la presente certifico que el soldado c/58 ARDITO HECTOR ANGEL (MI 12.638.166 DM.NQ) se encuentra actualmente en uso de licencia especial hasta su Desconvocatoria de las filas del Ejército (LEY 17649 - Decreto Reg. 2348/78), por lo que se deja constancia que su Documento Nacional de Identidad, le ha sido retenido en la Unidad a mi mando. Se extiende el presente Certificado al solo efecto de ser

presentado ante las autoridades que así lo requieran. Rio Gallegos, 23 de enero de 1979. Fdo: Coronel Alfredo Gómez del Regimiento 24 de Infantería."

Interpreta que tal certificación acredita dos aspectos que fueron desconocidos por el Municipio al negar la exención tributaria, a saber: a) que fue efectivamente convocado y movilizado con las tropas del Ejército Argentino, ya que el certificado fue extendido en la ciudad de Río Gallegos, Pcia. de Santa Cruz; y b) que aun siendo conscripto revestía la calidad de "soldado" de la fuerza armada, dado que así se consigna en el cuerpo del escrito.

Aclara que, aun cuando el lugar del conflicto fue específicamente en Tierra del Fuego, la movilización de tropas se llevó a cabo a lo largo de toda la cordillera de los Andes, concentradas en las ciudades del sur de nuestro país, como Río Turbio donde tuvo destino en el Asentamiento Mina 3.

Señala que a fs. 3 del expte. administrativo individualizado se encuentra glosado el Certificado de Reconocimiento que dice: "Ejército Argentino Regimiento 24 de Infantería. Centinela del Sur de la Patria. El personal de cuadros y Soldados, en reconocimiento al soldado c/58 ARDITO HECTOR ANGEL por haber sido convocado a prestar servicios, en la unidad, en defensa de nuestra Soberanía Nacional. Río Gallegos (Santa Cruz) 30 de enero de 1979. Fdo: Coronel Alfredo Gómez Otero del Regimiento 24 de Infantería."

Refiere que, sin perjuicio de los certificados presentados, el Municipio rechazó su solicitud en base a sostener la imposibilidad de determinar si fue efectivamente "convocado y movilizado" tal como requiere la normativa de excepción.

Afirma que la comuna no procedió de igual forma con el Sr. José Bermúdez, cuyo certificado obra a fs. 21 del expte. OE 8027/09) dado que allí tampoco consta que fue "movilizado" y sin embargo se le otorgó el beneficio peticionado.

Manifiesta que, a fin de aclarar la situación de su efectiva movilización al lugar del conflicto armado, requirió nuevos certificados al Ejército Argentino, quien expidió una constancia de fecha 24/09/10 donde se indica que su parte cumplió con el servicio militar obligatorio y que posteriormente fue convocado con el Regimiento de Infantería Nro. 24, por Decreto 2348/78.

Continúa su relato señalando que, pese a la nueva constancia, la Directora Municipal de Determinación tributaria, rechaza nuevamente su solicitud por interpretar que su calidad de conscripto –derivada del servicio militar obligatorio- impedía considerarlo "personal de las fuerzas armadas", calidad necesaria para ser beneficiario de la Ordenanza fiscal.

Controvierte tal interpretación en base a considerar que durante el conflicto armado del Beagle, se encontraba vigente la ley 17.531 del Servicio militar, en cuyo capítulo III, art. 13 se establecía que "Los argentinos convocados para prestar el servicio de conscripción, estarán sujetos a las obligaciones de la presente ley a partir de la fecha que fije la cédula llamada para el reconocimiento médico. Tendrán estado militar desde el momento en que se efectúe su presentación, voluntaria o no, ante una autoridad militar, a los efectos de la asignación de destino….".

Asevera que al contrario de la interpretación formulada por la demandada, los conscriptos era personal militar hasta su baja, en ese contexto estaban sujetos a la justicia militar, cobraban sueldo de "soldado", y el tiempo de conscripción era reconocido en el sistema jubilatorio.

Puntualiza que, en su caso, al tiempo en que fue convocado por el Ejército Argentino y movilizado a la ciudad de Rio Gallegos, ya había culminado el servicio militar obligatorio y se encontraba laborando para la demandada, todo lo cual surge de su legajo personal 1127/0.

Frente a ello, prosigue, requirió un nuevo certificado a las Fuerzas Armadas del Comando VI Brigada, el que luce a fs. 96 del expte. administrativo, donde se indica que "si bien no obran antecedentes en las bases de datos de la fuerza, de acuerdo a los datos extraídos de la documentación presentada por el causante, fue convocado y movilizado con el Regimiento de Infantería 24 por Decreto 2348/78, (Durante el Conflicto del Canal Beagle) Chile".

Explica que presentó el certificado emitido con fecha 02/10/13 y reiteró la solicitud con pronto despacho, lo que fue receptado favorablemente por la asesoría letrada (dictamen 725/13) que aconsejó: "se le otorguen los reconocimientos tributarios que establece la Ordenanza Nro. 11302, en el Artículo 2º…".

Dice que, sin embargo, la Directora de Tributos Territoriales de la Dirección General de Determinación Tributaria, eleva un informe donde afirma que "…nunca estuvo en duda que fue convocado y movilizado…" pero que para ser beneficiario de la exención se requería ser "personal de las Fuerzas Armadas de la Nación", y el actor no revestía tal carácter en su calidad de "conscripto" dado que "no se encuentran dentro del escalafón militar".

Relata que, como consecuencia de ello, la Directora Municipal de Asuntos Jurídicos elabora el dictamen 201/14 afirmando que los conscriptos no son personal de las Fuerzas Armadas por lo que no se encuentran dentro del Escalafón Militar. Luego, dice, se dicta el Decreto 315/14 que deniega el reclamo.

Estima que el proceder del Municipio no tiene basamento legal, desde que la ley 17.649 define lo que debe entenderse por

"movilización" de tropas –a saber, el "conjunto de medidas y procedimientos por los cuales se adecua el potencial de la Nación con el objeto de satisfacer las exigencias de la seguridad nacional para el caso de guerra" (cfr. art. 1)-; el Decreto 2348/78 fue el que determinó la convocatoria del personal de la reserva fuera de servicio, perteneciente a la clase 1958, con motivo del conflicto armado y, finalmente, la ley 19.101 (Orgánica del personal militar), que establece las categorías, clasificaciones y equivalencias de grados en el Ejército, Armada y Fuerza Aérea incluyendo a los conscriptos entre aquellos que conforman la "tropa".

Con base en ello, solicita se declare a su parte beneficiario de la exención tributaria prescripta por la Ordenanza 11.302, ordenando la devolución de las sumas abonadas por el pago de los impuestos retributivos y de patentes, desde el año 2009, con más los intereses con expresa imposición de costas a la demanda.

Ofrece prueba documental, instrumental en poder de la demandada e informativa, opta por el trámite sumario (art. 43 ley 1305) y formula petitorio.

II.- Previo dictamen del Sr. Fiscal General (fs. 28), mediante R.I. 315/15, se declaró la admisión del proceso (fs. 31).

A fs. 35 la actora formula opción por el proceso sumario y se ordena el traslado de la demanda (fs. 271).

III.- A fs. 40 la Fiscalía de Estado se presenta y toma intervención en los términos de la ley 1575.

IV.- A fs. 43/46 el Municipio demandado contesta demanda y solicita el rechazo de la acción intentada.

Luego de realizar la negativa de rigor brinda su propia versión de los hechos y normas aplicables al caso.

Señala que para la aplicación y procedencia de la eximición tributaria contemplada por el artículo 1 de la Ordenanza 11302 resulta requisito impostergable la presentación de un certificado expedido por la Fuerza correspondiente que acredite "haber sido convocado y efectivamente movilizado en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto de la República de Chile por el diferendo limítrofe con el Canal de Beagle."

Afirma que este requisito no se encuentra cumplido, en tanto de ninguno de los certificados presentados por el actor surge tal extremo.

Con cita del artículo 13 del Código Tributario Municipal (Ord. 10393) referido a la interpretación de las normas tributarias, concluye que tratándose de una exención tributaria, su interpretación debe ser restrictiva no cabiendo a su respecto interpretaciones analógicas ni extensivas a situaciones no contempladas en la norma. Cita doctrina y juriprudencia en apoyo a su postura.

Afirma que aún basado en el criterio expuesto por el Máximo Tribunal in re "Prodecom c. DGI" sobre evitar un excesivo rigor de los razonamientos que desnaturalicen el espíritu que ha inspirado la sanción de la norma, en el caso de autos, los sujetos abarcados por la exención son aquellos que han sido efectivamente movilizados en el marco de las acciones militares por el diferendo con Chile por el canal de Beagle, circunstancia que, insiste, no fue acreditada en autos.

Con base en ello estima que la acción entablada debe ser rechazada, con costas.

Ofrece prueba y formula petitorio.

V.- A fs. 54/57 se expidió el Sr. Fiscal ante el Cuerpo, quien propicia el acogimiento de la demanda por entender que los presupuestos de la exención tributaria se encuentran plenamente acreditados en autos.

VI.- A fs. 58 se dicta la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha, firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- La presente acción pretende se declare la nulidad de los actos administrativos (Decreto Nro. 315/14 y Decreto Nro. 922/14, obrantes a fs. 121/13 y 146/147 respectivamente del expte. OE 8027-A-2009) que denegaron la solicitud de aplicación de la exención tributaria prevista en la Ordenanza 11302.

De la lectura de los actos impugnados surge que el rechazo se fundamenta en un doble orden de razones: por un lado, estima que el actor no es beneficiario de la exención en los términos exigidos por la Ordenanza tributaria; y por el otro, que no acreditó la "efectiva movilización" hacia la zona del conflicto bélico, requisito exigido tanto por la Ordenanza como por su Decreto Reglamentario 1173/09.

Como se advierte, la primera objeción radica en una cuestión de interpretación de las normas legales aplicables; mientras que la segunda, constituye una situación de hecho que debe acreditarse suficientemente.

Para dilucidar la controversia, en menester remitirnos a la normativa tributaria de excepción, analizar sus términos y desentrañar su finalidad, a fin de establecer quiénes son los sujetos pasivos de la exención y, determinar, en su caso, si el actor se encuentra incluido entre los beneficiarios; para luego indagar sobre la legalidad del actuar de la comuna durante el procedimiento administrativo que culminó con el rechazo del beneficio.

VIII.- Cabe partir de considerar que en materia de exenciones tributarias es constante el criterio conforme al cual ellas deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan (Fallos 277:373; 279:226; 283:61; 284:341; 286:340; 289:508; 292:129; 302:1599) y su interpretación debe practicarse

teniendo en cuenta el contexto general de las leyes y los fines que las informan (Fallos 285:322, entre otros), ya que la primera regla es dar pleno efecto a la intención del legislador (Fallos 319:1311 y 1855; 321:1616; 326:3168).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que las normas que consagran exenciones "no deben interpretarse con el sentido más restringido que el texto admite sino, antes bien, en forma tal que el propósito de la ley se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación, lo que vale tanto como admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (conf. Fallos: 296:253; 308:2524).

Partiendo de esta base, cabe analizar los términos de la Ordenanza 11302(sancionada el 26/03/09), la cual, en lo que aquí interesa, establece:

"ARTICULO 1º: OTÓRGUESE un reconocimiento honorífico a los vecinos de la ciudad de Neuquén que, como personal de las fuerzas armadas de la Nación, fueron convocados y efectivamente movilizados en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto con la hermana República de Chile por el diferendo limítrofe en el Canal de Beagle entre fines de 1978 y 1979."

ARTÍCULO 2º: Otórguese un reconocimiento tributario a las personas que acrediten los requisitos establecidos en la presente ordenanza, consistente en:

a) La condonación de toda obligación tributaria municipal establecida en el Código Tributario Municipal vigente, hasta la sanción de la presente ordenanza.

b) La exención de Tasa por Servicios a la Propiedad Inmueble, Contribución de Mejoras y Patente de Rodados establecidos en el Código Tributario Municipal vigente, desde la sanción de la presente ordenanza.

Esta exención será aplicable sobre un solo inmueble y un solo vehículo propiedad del beneficiario.

ARTICULO 3º: Tendrá derecho a percibir los beneficios tributarios establecidos en la presente ordenanza toda persona que acredite fehacientemente:

1) Haber sido convocado y efectivamente movilizado en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto con la hermana República de Chile por el diferendo limítrofe en el canal de Beagle.

Este requisito se acreditará mediante presentación de certificado expedido por la Fuerza correspondiente

2) Domicilio continuo en la ciudad de Neuquén desde el año 1978. (…)".

Conforme fuera reseñado anteriormente, la controversia se suscita en torno a la definición del sujeto pasivo de la exención, esto es, quienes pueden ser beneficiarios de la misma.

El actor interpreta que el beneficio se encuentra previsto para todo aquél que haya sido convocado y movilizado con motivo del conflicto armado con la República de Chile por el diferendo del Canal de Beagle, sin distinguir sobre su pertenencia o no a los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas.

Por su parte, el Municipio entiende que el beneficio sólo fue acordado para aquellos que revisten el carácter de "personal de las Fuerzas Armadas de la Nación", descartando a quienes hubieran sido movilizados en virtud de hallarse cumpliendo con el servicio militar obligatorio (cfr. Decreto 315/14, dictamen 201/14, informe de fs. 112/113 del expte. administrativo referenciado).

Funda tal exégesis en el considerando 7º de la normativa de excepción, cuando refiere que "Que muchos de los militares que en aquel momento se dispusieron a defender a la Nación, hoy son antiguos vecinos de la ciudad de Neuquén, y viven en algunos casos de una magra jubilación militar que no se corresponde con el servicio prestado a la Nación, lo que les dificulta llevar una vida digna.(…)".

Sin embargo, esta interpretación restrictiva de la exención tributaria, no parece desprenderse de su articulado que, expresamente, otorga la exención al "personal de las fuerzas armadas de la Nación" –sin distinguir si pertenecen al cuadro permanente o a las reservas de las Fuerzas Armadas-.

En efecto, la ley para el Personal Militar (L. 19.101) establece una diferenciación entre el cuadro permanente de las Fuerzas Armadas (integrado por el personal que voluntariamente se encuentra incorporado para prestar servicios militares y está en actividad) y la reserva (organizaciones de las fuerzas armadas, que sirven al propósito de completar, cuando así se disponga, los efectivos permanentes) (cfr. arts. 1 y 2).

La reserva, a su vez, está integrada por:

1º) La reserva incorporada constituida por el personal no perteneciente al cuadro permanente, que se encuentre incorporado en su respectiva fuerza armada, por convocatoria o por servicio militar obligatorio para prestar servicios militares y,

2º) La reserva fuera de servicio, constituida por el personal que: a) Procedente del cuadro permanente por retiro o por baja, conserve su aptitud para el servicio militar; b) Habiendo recibido instrucción en su respectiva fuerza armada o en centros especiales de adiestramiento y/o reclutamiento, conserva su aptitud para el servicio militar y está en situación de fuera de servicio.Asimismo constituye la reserva fuera de servicio el personal que habiendo cursado estudios, en liceos militares, haya

obtenido al finalizar o interrumpir dichos estudios, un grado que lo capacite para integrar la reserva de las fuerzas armadas; c) Sin haber recibido instrucción en su respectiva fuerza armada o en centros especiales de adiestramiento y/o reclutamiento, sea destinado a dicho cuadro de la reserva de conformidad con las correspondientes leyes de la Nación.

Según lo prescripto en el artículo 6º, tanto el personal que integra el cuadro permanente como la reserva incorporada y el que, proveniente de su cuadro permanente, se encuentra en situación de retiro, tienen estado militar, entendiendo por tal "la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes y derechos establecidos por las leyes y reglamentos para el personal que ocupa un lugar en la jerarquía de las fuerzas armadas" (art. 5).

Es decir que, conforme lo establece la propia ley del personal militar, aquellas personas que no perteneciendo al cuadro permanente, se han incorporado a las Fuerzas Armadas (Ejército, Armada o Fuerza Aérea) por convocatoria o por servicio militar obligatorio, para prestar servicios militares constituyen la reserva incorporada a dicha fuerza y, por ende, forman parte de su personal militar, estando sujetos a los deberes y obligaciones que surgen del estado militar, mientras dure su incorporación.

Desde esta perspectiva, la exención prevista en la Ordenanza 11302 es aplicable a todos aquellos que siendo personal militar –sin distinción-, hayan sido convocados y movilizados como consecuencia del conflicto limítrofe con la República de Chile, acaecido durante los años 1978 y 1979.

Esta exégesis es la que surge también de los fundamentos de la normativa citada, donde no se efectúa distinción entre "conscriptos" y "personal militar permanente".

Por el contrario, en los considerandos de la ordenanza se menciona en forma indistinta al "personal militar", a los "vecinos", a los "hombres dispuestos a defender la soberanía nacional", a "quienes se trasladaron y movilizaron a las fronteras de la patria", sin dar precisiones sobre el carácter (grado, jerarquía o actividad) en virtud del cual participaron del conflicto.

Es que la finalidad que buscó la exención tributaria fue efectuar un "reconocimiento" a aquellos ciudadanos que teniendo su domicilio en esta ciudad, fueron convocados y movilizados para participar del conflicto limítrofe, debiendo abandonar sus hogares para armarse en defensa de la Patria y cumplir con su obligación constitucional.

A la luz de dicha finalidad se advierte la irrazonabilidad de la conducta asumida por el Municipio, quien primero exigió la acreditación de la "efectiva movilización al lugar del conflicto" y luego, rechazó la petición fundándose en una interpretación restrictiva de la exención acordada.

En efecto, la comuna argumenta que la exención otorgada constituye un paliativo económico para los jubilados militares. Cita para ello, el considerando 7º de la norma, que refiere a que algunos de los que en aquél momento se dispusieron a defender a la Nación, hoy viven de "una magra jubilación militar" que no se corresponde con el servicio prestado.

Empero, si éste fuera el propósito de la normativa –eximir de tributos municipales como forma de aliviar la carga económica de aquellos militares que no gozan de una jubilación digna- no se condice con los requisitos que se exigen como necesarios de acreditación para obtener el beneficio, esto es, haber sido "convocado y movilizado" en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto armado y, acreditar el domicilio continuo en la ciudad de Neuquén desde el año 1978 (art. 3 incs. 1 y 2 de la Ord. 11302).

Como se advierte, en ningún momento se requiere que el peticionario acredite ser jubilado o pensionado militar, tener en trámite una jubilación o pensión militar, ni tampoco se establece la necesidad de acreditar que la jubilación, pensión o salario militar que percibe sea inferior a una suma determinada (a los fines de establecer un parámetro para determinar que es insuficiente para una solventar una vida digna).

Es que el criterio del legislador para otorgar la exención no ha sido la "magra jubilación" que pudieran tener los ex combatientes, sino formular un "reconocimiento honorífico" (art. 1º Ord. 11302) a aquellos que debieron armarse en defensa de la Patria con motivo del conflicto limítrofecon Chile y en cuanto tal, no cabe distinguir entre aquellos que lo hicieron como soldados, conscriptos, personal subalterno o superior. Todos, por igual, fueron convocados y movilizados para defender la soberanía nacional en dicha oportunidad.

Es por ello que, entre sus fundamentos la Ordenanza refiere "Que es dable reconocer el mérito existente en aquellos hombres dispuestos a defender la Soberanía Nacional.

Que la sola hipótesis de conflicto armado, aunque no se hayan producido enfrentamientos, constituye un servicio a la nación de parte de quienes se trasladaron y movilizaron a las fronteras de la patria dispuestos a defenderla.(…)"(los subrayados me pertenecen).

En definitiva, toda la fundamentación que expresa la finalidad de la normativa, se encuentra orientada a exaltar el servicio a la Patria que brindaron aquellos habitantes de la ciudad de Neuquén que fueron convocados y movilizados a raíz del conflicto por el diferendo del Canal de Beagle.

IX.- Resta aun analizar si el accionante logró acreditar los extremos necesarios para la obtención del beneficio, conforme la interpretación formulada anteriormente.

De las constancias administrativas adjuntas surge que el accionante adjuntó a fs. 2, copia del certificado de convocatoria fechado el 23 de enero de 1979, en la ciudad de Río Gallegos, por el cual se deja constancia de que Héctor Ángel Ardito fue convocado en el marco de la ley 17.649 y el Decreto 2348/78. La ley mencionada es la que regula el "Planeamiento y la ejecución de la movilización" de las Fuerzas Armadas.

A fs. 3 del expte. administrativo luce copia del diploma otorgado al actor, con fecha 30 de enero de 1979 por "haber sido convocado a prestar servicios, en la unidad [Regimiento 24 de Infantería de Río Gallegos], en defensa de nuestra soberanía Nacional".

Asimismo, a pedido de las autoridades administrativas, el accionante aportó otro certificado, fechado el 24 de septiembre de 2010, por el cual se acredita que "fue convocado con el Regimiento de Infantería 24 por Decreto 2348/78 (Durante el Conflicto del Canal Beagle) Chile" (fs. 15 del expte. citado).

Finalmente, a fs. 87 obra un certificado otorgado por el Comando de la V Brigada de Montaña del Ejército Argentino, con fecha 2 de octubre de 2013, en el cual se da fe de que Héctor Angel Ardito cumplió con el servicio militar obligatorio en el Batallón de Ingenieros Construcciones 181, desde el 14 de marzo de 1977 y se consigna textualmente: "Si bien no obran antecedentes en las bases de datos de esta Fuerza, de acuerdo a los datos extraídos de la documentación presentada por el causante, fue convocado y movilizado al Regimiento de Infantería 24, en la Ciudad de Río Gallegos, Provincia de Santa Cruz, por Decreto 2348/78 (Durante el Conflicto del Canal Beagle) Chile. Fdo: Coronel Carlos Ismael Carazzato. J Div. 1 PERS. COMANDO DE LA VIta. BRIGADA DE MONTAÑA."

En virtud de lo reseñado, la calidad de "convocado y efectivamente movilizado" del actor, en el marco de las acciones militares originadas en el conflicto con la hermana República de Chile por el diferendo limítrofe en el canal de Beagle, fue suficientemente acreditada por el accionante conforme lo exige el artículo 3 inc. 1 de la Ordenanza 11302.

Por ello, corresponde declarar la nulidad de los Decretos 315/14 y 922/14 por los vicios previstos en los incisos a), m) y s) del artículo 67 de la Ordenanza 1728; ordenar al Municipio que incluya al accionante entre los beneficiarios de la Ordenanza 11302, debiendo acordarle las exenciones previstas en el artículo 2º de la citada ordenanza, en la extensión y forma que determina la reglamentación y; condenar a la comuna a la devolución de las sumas oportunamente abonadas por el actor, por los conceptos y períodos incluidos en la exención, con más los intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, calculados a la tasa promedio entre la activa y pasiva que utiliza el Banco Provincia del Neuquén, en sus operaciones de descuento ordinarias, lo que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia.

Con relación a las costas, propicio que sean impuestas a la demandada por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 78 C.A. y 68 del CPCC).

ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Kohon, y por sus mismos fundamentos emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR a la demanda interpuesta por HECTOR ANGEL ARDITO contra la MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN, y en consecuencia, declarar la nulidad de los Decretos 315/14 y 922/14, debiendo el Municipio acordar al accionante las exenciones previstas en el artículo 2º de la Ordenanza 11302, en la extensión y forma que determina la reglamentación; 2º) CONDENAR a la comuna a la devolución de las sumas oportunamente abonadas por el actor, por los conceptos y períodos incluidos en la exención, con más los intereses desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago, calculados a la tasa promedio entre la activa y pasiva que utiliza el Banco Provincia del Neuquén, en sus operaciones de descuento ordinarias, lo que se determinará en la etapa de ejecución de sentencia; 3º) IMPONER las costas a la demandada vencida, de conformidad con el artículo 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 de la ley 1305; 4º) DIFERIR la regulación de honorarios hasta contar 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 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

"RUDOLF HUGO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1529/2005) – Acuerdo: 14/17 – Fecha: 06/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Responsabilidad Extracontractual del Estado.

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. POLICIA. MANIFESTACION POPULAR. ARMA DE FUEGO. DISPARO DE ARMA. MUERTE. PODER JUDICIAL. PROCESO JUDICIAL. PROCESO PENAL. RESOLUCION JUDICIAL. AUTO DE PROCESAMIENTO. PRISION PREVENTIVA. ERROR JUDICIAL. SERVICIO DE JUSTICIA. FALTA DE SERVICIO. CARGA DE LA PRUEBA. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- La actividad jurisdiccional no puede generar responsabilidad del Estado, en tanto su funcionamiento sea regular. Sucede que todos los ciudadanos pueden eventualmente tener que soportar la carga pública de estar sometidos a un proceso penal y, en tanto sean respetadas todas las garantías reconocidas a los imputados, no se estaría generando un sacrificio especial, que es el factor de atribución de la responsabilidad lícita por actividades legislativa y administrativa.

2.- En el campo de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, se debe probar ese funcionamiento irregular o falta de servicio, sin cuya concurrencia no es posible hacer responder patrimonialmente al Estado.

3.- Si el actor sostiene que la resolución de la Jueza de Instrucción que ordenó su procesamiento con prisión preventiva, sin los medios de prueba que avalaran tal medida, y que ello encuadra en lo que se denomina “error judicial”, debe probar la irregularidad del servicio, y tal como lo plantea, que el auto de procesamiento y la consecuente prisión preventiva ordenada por la Jueza de Instrucción se encontraba infundada.

4.- No se advierte que la decisión de la Jueza de Instrucción que ordenó el procesamiento con prisión preventiva del actor [quien desempeñandose como funcionario policial, producto del enfrentamiento que se originó entre manifestantes y la Policía Provincial ocasionó la muerte de una manifestante], resulte infundada, puesto que en el estado procesal en el que se hallaba la causa, encontró en la prueba aportada elementos de convicción suficientes para estimar que existió el hecho delictuoso y que el imputado era el autor (art. 281 CPPC); y motivó su resolución, explicitando argumentalmente la valoración de la actividad probatoria desplegada hasta ese momento en la causa.

Texto completo:

ACUERDO N° 14. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “RUDOLF HUGO C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. N° 1529/05, 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. 3/12 se presenta el Sr. HUGOALBERTO RUDOLF, mediante apoderado, e interpone demanda contra la PROVINCIA DE NEUQUÉN por la suma de $40.000 y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a rendirse en autos, con los intereses, gastos y costas hasta el momento de su efectivo pago.

Relata que desde el 09/11/94 se desempeña como funcionario policial y que en fecha 12/04/97, por orden de sus superiores, asistió a prestar servicios al puente ubicado en la avenida Mariano Moreno de la Ciudad de Plaza Huincul.

Allí se encontraban agrupados unos manifestantes, como consecuencia de que las tropas de Gendarmería Nacional habían liberado el corte de ruta que, momentos antes, mantenían en la zona de la torre de acceso a la ciudad.

Ese día, producto del enfrentamiento que se originó entre los manifestantes y la Policía Provincial (más de treinta policías), se ocasionó la muerte de una manifestante de nombre Teresa Rodriguez.

Indica que como consecuencia de ese fallecimiento, se inició la causa N° 26.394 –F° 05- año 1997 que se caratuló como homicidio simple.

Refiere que a fs. 2480/2491 se responsabilizó del ilícito al actor, se ordenó la detención, se lo procesó y se le dictó prisión preventiva.

Describe que luego de la detención, el actor sufrió el desprecio de la comunidad, ya que lo tomaban como represor y como responsable de la muerte de la Sra. Rodriguez.

Señala que apeló la resolución judicial que ordenó su procesamiento y prisión preventiva, por no ser razonable, dado que se sustentaba en una única pericia de sonido que nunca había sido utilizada en el derecho argentino.

Relata que con posterioridad, la Cámara de Apelaciones de Zapala, revocó el procesamiento y ordenó la libertad del imputado, y que luego, el juzgado de instrucción dictó el sobreseimiento del actor.

Más adelante, indica que se inicia una causa a efectos de investigar el presunto delito de abuso de armas, en el que se imputa al Sr. Rudolf junto a otros policías.

Finalmente, culminó la última actuación mencionada en fecha 09/04/03, con la absolución del Sr. Rudolf y quedó desvinculado de toda acusación.

Manifiesta que se encontró más de sesenta días en privación de libertad y que además de lo que ello significa, debió ser sometido al escarnio público provocado por la gran difusión de su encarcelamiento, en una comunidad chica y tratándose de un hecho tan sensible como lo fue la muerte de la Sra. Rodriguez.

Sostiene que la detención fue ordenada por un Juez de Instrucción Subrogante, sin los medios de prueba que avalaran tal medida, lo que se acredita con la resolución de Cámara posterior que revoca el fallo.

Argumenta que la vida junto con la libertad son los bienes más preciados de un ser humano.

Encuadra la detención ordenada por el Poder Judicial como “error judicial”.

Señala que además de la condena social, se vio privado de compartir ese tiempo con sus familiares, no estando presente en el cumpleaños de su hijo, lo que fue muy doloroso y le ocasionó grave daño moral.

Asimismo, dice que su hijo Nicolás sufrió daño moral y psicológico como consecuencia de la detención ilegítima de su padre, y que ese daño es solventado por él.

Solicita se condene al Estado Provincial a resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

II.- A fs. 45, cumple con los recaudos de la Acción Procesal Administrativa, y a fs. 48/49, mediante la R.I. N° 5354/06, se declara la admisión del proceso.

III.- A fs. 63 el actor ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fojas 74/77 se presenta la PROVINCIA DE NEUQUÉN, por apoderado con patrocinio del Fiscal de Estado, contesta la acción y solicita su rechazo, con costas.

Luego de la negativa de rigor, desconoce la documental aportada por el actor y expone su versión de los hechos.

Relata que el tránsito regular de la investigación por el fallecimiento de Teresa Rodriguez impuso a los magistrados la duda razonable de la autoría en el actor, puesto que el Sr. Rudolf se encontraba en su rol policial, en el lugar de los acontecimientos y armado.

Indica además que el periodo de tiempo en el que estuvo detenido fue objetivamente breve, y se fundó en prueba seria y técnico científica.

Agrega que la valoración de la pericia en cuanto a su alcance probatorio, resulta materia de opinión e interpretación en tanto no siendo la misma falaz, su conclusión resultará de mayor o menor adhesión, pero siempre válida como derivada de un dictamen profesional.

Sostiene que la prisión preventiva se basó en una prueba ofrecida por la querella, elaborada por un reconocido profesional en la materia, por lo que si más adelante, de la ampliación de los medios probatorios con que se contara en otra etapa, es interpretada en forma diferente en su aptitud probatoria por los sentenciantes, resulta ajeno a toda pretendida responsabilidad de su parte.

Se refiere al deber público de soportar las consecuencias propias de un proceso judicial investigativo.

Cita a la CSJN en autos "Balda Miguel A. c/ Pcia de Buenos Aires".

Sostiene la improcedencia de la demanda, puesto que fue legítimo y ajustado a derecho el actuar judicial.

Manifiesta desinterés en la pericial médica, ofrece prueba y peticiona.

V.- A fs. 86 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 244.

VI.- A fs. 249/255 dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la demanda.

VII.- A fs. 400 se llama autos para sentencia, providencia que firme y consentida, coloca a las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VIII.- Así las cosas, corresponde delinear el marco normativo desde el cual se analizarán los hechos de la causa.

En primer término, este Tribunal lleva dicho que: "... conforme a la doctrina sentada por la CSJN, en criterio que comparto, el Estado no puede ser responsabilizado por el ejercicio de su actividad judicial, en tanto el mismo sea legítimo. Para que proceda su responsabilidad será necesario, entonces, que medie un error judicial o bien, un irregular funcionamiento del servicio de justicia, supuestos éstos, todos, que se fincan en el ámbito de la ilicitud." (Acuerdo N° 51/11, "Humar").

Por lo tanto, según la postura asumida por este Cuerpo, la actividad jurisdiccional no puede generar responsabilidad del Estado, en tanto su funcionamiento sea regular.

Sucede que todos los ciudadanos pueden eventualmente tener que soportar la carga pública de estar sometidos a un proceso penal y, en tanto sean respetadas todas las garantías reconocidas a los imputados, no se estaría generando un sacrificio especial, que es el factor de atribución de la responsabilidad lícita por actividades legislativa y administrativa.

En España, donde el régimen constitucional y legal reconoce con total amplitud el derecho a indemnización de toda lesión de bienes y derechos de los particulares, que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, describe Entrena Cuesta que: "...el único principio jurídico que puede invocarse unitariamente para fundamentar las diversas hipótesis en que a tenor del Derecho vigente la Administración es responsable es el principio de igualdad ante la Ley: cuando la Administración, actuando como tal, es decir, sirviendo intereses generales, produce a los particulares una lesión que éstos no tienen el deber de soportar, el citado principio exige que se compense el sacrificio especial infringido mediante la correspondiente indemnización. Pues sería jurídicamente inadmisible que unos particulares se sacrificasen involuntariamente y sin el deber de hacerlo en beneficio de la comunidad, sin que ésta restableciera la igualdad alterada." (Entrena Cuesta, Rafael, Curso de derecho administrativo, Madrid, Tecnos, 9ª edición, 1986, tomo I/1, páginas 398/399).

El sacrificio especial y la desigualdad ante las cargas públicas configuran un mismo y único factor de atribución de la responsabilidad por actos lícitos.

Para que se pueda hablar de sacrificio especial el daño no debe haberse generado en el normal cumplimiento de una carga pública.

Entre las cargas que la vida en sociedad impone, se encuentra el deber de sometimiento a la actuación de los jueces. Ese deber, desde que fueron abolidos los fueros personales, se encuentra formalmente repartido de manera equitativa entre todos los habitantes de la Nación: en principio, todos somos pasibles de ser sometidos a juicio, aunque eventualmente ello no nos ocurra.

En consecuencia, no cabe hablar de desigualdad ante las cargas públicas o sacrificio especial dentro del normal funcionamiento de la jurisdicción y, por cuanto estando frente al deber de cumplir con una carga pública, las lesiones producidas no generan responsabilidad del Estado, porque son inherentes a la noción de carga pública. Ello no quita que frente a casos puntuales, una norma prevea una compensación de algún tipo, pero no existe el derecho a reclamarla en ausencia de dicha norma positiva.

Así lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "... las sentencias y demás actos judiciales, que no pueden generar responsabilidad de tal índole [por actividad lícita], ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia." (Fallos: 318:1990 "Balda", con cita de Fallos: 317:1233 "Roman", el resaltado es propio).

IX.- Ahora bien, en el campo de la responsabilidad del Estado por actos ilícitos, se debe probar ese funcionamiento irregular o falta de servicio, sin cuya concurrencia no es posible hacer responder patrimonialmente al Estado.

En cuanto a los requisitos para tener por configurado dicho factor de responsabilidad extracontractual del Estado, la Corte Suprema

puntualiza que:

“La falta de servicio es una violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular, lo cual entraña una apreciación en concreto que toma en cuenta la naturaleza de la actividad, los medios de que dispone el servicio, el lazo que une a la víctima con el servicio y el grado de previsibilidad del daño (Répertoire de la responsabilité de la puissance publique, Dalloz, Faute de service, n° 178)” (Fallos: 321:1124).

Específicamente sobre la situación planteada, es pacífica la jurisprudencia de la Corte Suprema Nacional en el sentido de que, como principio general, la absolución posterior del procesado no convierte en ilegítima la prisión preventiva o medida cautelar dispuesta en el curso de un proceso, pues sólo debe significarse como error judicial aquella medida que resulta contradictoria con los hechos probados en la causa y las disposiciones legales congruentes al caso (Fallos: 317:1233 “Roman”, 318:1990 “Balda”, 321:1712 “López”, 325:1855 “Robles”, 327:1738 “Cura”, 330:2112 “Pouler”, entre otros).

Al respecto, se ha dicho que “La indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revela como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos existentes en la causa hayan llevado a los juzgadores al convencimiento -relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta- de que medió un delito y de que exista probabilidad cierta de que el imputado sea su autor” (Fallo 329:3894 “Quiroz”).

X.- En las presentes actuaciones, el actor sostiene que la resolución de la Jueza de Instrucción obrante a fs. 2483/2494 (20/03/1998) ordenó su procesamiento con prisión preventiva, sin los medios de prueba que avalaran tal medida, y que ello encuadra en lo que se denomina “error judicial” (fs. 5 y vta).

Para la procedencia de la acción entonces, el actor debe probar la irregularidad del servicio, y tal como lo plantea, que el auto de procesamiento y la consecuente prisión preventiva ordenada por la Jueza de Instrucción se encontraba infundada. Indica que prueba de ello, es que la resolución de la Cámara de Apelaciones revocó el decisorio de grado.

Ahora bien, del análisis de las constancias del expediente penal surge que:

A fs. 2483/2494, obra el auto de procesamiento con prisión preventiva sobre el actor, dictado por la Jueza de Instrucción.

En aquella resolución, puede advertirse que la magistrada realiza un pormenorizado recuento de la prueba rendida en las actuaciones.

De la prueba reseñada se observa que las testimoniales y filmaciones que se exhiben indicaban que el grupo policial, ubicado en el puente, efectuó disparos contra los manifestantes (Poblete, Vazquez, Rufino Romero, Montt, Muñoz, entre otros).

En referencia a la participación del actor en el hecho, se observa que el testigo BELLANI, exhibido un video de los hechos, reconoce a Rudolf en el lugar con un arma en la mano. Asimismo, el testigo presencial TABOADA, indica que pudo reconocer a través de las filmaciones del hecho al actor, al igual que los testigos LAZARTE BARRIENTOS, OSVALDEMAR TORRES, CARRO y VEGA.

La Jueza se refirió luego a las pericias aportadas a la causa. Señala la pericia de los Dres. Losada, Saccomano y Le Chevalier de la Sauzaye que indican que el disparo a la víctima se produjo a una distancia mayor de un metro y medio (y que puede afirmarse que fue efectuado desde el puente o su cercanía, donde se encontraba el actor); la pericia de la división de balística de la PFA, que afirma que el proyectil que diera muerte a la Sra. Rodríguez corresponde al núcleo de un proyectil encamisado cuyas aptitudes se hallan comprendidas dentro de los parámetros del calibe 9mm; el informe técnico del Departamento de Investigaciones Criminalísticas de la Prefectura Naval Argentina que indica que el arma MARCA hi-power calibre 9MM del actor tenia aptitud para ser disparada.

Asimismo, analiza la pericia presentada por el Licenciado Enrique Prueger, que según un estudio de sonido de un video de los hechos, sostiene que el efectivo que identifica como “A” (Rudolf), que se encontraba con el brazo extendido en posición de disparo, realizó el disparo N° 8 que puede escucharse en el video.

Indica que ese fue el disparo letal puesto que al sonido del disparo N° 9, la víctima ya se estaba desplomando conforme la filmación. De esta pericia, se realiza una verificación técnica en audiencia de partes, con explicaciones del experto.

En base a toda esa prueba reseñada, la magistrada concluye que se encuentra acreditado que el imputado Rudolf estuvo en el lugar de los hechos, con el arma reglamentaria en la mano, la cual se encontraba apta para el disparo, y que efectuó disparos, uno de los cuales impactó en la víctima produciéndole la muerte.

Encuadra su conducta en la figura de homicidio simple y, en cuanto al aspecto subjetivo del delito, le atribuye la figura a título de dolo eventual.

Aquí es importante recordar, el carácter provisorio, revocable y reformulable del auto de procesamiento (art. 286 CPPC derogado).

Este carácter, se condice con la finalidad del auto de procesamiento, que se encuentra encaminado a concretar la infracción penal

atribuida, perfeccionando la relación procesal e individualizando al presunto culpable como partícipe de la misma (….) De ese modo, el juez se autolimita imprimiendo a su propia actividad un rumbo determinado, un marco concreto de investigación. (…) Con respecto al procesado, implica su perfeccionamiento en la situación procesal del sujeto pasivo de la persecución penal. Su estabilidad permite un mejor ejercicio del derecho de defensa. Con respecto al hecho descripto, queda delimitada con mayor precisión la actividad probatoria… (conf. Almeyra Miguel Angel, Baez Julio Cesar, "Código Procesal Penal de la Nación, comentado y anotado", pág. 611, Ed. La Ley, 2010).

Es por esto que, el auto de procesamiento, "si bien significa un avance de orden al conocimiento de la imputación, no requiere certidumbre apodíctica por parte del juez acerca de los extremos requeridos para decretarlo (…) Sólo exige elementos de convicción suficientes sobre la ocurrencia del delito y la intervención del imputado (conf. D´Albora Francisco, "Código Procesal Penal de la Nación, anotado y comentado, Pág. 517, Ed. Abeledo Perrot, 1999).

Bajo estos lineamientos, no se advierte que la decisión de la Jueza de Instrucción resulte infundada, puesto que en el estado procesal en el que se hallaba la causa, encontró en la prueba aportada elementos de convicción suficientes para estimar que existió el hecho delictuoso y que el imputado era el autor (art. 281 CPPC); y motivó su resolución, explicitando argumentalmente la valoración de la actividad probatoria desplegada hasta ese momento en la causa.

Lo anteriormente afirmado, no resulta conmovido por el hecho de que la instancia superior revocara el decisorio.

En primer lugar, debe decirse que la existencia de recursos y la posibilidad de revisión de las decisiones, no implica necesariamente que de proceder favorablemente al recurrente, exista un error judicial o una decisión con falta de motivación en la instancia anterior.

En el caso, vemos que a fs. 2540/2545, la Cámara de Apelaciones indica que los indicios que conducen a la individualización de Rudolf como el autor del disparo de muerte –que se encontraba en el puente, empuñaba su arma y que la misma era apta para disparar-, eran comunes a los efectivos que participaran en la represión; "pero la hipótesis autoral se sustenta, casi con exclusión de otra prueba, en el informe experticio del Licenciado Prueger".

Luego se afirma que "entiende inobjetable la citación a prestar declaración indagatoria de quién resulta señalado por esta prueba, como el probable autor del disparo letal, pero discrepa con la señora Juez de grado en que solvente por si sola el auto de procesamiento"; y aborda el informe técnico del Lic. Prueger.

Concluyen los judicantes que "todas las hipótesis hasta ahora elaboradas por los expertos, deberán ser confirmadas por la magistrada ordenando nuevas medidas o la ampliación de las ya efectuadas, correspondiendo decretar la falta de mérito para sobreseer o procesar a Hugo Alberto Rudolf".

Como puede repararse, si bien la Alzada realiza una valoración de prueba distinta, otorgándole un peso menor a la pericial en sonido entre las restantes pruebas, por un lado entiende inobjetable la citación a indagatoria -lo que sucede cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito art. 269 CPPC-, y por otro lado, ordena la falta de mérito para sobreseer o procesar al actor –lo que significa la prosecución de la investigación y no su absolución-.

Entonces, tenemos hasta aquí que, el hecho de haber sido revocada la decisión de la magistrada a-quo no significa per se un error en su decisorio, a más, la resolución de Cámara analizada no permite entrever en sus argumentos que los judicantes hayan considerado que la decisión de la Jueza de Instrucción fuera infundada o irrazonable, y finalmente, menos se advierte en cómo continuó y culminó el proceso algún elemento que convierta en irregular la actividad de la Jueza de Instrucción.

Si bien el actor fue luego sobreseído en fecha 19/10/01 por el homicidio simple – que como ya dijimos no implica automáticamente un derecho a reparación conforme la pacífica jurisprudencia citada más arriba-, resulta oportuno referirse a los términos de la decisión, que expone que atento al tiempo transcurrido resulta indispensable superar el estado procesal en autos, y que "aún cuando no se hubiere alcanzado certeza negativa, no es posible mantener indefinidamente a una persona en estado de sospecha sin causa procesal que así lo justifique al haberse concluido la posibilidad investigativa, y no haberse reunido elementos de convicción suficientes para sostener la atribución delictiva".

También viene al caso señalar, que la causa no terminó allí y prosiguió con distinta imputación. De esa manera, la investigación continuó respecto al actor y a otros efectivos policiales, por "ABUSO DE ARMAS".

Finalmente, como señala el Sr. Rudolf, en lo que a él refiere, la causa culmina con la Sentencia 09/04/2003 (fs. 4605/4668), que dispone el sobreseimiento del imputado, por aplicación del principio del beneficio de la duda.

Como puede repararse, ni en el análisis de la propia resolución que critica, ni en el devenir del expediente, puede advertirse que el auto de procesamiento fuera infundado, arbitrario o contrario a los hechos probados en la causa.

Limitándose a ello el encuadre realizado en el escrito de inicio, y en virtud de todo lo expuesto, la demanda no puede prosperar.

XI.- Las costas del pleito se imponen a la actora perdidosa por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 68 C.P.C.y C. y 78

Ley 1305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor KOHON y la solución propiciada en su fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda interpuesta por HUGO RUDOLF contra la PROVINCIA DEL NEUQUÉN; 2°) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCC, aplicable por reenvío del artículo 78 Ley 1305); 3°) Diferir la regulación de honorarios para el momento en que existan pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4186/2013) – Acuerdo: 20/17 – Fecha: 06/02/2017

SEGURIDAD SOCIAL: Jubilación y pensiones.

JUBILACION. BANCARIOS. HABER JUBILATORIO. DIFERENCIA DE HABERES JUBILATORIOS. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL. DETERMINACION DEL HABER JUBILATORIO. MOVILIDAD DEL HABER JUBILATORIO. PROPORCIONALIDAD. ULTIMO CARGO EN ACTIVIDAD. SUMAS NO REMUNERATIVAS.

1.- El instituto de Seguridad Social de Neuquén deberá proceder a rectificar el haber jubilatorio de los accionantes –ex empleados del Banco de la Provincia de Neuquén- toda vez que para el cumplimiento de la manda constitucional provincial (art. 38° inc. c), la proporcionalidad debe establecerse en referencia al último cargo desempeñado en actividad (cfr. Ac. 920/03, Ac. 61/13) y dicho cargo es el que debe utilizarse para verificar la existencia de diferencias de haberes. De modo que no es posible aplicar la movilidad considerando distintos cargos desempeñados por el activo durante sus últimos años de trabajo, en forma proporcional.

2.- Respecto de la correspondencia –o no- de computar dentro del haber previsional las sumas no remunerativas percibidas por los activos, este Tribunal ya se ha pronunciado, en reiteradas oportunidades (véase Ac. 567/98 “Córdoba Blanca Inés c/ISSN s/Acción Procesal Administrativa). Puntualmente, en lo que respecta a ex empleados del Banco Provincia de Neuquén, se resolvió la procedencia de la inclusión de las sumas no remunerativas que percibe el personal activo de acuerdo a su categoría cuando las mismas tienen carácter de habituales y regulares (cfr. Ac. 1650/09 “Goytea”, Ac. 40/10 “Fuentealba”, Ac. 45/10 “Addy” y Ac. 77/11 “León”, entre otros, fundamentos a los cuales me remito). Es decir que, la reiteración periódica y consecutiva que ostenta una bonificación, le otorga el carácter remunerativo (cfr. art. 15 de la Ley 611).

Texto completo:

ACUERDO Nº 20. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil siete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, 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: "BENEGAS DOMINGO JUAN Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. 4186/13, 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. 55/61 vta. se presentan -por apoderado- los Sres. Domingo Juan Benegas, Francisco Bravo, Carlos Catrileu, Camilo Bernardo Cofre, Carlos Alberto Di Lena, Ricardo Alberto Díaz, Delia Fuentealba, Juan Carlos Genis, José Antonio Giambelluca, Hugo Ricardo Guzman, Ricardo Héctor Hernandez, Marcelino Huenul, Juan Domingo Lucero, Carlos Livio Namuncura, María Luisa Ordoñez, Norma Orrego, Ángel Omar Quijada, Carlos Rubén Rodriguez, Carlos Elias Rezuc, Marcelo Daniel Santoro, Mario Omar Tizzano y promueven demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén. Solicitan se deje sin efecto y se declare la nulidad del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 563/13.

Pretenden se condene a la accionada a rectificar el haber jubilatorio y realizar el correspondiente reajuste en base a la movilidad jubilatoria establecida por el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial (CP) y lo resuelto en autos: "Russo Domingo y otros c/ISSN s/Acción Procesal Administrativa" Expte. N° 1482/05.

Sostienen que ninguno de los actores percibe el 70% (Ley 2351) y/o 80% (Ley 611) de lo que percibe el activo en la función que ellos ejercían al momento del cese. Por ello solicitan se abone la diferencia de haberes tanto hacia el futuro como en forma retroactiva, por el período no prescripto, con más intereses y costas.

Reiteran que la denegación tácita del ISSN y el Decreto N° 563/13 del Poder Ejecutivo resultan lesivos y desconocen derechos garantizados por los arts. 14 bis y 17 de la Constitución Nacional y arts. 26 y 38 de la Constitución Provincial, resultando manifiesta la competencia del Tribunal, toda vez que el planteo versa sobre la interpretación constitucional que a partir de la garantía contenida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial debe darse a la materia previsional.

Detallan -en el punto V de la demanda- la documentación adjunta por cada actor en el expediente administrativo, a los fines de acreditar la necesidad de reajuste y la falta de pago de algunos adicionales que perciben los bancarios activos. Informan que, según el régimen de excepción contenido en la citada norma, la accionada debía otorgarles una jubilación de excepción, "...con un haber mensual igual al 70% de la remuneración normal y habitual percibida por el agente sujeto de retiro".

Citan el fallo "Russo Domingo y otros c/ ISSN s/ Acción Procesal Administrativa" (Expte N° 1482/05) –entre otros- y precedentes de la justicia nacional.

Refieren, que además del reclamo de reajuste pretenden percibir la suma de $1.800 que el BPN SA abonó a sus empleados activos en el mes de diciembre de 2010 y su correspondiente sueldo anual complementario proporcional de $900 por los cuales el BPN SA ingresó los aportes ante el ISSN, sin que se trasladaran dichas sumas al personal pasivo (jubilados), ex empleados del BPN SA. En consecuencia, reclaman se condene al Instituto a que proceda al pago de dicha suma en la proporción correspondiente.

Por último, ofrecen prueba, plantea la ilegalidad e inconstitucionalidad de cualquier disposición reglamentaria que se oponga a lo solicitado y la inconstitucionalidad de toda norma que determine la fijación de un haber previsional que afecte los derechos constitucionales de proporcionalidad y movilidad en violación al art. 14° de la Constitución Nacional y art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Asimismo, formulan reserva del caso federal y solicitan se haga a lugar a la demanda con costas.

II.- A fs. 75 luce la R.I. N° 471/13, por la que se declara la admisibilidad de la acción.

A fs. 77, la parte actora ejerce la opción por el procedimiento ordinario y solicita se produzca la prueba ofrecida en la demanda.

III.- A fs. 79 el Fiscal de Estado toma intervención en los términos del artículo 1º y concordantes de la Ley 1.575.

IV.- A fs. 90/101 vta. el ISSN contesta demanda.

En primer término reconoce que los demandantes son jubilados del ISSN y manifiesta que si existe algún obstáculo a los derechos de los jubilados el mismo fue provocado por las autoridades bancarias y los sindicatos que participaron en la determinación de las nuevas remuneraciones del cargo activo.

Luego, niega los hechos alegados por los actores que no sean objeto de expreso reconocimiento.

Menciona las actuaciones administrativas y hace un repaso de las mismas.

Referencia, el informe suscripto por el Subdirector de Pago y Control de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN (adjunto a fs. 262/267 del expediente administrativo N° 4469-092138/4) e indica que se encuentra garantizado actualmente a los reclamantes el 70% u 80% del haber de retiro, según corresponda.

Afirma que dio cumplimiento a las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia en que ordenó el reajuste de los haberes y pago de diferencias de haberes, más intereses.

Al transcribir el informe mencionado señala que las adecuaciones fueron realizadas en el marco de la resolución N° 172/07, y se consideraron solo conceptos sujetos a aporte previsional, es decir remunerativo. Respecto de los haberes previsionales bajo la Ley 611 se consideraron las categorías ostentadas durante los mejores tres años de los últimos cinco calendarios anteriores al cese, en concordancia con la determinación del haber del art. 56° de la Ley 611. Sin embargo, si el beneficio se encuadraba en la Ley 2351 se consideró la última categoría. Aclara que en algunos casos los criterios se modificaron por sentencias judiciales que así lo ordenaban y luego detalla la situación particular de cada actor.

Asimismo, sostiene que del precedente “Russo” no se pueden extraer las conclusiones que los reclamantes pretenden.

Detalla los conceptos que ha dejado sentado el antecedente mencionado y los juicios en que los actores participaron. Reitera que el organismo demandado dio cumplimiento a las sentencias dictadas y no registra denuncia de incumplimiento alguno.

Concluye que respetó la garantía constitucional contenida en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y que la movilidad que consagra dicha cláusula constitucional le ha sido otorgada mediante la aplicación del pago del “complemento resolución 172/07”. Insiste que en ningún momento los actores percibieron un haber inferior al 60, 70 u 80% de lo que percibe “el trabajador en actividad”, respetándose a cada uno de ellos y en todo momento la garantía constitucional.

Interpone excepción de prescripción (art. 92° de la Ley 611). Alega que los actores no pueden pretender el cobro de diferencias de haberes jubilatorios correspondientes al periodo que abarca desde que su beneficio se transformó en jubilación ordinaria hasta dos años anteriores a la interposición del reclamo administrativo, porque las mismas se encuentran prescriptas. Cita jurisprudencia local y hace reserva del caso federal.

Por último, ofrece prueba, peticiona la eximición de copias y solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

V.- A fs. 102 se confiere traslado a la parte actora, tanto de la contestación de demanda, como de la excepción de prescripción planteada, quien efectúa su responde a fs. 107/107 vta.

A fs. 111/111 vta. se dicta la R.I. Nº 291/14 que rechaza la excepción de prescripción deducida por la demandada. Las costas se impusieron a la recurrente vencida.

VI.- A fs. 118 la actora solicita se abra la causa a prueba, obrando a fs. 119 el auto que ordena tal apertura, período que fue clausurado a fs. 409.

A fs. 420/431 vta. se agregó el alegato de la actora y a fs. 433/435 el de la accionada.

VII.- A fs. 438/442 vta. obra el dictamen fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda.

VIII.- A fs. 443 se dispone el llamado de autos, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Las cuestiones que este Tribunal debe abordar se proyectan sobre el sistema previsional neuquino y exigen compatibilizar el régimen legal establecido en las Leyes 611 y 2351 con las directivas constitucionales.

Los actores actualmente gozan de beneficios previsionales en el marco de las Leyes Provinciales N° 2351 –jubilación anticipada- y N° 611. Asimismo, al momento de acceder al beneficio se desempeñaban en el Banco Provincia de Neuquén.

Ambas partes coinciden en que el reajuste reclamado se circunscribe al período no prescripto, es decir a partir del 09/08/2009, conforme el artículo 92° de la Ley 611 y la fecha de interposición del reclamo administrativo ante el organismo previsional (fs. 2 del Expte. Administrativo N° 4469-092138/4 Alc. 0000 del año 2011).

X.- Ahora bien, la cuestión a decidir, guarda similitud –en lo sustancial- con lo fallado en las causas “Arce” (Acuerdo 1692/09), “Laurente” (Acuerdo 45/10) y “Berzano” (Acuerdo 131/11), entre otras, con la particularidad que los accionantes aquí no cuestionan el porcentaje del haber que estableció la Ley 2351 (70%) simplemente manifiestan que “ninguno de ellos percibe el 70% (Ley 2351) y/o el 80% (Ley 611) de lo que percibe el activo de salario en la función que ellos ejercían al momento del cese”.

En este voto reproduciré los fundamentos expresados en los antecedentes citados, sobre las cuestiones involucradas, a saber: la debida proporcionalidad y movilidad del haber jubilatorio, la interpretación constitucional del sistema previsional provincial y la aplicación del art. 60° de la Ley 611.

En efecto, dichas cuestiones involucran un examen constitucional, principalmente de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

XI.- En cuanto a las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria cabe remontar su estudio al caso “Messineo”.

Y desde allí concluir que, a partir del Acuerdo dictado in re “Messineo” (Ac. 613/99), en lo principal, el argumento decisivo es de carácter constitucional. Deriva del principio de la necesaria, razonable y equitativa proporcionalidad que ha de haber entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular, al extinguirse o cesar la relación de empleo público.

En este sentido, conforme se señalara en innumerables pronunciamientos, cuya línea argumental he de seguir en el presente, el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación (cfr. entre tantos otros: Ac. 931/03, Ac. 61/13 y recientemente Ac. 1/15).

Y es lógico que ello sea así, habida cuenta que la jubilación constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía como contraprestación a la actividad laboral, una vez cesada la misma, y como débito de la comunidad por dicho servicio.

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

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

XII.- En cuanto a la interpretación constitucional, se parte de la premisa del carácter supremo de los textos constitucionales y, desde allí, de la necesaria adecuación de las leyes a sus previsiones.

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

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

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

Por ello, de lo expresado se concluye que la manda prevista en el artículo 38 inc. c) de la Constitución Provincial es netamente operativa, debiendo la legislación y las reglamentaciones dictadas en su consecuencia, reflejar y garantizar la proporcionalidad que tal manda constitucional terminantemente garantiza. Proporcionalidad que deberá estar presente en los dos momentos: determinación inicial y movilidad posterior.

XIII.- De modo que, en lo que respecta a la aplicación de la movilidad del artículo 60° de la Ley 611 -sentado lo anterior- se deduce la improcedencia de su aplicación a los haberes de los actores, en la medida en que no garantice el porcentaje (del 80%) fijado por el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial con relación a las jubilaciones ordinarias. Así, para el caso de los actores incluidos en el régimen de excepción dispuesto por la Ley 2351, se debe respetar la proporcionalidad establecida en dicha norma (el 70% del haber que le hubiere correspondido de continuar en actividad -cfr. Ac. 1692/09 “Arce”, Ac. 8/13 “Torres” entre otros-).

En este contexto constitucional, corresponderá abordar el planteo concreto traído a resolución.

XIV.- Circunscripta la cuestión a estos términos, corresponde abordar su tratamiento en el orden en que han sido presentados.

XIV.1.- En cuanto a las diferencias retroactivas, de encontrarse acreditada la lesión su procedencia se impone, en función de los desarrollos efectuados respecto de la cuestión de fondo.

Asimismo, reitero que para el cumplimiento de la manda constitucional provincial (art. 38° inc. c), la proporcionalidad debe establecerse en referencia al último cargo desempeñado en actividad (cfr. Ac. 920/03, Ac. 61/13) y dicho cargo es el que debe utilizarse para verificar la existencia de diferencias de haberes. De modo que no es posible aplicar la movilidad considerando distintos cargos desempeñados por el activo durante sus últimos años de trabajo, en forma proporcional.

Respecto a la movilidad queda establecido el derecho de los actores a percibir -con relación al último cargo- el 70% en el marco de

la Ley 2351 de jubilación anticipada de excepción o el 80% cuando se trata de jubilaciones ordinarias (o por invalidez) Ley 611.

Sin duda, el límite temporal está dado por los períodos no prescriptos, es decir a partir del 09/08/2009 y su cuantía dependerá de lo que efectivamente se encuentre acreditado.

XIV.2.- Respecto de la correspondencia –o no- de computar dentro del haber previsional las sumas no remunerativas percibidas por los activos, este Tribunal ya se ha pronunciado, en reiteradas oportunidades (véase Ac. 567/98 "Córdoba Blanca Inés c/ISSN s/Acción Procesal Administrativa).

Puntualmente, en lo que respecta a ex empleados del Banco Provincia de Neuquén, se resolvió la procedencia de la inclusión de las sumas no remunerativas que percibe el personal activo de acuerdo a su categoría cuando las mismas tienen carácter de habituales y regulares (cfr. Ac. 1650/09 "Goytea", Ac. 40/10 "Fuentealba", Ac. 45/10 "Addy" y Ac. 77/11 "León", entre otros, fundamentos a los cuales me remito).

Es decir que, la reiteración periódica y consecutiva que ostenta una bonificación, le otorga el carácter remunerativo (cfr. art. 15 de la Ley 611).

De modo que, más allá de la calificación que realice el empleador sobre un adicional o suplemento, el Instituto demandado -en su carácter de organismo previsional provincial- debe velar por la correcta integración de los aportes y, si el rubro es remunerativo (según los parámetros fijados en el art. 15° de la Ley 611), deberá procurar su depósito e incluirlo en el cálculo del haber previsional (arts. 4° inc. 1°, 12°, siguientes y concordantes de la Ley 611).

Entonces, -considerando lo señalado en el punto XIV.1.- si el activo que ocupa el mismo cargo que los actores al momento de acceder a la jubilación, percibió sumas "no remunerativas" –durante el plazo no prescripto- que han tenido continuidad en el tiempo, las cuales no han sido tenidas en cuenta para el pago de los haberes jubilatorios (conforme los dichos de la propia parte demandada, véase informe de fs. 87, trascrito en la contestación de demanda a fs. 92 –punto V-), se concluye que asiste razón a los accionantes.

En consecuencia, corresponde analizar la prueba concreta, desde la proporcionalidad garantizada constitucionalmente.

XV.- De este modo, habrá que ver si la lesión denunciada por los actores, ha sido efectivamente acreditada.

En este punto, la prueba determinante radica en los recibos de haberes acompañados por el I.S.S.N. (adjuntos a fs. 139/341) e informes del Banco Provincia del Neuquén sobre fecha de baja, cargos desempeñados, último cargo y evolución salarial (ver fs. 347/353, 359/369, 377/381 y 406/407).

Respecto del último cargo que desempeñaron los distintos actores surge de lo informado por la ex empleadora –Banco Provincia de Neuquén (a fs. 377/381 y fs. 406/407)- que se complementa con lo informado por la propia demandada (cfr. fs. 384/389 y 399/404).

Por último, del cotejo de las pruebas referenciadas (informe del B.P.N. y recibos de haberes jubilatorios) se advierte que, efectivamente, en la mayoría de los periodos, los haberes abonados a los actores no alcanzan el piso del 70% u 80%, garantizado respecto al cargo que tenían los accionantes al momento del cese.

De modo que, en la etapa de ejecución de sentencia, se determinarán las diferencias de haberes durante el periodo no prescripto (es decir desde el 09/08/2009), conforme al último cargo desempeñado por cada uno de los accionantes al momento de jubilarse (dato que surge no sólo de la prueba recabada en autos sino también de los expedientes previsionales).

En consecuencia, corresponde reajustar el haber jubilatorio de los actores, por el periodo no prescripto, teniendo en cuenta el 70% u 80% de lo que percibía un agente de igual categoría y zona.

XVI.- En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo que se haga lugar a la demanda, con los alcances establecidos en los considerandos anteriores.

Las sumas resultantes que se determinarán en la etapa de ejecución de sentencia devengarán intereses, los que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta su efectivo pago a la tasa activa.

Las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPCyC, deben ser soportadas por la demandada perdidosa. ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: Como se indica en el voto que abre el Acuerdo y ha señalado este Tribunal en reiteradas oportunidades, el argumento constitucional se presenta decisivo y, en orden a las particularidades que diferencian el esquema local del nacional, las demandas deben prosperar.

Siendo así, por razones de economía procesal, me remito a las consideraciones que he efectuado –in extenso- sobre: la interrelación que a mi criterio existe, entre lo percibido por los trabajadores en actividad, lo aportado al sistema, y el consecuente haber de jubilación, en los Acuerdos "Arce" (Ac. 1692/09), "Laurente" (Ac. 44/10) y "Berzano" (Ac. 131/11), entre muchos otros, propiciando así el acogimiento de la acción en los términos señalados en el voto que abre este Acuerdo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º)HACER LUGAR a la demanda incoada por los Señores Domingo Juan Benegas, Francisco Bravo, Carlos Catrileu, Camilo Bernardo Cofre, Carlos Alberto Di Lena, Ricardo Alberto Díaz, Delia Fuentealba, Juan Carlos Genis, José Antonio Giambelluca, Hugo Ricardo Guzman, Ricardo Héctor Hernandez, Marcelino Huenul, Juan Domingo Lucero, Carlos Livio Namuncura, María Luisa Ordoñez, Norma Orrego, Ángel Omar Quijada, Carlos Rubén Rodriguez, Carlos EliasRezuc, Marcelo Daniel Santoro, Mario Omar Tizzano, contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia, ordenar a este último la readecuación del haber de los actores de manera que represente el 80% y/o 70%, según corresponda, de lo que perciben los activos y condenar al ISSN al pago de las diferencias retroactivas que se adeudaren por el período no prescripto, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia de acuerdo a los parámetros establecidos en el punto XV, con más los intereses establecidos en el punto XVI; 2°) Imponer las costas a cargo de la demandada (art. 68 del CPCC); 3°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"TOLENTINO S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4346/2013) – Acuerdo: 22/17 – Fecha: 06/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

LICITACION PÚBLICA. ADJUDICATARIO. CONTRATOS DE SUMINISTRO. MORA EN EL PAGO DE LAS FACTURAS. PAGOS PARCIALES. ACEPTACION POR EL ACREEDOR. FALTA DE RESERVA DE INTERESES.

La demanda en donde se reclama el pago de una suma de dinero en concepto de intereses por la mora que se originó en el pago fuera de término de facturas derivadas de los contratos de suministro que oportunamente suscribiera con la accionada debe ser rechazada, por cuanto los pagos parciales efectuados por la demandada luego del vencimiento de las facturas, se acreditaron en la cuenta corriente de la empresa (extremo que además de no estar desconocido fue corroborado en la pericia contable (…), y no fueron objetados por el acreedor quien –como se señalara- los aceptó sin reserva ni observación alguna. En consecuencia, los pagos efectuados tuvieron efecto cancelatorio y extinguieron la obligación respecto de los intereses que aquí reclama la contratista.

Texto completo:

ACUERDO N° 22. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, 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. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “TOLENTINO S.R.L. C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. 4346/13, en trámite ante la

mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme el orden de votación oportunamente fijado, el señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- A fs. 29/38 se presentóla firma Tolentino S.R.L., por apoderado, e interpuso acción procesal administrativa contra la Provincia de Neuquén. Reclama el pago de $1.063.396,36 en concepto de intereses por mora en el pago de facturas de tres licitaciones públicas.

Expone que resultó adjudicataria de las Licitaciones Públicas 11/2008, 14/2008 y 05/2009, para el suministro de víveres secos, llamadas por el Ministerio de Desarrollo Social de la Provincia de Neuquén.

Afirma que cumplió con la entrega de los llamados “módulos alimentarios” en tiempo y forma.

Detalla las fechas de facturación y de los pagos efectuados por la demandada y señala que, de acuerdo a las condiciones contractuales, el pago debía efectuarse a los 15 días de presentación de la factura.

Sostiene que remitió a la accionada 3 cartas documento en las que reclamó el pago de facturas vencidas y los intereses. Agrega que ninguna fue respondida.

Apunta que el 27 de agosto de 2010 interpuso un reclamo administrativo en el que solicitó el pago de los intereses y que, ante la falta de respuesta, presentó un amparo por mora al que se hizo lugar.

Dice que el Poder Ejecutivo, a través del Decreto 1066/12, rechazó el recurso.

Señala que la demandada no desconoció la extemporaneidad de los pagos pero alegó que su parte no había efectuado la reserva de intereses y que, por lo tanto, se había extinguido la obligación de abonarlos, en virtud de lo establecido por el entonces art. 624 del Código Civil, de aplicación supletoria. Añade que la Provincia invocó también el Decreto 367/04 y la Resolución 66/04 del Ministerio de Hacienda.

Manifiesta que, en octubre de 2012 interpuso una nueva reclamación que también fue rechazada (Decreto 1085/13) pese a que añadió, a los argumentos de la anterior, el precedente de lo resuelto por este Tribunal en el expte. A 159092/95 (“Productos Forestales SA c/Consejo Provincial de Educación s/APA”).

Refiere al Decreto 367/04 (que ordena que los pagos de la Provincia a los proveedores que fueran superiores a $1.000 se deben efectuar con una acreditación en una cuenta del proveedor en el Banco de la Provincia de Neuquén SA) y a la Resolución 66/04 (que dispone que las transferencias de fondos a la cuenta del proveedor, dentro de los términos contractuales, extingue la obligación del Estado, obra como recibo y suficiente carta de pago y el proveedor cuenta con 3 días para realizar reservas e impugnaciones).

Entiende que estas normativas son insuficientes para modificar el criterio sentado por este Tribunal en el antecedente citado.

Resalta que la Resolución 66/04 contempla que las transferencias deben hacerse dentro de los términos contractuales, por lo tanto, si se realizan fuera de los plazos previstos en el contrato, no extinguen la obligación y el plazo de tres días para efectuar reservas resulta inoponible.

Señala que, en este caso, la demandada admitió la morosidad por lo que no es aplicable el referido plazo.

Refiere al concepto de recibo previsto en el Código Civil (vigente al momento de los hechos) y asegura que una resolución ministerial no puede alterar las condiciones establecidas en la ley de fondo.

Dice que en su caso no extendió recibo y, al reclamar el pago de las facturas por carta documento, solicitó también los intereses.

Afirma que la demandada vulneró el principio establecido en los arts. 776 y 777 del Código Civil porque efectuó pagos parciales.

Entiende que debe prevalecer el principio que ordena imputar los pagos primero a intereses y luego a capital. Cita jurisprudencia.

Alega que, en virtud de lo expuesto, el Decreto 1085/13 contiene los vicios previstos en los incs. a), m) y s) del art. 67 de la Ley 1284 y solicita se declare su nulidad.

Por último, efectúa liquidación de los intereses reclamados y solicita se haga lugar a la demanda, con costas.

II.- A fs. 53, mediante R.I. 599/13, se declaró la admisión de la acción.

III.- A fs. 79/80 la actora optó por el procedimiento ordinario.

Corrido traslado, a fs. 88/93 se presentó la demandada y contestó la demanda.

Efectúa las negativas de rigor y presenta sus argumentos.

Repara en que la actora es proveedora del Estado, aspecto que hace suponer que contrata con la Administración en forma habitual y que, por tal motivo, debe conocer la normativa aplicable para la contratación y el modo establecido para el pago.

Resalta el grado de diligencia y la buena fe que se exige a quien contrata con el Estado.

Recuerda que, en el caso de los contratos administrativos, los aspectos formales y procedimentales son presupuestos indispensables para su validez.

Afirma que en este caso, en virtud de la naturaleza de la prestación comprometida, se aplica la Ley de Administración Financiera y Control, su Decreto reglamentario y lo previsto en el art. 8 de la Resolución 66/04.

Apunta que, la actora, no respetó el mecanismo y el plazo establecido en dicha resolución para efectuar la reserva por intereses.

Dice que la mora genera intereses a favor del acreedor pero señala que cuando el art. 624 del Código Civil dice "recibo" debe entenderse como "acción y efecto de recibir" y que la "reserva" a la que allí se hace referencia tiene que ser coetánea o simultánea a la acción de recibir.

Asegura que en virtud de lo dispuesto en el art. 624 del Código Civil y en la Resolución 66/04, no se adeuda suma alguna en concepto de intereses.

A continuación, en subsidio y para el caso que se hiciere lugar al reclamo, introduce su oposición a que se aplique la tasa activa. Entiende que corresponde la promedio entre la activa y la pasiva. Aduna que la actora en la carta documento del 28/9/2009 aplicó la tasa promedio.

Para concluir, peticiona el rechazo de la demanda, con costas.

IV.- A fs. 98 se abrió la causa a prueba, periodo que se clausuró a fs. 165 y se colocaron los autos a disposición de las partes para alegar.

A fs. 168/9 obra agregado alegato de la actora.

V.- A fs. 172/6 se expidió el Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 182 se dictó la providencia de autos, la que encontrándose a la fecha firme y consentida, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Para iniciar el análisis de la cuestión planteada, conviene señalar que la pretensión actoral se circunscribe a reclamar intereses por el pago fuera de término de facturas derivadas de los contratos de suministro que oportunamente suscribiera con la accionada.

La empresa accionante resultó adjudicataria de las Licitaciones Públicas 11/08, 14/08 y 05/2009 del Ministerio de Desarrollo Social, para el suministro de víveres secos.

La contratación, el cumplimiento por parte de la empresa, el plazo para el pago y las fechas en que fueron efectuados los pagos por la Provincia, no se encuentran discutidos. El reclamo se circunscribe, como antes se señalara, a los intereses por mora.

Las facturas por las que se reclaman intereses son: 0001-00152877 (Licitación 11/8 - expte. 4600-8919/2008); 0001-00161326 (Licitación 14/08 – expte. 4600-12068/2008) y 001-00172832 (Licitación 05/09 – expte. 4600-21460/2009), cada una por la suma de $3.666.100.

La defensa de la contraria se sustenta en que no corresponde reconocerlos porque, al recibir el pago del capital, no se efectuó la reserva correspondiente, de conformidad a lo previsto en el entonces art. 624 del Código Civil, el Reglamento de Contrataciones y la Resolución 066/04 del Ministerio de Hacienda.

De los pliegos de los llamados a licitación que obran en los expedientes administrativos agregados no surge ninguna disposición que establezca cuáles son las consecuencias de los retrasos en los pagos en que pudiera incurrir la Administración.

No obstante, tal circunstancia, no puede interpretarse como negativa a reconocer los derechos contractuales del proveedor, entre los que se encuentran: el derecho a que la Administración cumpla con sus obligaciones y le de curso al contrato y el derecho a percibir el precio correspondiente el que debe ser pagado en el tiempo y oportunidad establecidos en el respectivo contrato.

"Si la Administración Pública no pagare en término el precio que le corresponda al co-contratante, aquella deberá abonar "intereses" moratorios sobre la suma respectiva, siempre que ella estuviere en mora".(Cfr. Miguel Marienhoff. Tratado de Derecho Administrativo.TIII-A.pág.455).

Además, en el contrato de suministro deben cumplirse, en sus diferentes etapas, tanto los principios generales vinculados al ejercicio de la función administrativa y de la contratación administrativa como los específicos establecidos para este contrato.

El art. 73 del Reglamento de Contrataciones (Anexo II del Dec. 2758/95) dispone que: la mora se considerará producida por el simple vencimiento del plazo contractual sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial.

En este caso, el plazo previsto era de 15 días desde la presentación de la factura y la demandada abonó a través de pagosparciales posteriores al vencimiento de cada factura.

Estos aspectos, tal como antes indicara, fueron admitidos por la demandada quien, a pesar de aceptar la mora, reparó en que la posibilidad de reconocerlos intereses se ve afectada por la falta de reserva y el consecuente efecto liberatorio del pago realizado.

Este argumento fue esgrimido en el Decreto 1266/12 (expte. 5000-004429/10) frente al primer reclamo administrativo introducido por la actora. En dicho acto, con apoyo en lo establecido en el art. 624 del Código Civil, el Decreto 367/04 y la Resolución del Ministerio de Hacienda 066/04, se rechazó el reclamo.

La actora interpuso nuevo reclamo (expte. 5500-006953/2012)en el que manifestó que su intención de reclamar intereses había sido expuesta en las cartas documento remitidas a la Provincia, en las que reclamaba el pago de las facturas adeudadas más los

intereses devengados. Además alegó que la Administración había efectuado pagos parciales y que, por lo tanto, esas sumas, debían imputarse primero a intereses, de conformidad a lo establecido en los arts. 776 y 777 del Código Civil.

La demandada, con base en los argumentos esgrimidos en el Decreto 1266/10, a los que sólo agrega que los reclamos efectuados por la empresa en las cartas documento no importan una reserva en los términos del 624 del Código Civil, porque fueron efectuados con anterioridad a la recepción del capital, volvió a rechazar la pretensión de cobro de intereses a través del Decreto 1085/13.

Ahora bien, el referido art. 624 del Código Civil, aplicable al vínculo contractual administrativo que unía a las partes, disponía que el recibo por capital sin reserva por intereses extingue la obligación de abonarlos.

Cuando la cancelación se produce a través de pagos parciales el acreedor al recibirlo debe hacer saber al deudor que lo que se le abona no cubre el total de la deuda; caso contrario, su aceptación sin reparos produce efectos cancelatorios.

El Decreto 367/2004 estableció que los pagos superiores a $1.000, que debía efectuar la Provincia a los proveedores de bienes o servicios o contratistas, se efectuarían a través de la acreditación en una cuenta a la vista del BPN.

A su vez, la Resolución 066/04 del Ministerio de Hacienda prevé que el proveedor o contratista dentro de los tres días de efectuada la acreditación en la cuenta puede efectuar las reservas e impugnaciones que crea pertinente.

Así, la acreditación de los fondos en la cuenta bancaria del proveedor y la falta de reserva u observaciones en los tres días posteriores tiene efecto cancelatorio y extintivo.

Luego, el vencimiento de dicho plazo produce la pérdida del derecho a los intereses, con un alcance similar al establecido por el artículo 624 del Código Civil para el caso de emisión del recibo de pagos en mora sin efectuar reserva.

VIII.- En virtud de lo expuesto, habrá de analizarse la prueba rendida en autos, a fin de verificar si la actora ha efectuado la reserva legal pertinente y, con ello, poder determinar si la demandada adeuda intereses por pago fuera de término.

En el expediente del primer reclamo (500-00429/10), la actora adjuntó: las 3 órdenes de compra (2483/08, 500/09, 1582/08) y las 3 facturas (161326, 172832, 152877); 3 cartas documento –remitidas el 31/3/2009 y 28/9/09) y la constancia de recepción; resúmenes de su cuenta corriente del BPN S.A. que dan cuenta de la acreditación de los fondos, los que coinciden con los montos y fechas en que afirma fue percibiendo las sumas facturadas.

En punto a las cartas documento (sus originales obran agregados a fs. 59, 63 y 67 de autos), a las que la actora les confiere carácter de reserva, se advierte que:

La remitida el 31/3/09, refiere a la Licitación 14/08 y se intima el pago de la factura correspondiente (161326), se señala que la misma venció el 21/12/08 y solicita se adicionen intereses hasta el efectivo pago.

Los pagos correspondientes a esa factura se efectuaron, según detalle obrante en la demanda, en junio, julio y septiembre de 2009.

En una de las remitidas el 28/9/09, refiere a la factura 172832, vencida el 21/12/08, e intima el pago de $421.229,53 por los intereses generados a partir de los pagos parciales efectuados.

En la restante, requiere el pago de la factura vencida el 20/6/09 y solicita se le adicionen los intereses correspondientes.

La propia actora, reconoce en la demanda que en dos de ellas reclamó el pago de facturas vencidas antes que la demandada depositase suma alguna (cfr. 31 vta.)

A su vez, la demás prueba rendida, resulta ineficaz para probar si existió la mentada reserva.

En efecto, se agregaron los expedientes en los que tramitaron las Licitaciones Públicas 11/08 y 14/8, pero en ellos no consta ningún tipo de reclamo por este rubro.

Se llevó a cabo una pericia contable, pero los puntos de pericia solicitados no contemplaron este aspecto.

Entonces, conforme a las constancias obrantes en la causa, el reclamo por intereses, efectuado por la empresa en las cartas documento, fue anterior a los pagos parciales realizados por la demandada o posterior a alguno de los mismos.

Además, el primer reclamo administrativo (expte. 5000-004429/10) se presentó en agosto de 2010, mucho después de cancelado el total de las tres facturas que la demandada fue abonando a través de pagos parciales efectuados en el transcurso del 2008 y 2009.

En todo caso, la reserva no se efectuó en forma coetánea a la acreditación de los fondos ni dentro de los 3 días previstos en la Resolución 066/04.

De modo tal que los pagos parciales efectuados por la demandada luego del vencimiento de las facturas, se acreditaron en la cuenta corriente de la empresa (extremo que además de no estar desconocido fue corroborado en la pericia contable (cfr. fs. 119/158), y no fueron objetados por el acreedor quien –como se señalara- los aceptó sin reserva ni observación alguna.

En consecuencia, los pagos efectuados tuvieron efecto cancelatorio y extinguieron la obligación respecto de los intereses que aquí

reclama la contratista.

Frente a ello, vale resaltar que incumbía al accionante la carga de demostrar la realidad de la situación de que hace mérito para respaldar su petición, no sólo por el carácter de tal, sino por la presunción de legitimidad de que goza la actividad de la Administración.

Por otro lado, cabe recordar que los principios que hacen a la función administrativa constituyen verdaderos mandatos que deben traducirse en modalidades concretas de cómo debe ejercerse dicha función según las circunstancias de cada situación particular. La vigencia de tales principios que rigen la contratación administrativa exige que de acuerdo a ellos se interpreten las normas aplicables y se ejecuten los distintos actos que tienen lugar. Desde ahí, se generan derechos y deberes tanto por parte de la Administración como por parte de los oferentes y contratistas.

Y, puesto que el reclamo que aquí se analiza está inmerso en el marco de contrataciones administrativas, además del alegado art. 624 del Código Civil, lo que resulta relevante es la normativa que la propia Administración dictó para regir su vínculo con los contratistas y proveedores.

Por último, debo señalar que la decisión que aquí propongo no implica apartarme de la posición que asumí al emitir mi voto en la causa “Ferraris” (Acuerdo 35/12), puesto que las circunstancias de esta causa son diferentes de las allí ventiladas.

En esa causa el reclamo consistía en diferencias de haberes en el marco de una relación de empleo público y, de las constancias de la causa, surgía la voluntad de la reclamante de no renunciar a los intereses.

En dicho precedente hice referencia a doctrina y antecedentes de este Tribunal en orden a que la presunción establecida en el art. 624 es “iuris tantum” y puede caer ante la voluntad real del acreedor de no renunciar, acreditada en debida forma.

Pero, en el presente caso, insisto, el reclamo por intereses derivados de los contratos de suministro que vincularan a las partes, se ve atravesado por las reglas que rigen las contrataciones administrativas. Además, la voluntad real de no haber renunciado no ha sido acreditada.

En definitiva, no encuentro reprochable la negativa estatal al pago de los intereses moratorios aquí reclamados.

IX.- Por lo tanto, a tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas desplegadas a lo largo del presente voto, entiendo que corresponde rechazar la demanda, con costas a la actora vencida (art. 68 CPCyC). ASI VOTO.

El Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: por compartir los fundamentos y conclusiones a las que arriba el Dr. KOHON es que voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, habiéndose dado intervención al señor Fiscal, SE RESUELVE: 1°) Rechazar la demanda interpuesta por Tolentino S.R.L. contra la Provincia de Neuquén. 2°) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCyC). 3°) Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con pautas a tal efecto. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

"JEVENES REYES CLAUDIA SILVANA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3956/2012) – Acuerdo: 23/17 – Fecha: 06/02/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO. FALTA DE SERVICIO. OMISION DE SEÑALIZACION EN LA VIA PÚBLICA. VUELCO DEL AUTOMOVIL. RELACION DE CAUSALIDAD.

RECHAZO DE LA DEMANDA.

No resulta procedente reparar los daños y perjuicios que la parte actora dice haber sufrido como consecuencia de la "omisión" falta de servicio que le imputa a la Municipalidad de Plottier por la falta de señalización e iluminación en una calle rural que contaba con un puente sobre un canal en donde se produjo el vuelco de su vehiculo, por cuanto del relato de los hechos realizado por la propia actora y de las fotografías por ella adjuntada, no puede advertirse que la falta de señalización fuera la causa del accidente de tránsito que sufriera. Por el contrario, lo que puede entreverse en el relato de los hechos, es que la propia actora no se encontraba conduciendo con la cautela que las circunstancias exigían. Ella misma indica que circulaba a 40 km/h aproximadamente, en "fila india" detrás de una vehículo de mayor porte que el suyo, y en un camino de ripio que desconocía. Consiguientemente, no se acreditó que la falta de señalización que reprocha la actora al Municipio fuera la causa adecuada del accidente de tránsito, ni puede decirse que de existir un cartel en el lugar, en las condiciones en las que la actora circulaba –en fila india detrás de un vehículo de grandes dimensiones, por una calle de ripio y a 40 km/h-, se hubiera evitado el lamentable desenlace.

Texto completo:

ACUERDO N° 23. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "JEVENES REYES CLAUDIA SILVANA C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. N° 3956/12, 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. 27/34 se presenta la Sra. Claudia Jevenes Reyes, con patrocinio letrado, e interpone acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Plottier.

Solicita que se le reconozcan y abonen los daños y perjuicios de los cuales fue víctima a causa de un accidente de tránsito ocurrido el día 30/10/09 en la jurisdicción comunal, por causa de la omisión o falta de servicio del Estado por negligencia o defectuosa prestación del servicio público vial. Reclama una indemnización por la suma de $40.830, con más intereses y costas del proceso.

Relata que el día 30 de octubre del 2009 siendo las 18:00 horas aproximadamente, circulaba con su hija menor de 4 años de edad en su vehículo VW GOL, dominio FWJ 264, por calle Percy Clark (sentido oeste-este), en zona rural de la ciudad de Plottier, jurisdicción de la demandada.

Describe que circulaba a unos 30 o 40 metros aproximadamente detrás de un vehículo tipo combi, puesto que seguía a ese rodado, y que detrás de ella circulaba otro auto. Indica que iban en fila india y que en esas circunstancias llegaron a una zona de la calle que se torna muy angosta de manera repentina.

Así, la traffic baja la velocidad, al igual que los demás vehículos.

Menciona que como no conocía el camino, se encontraba transitando prudentemente, mirando los costados y al frente muy atentamente.

Afirma que, de esa manera, conduciendo 30 o 40 metros detrás de la combi, a 40km/h aproximadamente, la traffic se tira hacia el centro de la calle sin que pudiera advertir el por qué de tal maniobra. Sostiene que sorprendida y con toda su atención en la maniobra realizada por la traffic, tras desacelerar en forma de prevención, en una fracción de tres o cuatro segundos siente un fuerte golpe en la rueda delantera derecha y rápidamente el vehículo vuelca hacia adelante quedando con las cuatro ruedas hacia arriba mirando en sentido contrario al cual se trasladaba.

Dice que solo después pudo comprender lo sucedido. Tras el achicamiento repentino y pronunciado de la calle, había un pequeño puente que pasaba totalmente inadvertido puesto que –sostiene- el mismo es de nula y escasa visibilidad. Describe que el puente está fabricado totalmente de cemento, posee de ambos lados una pequeña defensa de cemento que –haciendo como si fuera el cordón cuneta de la calle-, se extiende a lo largo del mismo y posee unos 40 cm de alto aproximadamente.

Afirma que fue justamente esa defensa de cemento la que tras ser impactada con la rueda delantera derecha de su vehículo, provocó el vuelco violento y repentino del rodado. Sostiene que no existía al momento del accidente ningún tipo de aviso, señal o cartel que advierta la irregularidad, obstáculo o semejante.

Relata que después del accidente fue trasladada al hospital junto a su hija, y que si bien en un primer diagnóstico no presentaba lesiones externas manifiestas, luego se le diagnosticó un politraumatismo de cráneo.

Cita jurisprudencia vinculada con responsabilidad del Estado, y afirma que es la demandada el ente a cargo de la seguridad vial en un sector de tránsito de su exclusiva jurisdicción, como es una vía interna ubicada en zona rural, dentro del ejido del municipio.

Dice que la demandada debió prever la posibilidad cierta de que en un lugar con las dificultades del tránsito y visibilidad que presenta este punto de la vía, pudiera ocurrir un accidente con consecuencias altamente dañosas para eventuales automovilistas y/o transeúntes.

Sostiene que la demandada debía colocar elementos de seguridad vial, tales como cartelería que advierta de manera anticipada, visible y segura del riesgo que importa el angostamiento de la vía de tránsito o de la existencia de un puente de tales o cuales características, como bien podría haber sido el ancho, largo y alto. O bien instrumentar los medios necesarios para ensanchar la calle o reformar las defensas de cemento del puente de manera de hacerlo más visible. O cualquier otra medida de seguridad vial y prevención que fuera adecuada.

Indica que constituye un deber de la demandada, adoptar medidas de prevención para evitar, prever y anticipar cualquier posibilidad de accidente o daño a los ciudadanos que quedan bajo su accionar protectorio en varias áreas, como la seguridad vial.

Cita el art. 1109 del Código Civil, vigente al momento de los sucesos e interposición de la demanda.

Se detiene sobre los daños sufridos.

En cuanto al daño material del rodado, enumera las partes dañadas e indica que el costo de reparación es de $21.780 conforme al presupuesto que acompaña.

Expone que el vehículo no se encontraba en condiciones de ser utilizado por lo que se vio privada de su uso desde el 30/10/09 hasta el 10/02/2010, fecha en la que pudo abonar las reparaciones efectuadas al mismo. Reclama por este rubro la suma de $5.150.

Asimismo, solicita indemnización por la suma de $1.900 en concepto de disminución del valor venal y cita jurisprudencia sobre la procedencia del rubro.

Cuenta que, como consecuencia del accidente ha padecido inseguridad, temor y angustia –además del dolor y el sufrimiento físico- por lo que reclama la suma de $12.000 en concepto de daño moral.

Ofrece prueba y peticiona.

II.- A foja 53 y vta., por medio de la RI N° 4/07/2013 se declara la admisión formal del proceso.

III.- Efectuada la opción por el procedimiento ordinario a fs. 55, se corre traslado de la demanda.

IV.- A fojas 66/68 la Municipalidad de Plottier, por apoderado y con patrocinio letrado 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.

Argumenta que no se logró probar que exista negligencia en el deber de seguridad vial en sede administrativa y que por ello se procedió al rechazo de su reclamo.

Expone que, de haber ido circulando como se describe en la demanda, la actora habría logrado sortear con facilidad el -por ella llamado- obstáculo, de la misma manera que lo hizo la traffic.

Sostiene que, si la actora hubiera empleado una atención similar a la del conductor de la traffic, hubiera corrido idéntica suerte, pero el resultado del atropello cometido por la Sra. Jevenes hace presumir claramente que la misma se encontraba violando, entre otras reglas, la debida atención en la conducción, la distancia que debe mantener todo vehículo respecto del que circula adelante y el límite máximo de velocidad.

Dice que el resultado de la negligente maniobra de la actora es consecuencia directa de la violación al deber de conservación del vehículo. En efecto, dice, mantener el pleno dominio del automotor importa tanto como encontrarse en condiciones de reaccionar adecuadamente y efectuar la maniobra que las circunstancias del manejo exigieren.

Afirma que todo conductor está obligado a circular con cuidado y previsión, y a guardar el pleno dominio sobre el rodado a los efectos de poder sortear todas aquellas contingencias que el tránsito presente.

Cita jurisprudencia.

Insiste en que de la mecánica del accidente no puede arribarse a otra conclusión que no sea la responsabilidad de la actora en la causa del daño.

Ofrece prueba y peticiona.

V.- A fs. 71 se abre la causa a prueba, período que es clausurado a fs. 183.

VI.- A fs. 194/200 dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia se haga lugar a la demanda.

VII.- A fs. 217 se dicta la providencia 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 encuentra su origen en la responsabilidad extracontractual del Estado por "falta de servicio", constituida por el supuesto cumplimiento defectuoso o incorrecto de los deberes a cargo del Municipio demandado.

Para que se configure este 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).

En el caso, la actora le imputa a la demandada una conducta omisiva en materia de seguridad vial, que se refiere a la falta de señalización e iluminación en una calle rural que contaba con un puente sobre un canal, que fuera inadvertido por su parte, ocasionando el accidente de tránsito que la tuviera como única protagonista.

Al respecto, deviene oportuno recordar el carácter restrictivo del análisis de la responsabilidad del Estado por faltas de servicio de carácter omisivo.

En este sentido, la Dra. Zavala de Gonzalez explica que "Como presupuesto de responsabilidad, la relación causal es un vínculo externo que se establece entre el daño (o el peligro de daño) y un hecho que lo ha generado; en su virtud, ese perjuicio (o la amenaza de que ocurra) se imputa fácticamente al suceso que es su fuente, con prescindencia de toda valoración sobre injusticia o reprochabilidad. La causalidad es prioritaria respecto de la culpabilidad o de factores objetivos de atribución: recién desde la causación de un daño, se averigua si concurre algún motivo para que alguien deba responder." ("Actualidad en la jurisprudencia sobre derecho de daños - Relación de causalidad", LA LEY 1997-D, 1272, Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 993).

De esta manera, sella la suerte de la presente acción la imposibilidad de vislumbrar, con la nitidez necesaria para la procedencia del reclamo, la relación de causalidad entre la irregularidad reprochada y la consecuencia dañosa.

Del relato de los hechos realizado por la propia actora y de las fotografías por ella adjuntada, no puede advertirse que la falta de señalización fuera la causa del accidente de tránsito que sufriera.

Por el contrario, lo que puede entreverse en el relato de los hechos, es que la propia actora no se encontraba conduciendo con la cautela que las circunstancias exigían. Ella misma indica que circulaba a 40 km/h aproximadamente, en "fila india" detrás de una vehículo de mayor porte que el suyo, y en un camino de ripio que desconocía.

Adviértase que la actora manifiesta que la traffic que circulaba delante suyo "se tira hacia el centro de la calle sin haber podido yo advertir en ese momento el porqué de tal maniobra…. En una fracción de tres o cuatro segundos siento un fuerte golpe en la rueda delantera derecha". A fs. 110 la testigo Alessandroni, manifiesta que "la combi pasó normal pero se desvió para pasar el puente y esto Claudia no lo vió porque venía atrás". A fs. 115 el testigo Campitelli indica que "pasa la combi y atrás se ve el polvo y el vehículo dado vuelta". Estas declaraciones permiten inferir que se encontraba a una distancia del rodado que la precedía, que le impedía una visión acorde a lo que las circunstancias exigían.

Por otro lado, tampoco pareciera que la velocidad de 40 km/h señalada fuera muy baja considerando que además de circular "en fila india", lo hacían por una calle de ripio, lo que se sabe, genera una mayor demora en el frenado del vehículo y una estabilidad menor ante cualquier maniobra.

Remarquemos que se trata de un camino rural de chacras, lo que se observa de las fotografías acompañadas, en donde resulta previsible la existencia de estructuras y puentes que permitan el paso sobre los canales de riego que se encuentran por todo el sector. Estas circunstancias imponen la conducción prudente por parte de los automovilistas, que independientemente de que conozcan el camino que transitan, pueden razonablemente representarse la necesidad de que la circulación debe ser especialmente atenta, lenta y guardando una distancia por demás prudente con el rodado que circule adelante, para así tener un campo visual que permita adelantarse a las maniobras que el camino rural imponga.

Además, en las fotografías acompañadas, a diferencia de lo que manifiesta la actora, no se visualiza un achicamiento repentino y pronunciado de la calzada, ni la existencia de vegetación que impida ver el cordón defensivo contra el que colisionara.

De esta manera, de las circunstancias señaladas, no se acreditó que la falta de señalización que reprocha la actora al Municipio fuera la causa adecuada del accidente de tránsito, ni puede decirse que de existir un cartel en el lugar, en las condiciones en las

que la actora circulaba –en fila india detrás de un vehículo de grandes dimensiones, por una calle de ripio y a 40 km/h-, se hubiera evitado el lamentable desenlace.

Como lo señaláramos en el Acuerdo 23/10 del Registro de la Secretaría Civil, con respecto al nexo de causalidad, la doctrina explica que la omisión es causal cuando la acción esperada hubiera probablemente evitado el resultado; en otros términos, la relación causal se establece juzgando cuál es la incidencia que el acto debido, de haberse realizado, hubiera tenido con respecto al resultado o a su evitación (Lorenzetti, Ricardo: Notas sobre la responsabilidad civil por omisión, Editorial Zeus, T.38, 1983, D-59).

La plataforma fáctica reseñada, analizada a la luz de lo anterior, lleva a concluir que no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño alegado. Ante la ausencia de este requisito esencial para responsabilizar a la demandada, deviene inoficioso el tratamiento de los restantes presupuestos.

En definitiva, la demanda no puede prosperar.

Las costas se imponen, por el principio objetivo de la derrota, a la actora vencida (art. 68 del CPCC de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada por CLAUDIA SILVANA JEVENES REYES contra la MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER; 2°) Imponer las costas a la actora vencida (art. 68 del CPCyC, de aplicación supletoria en la materia); 3º) Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ – Secretaria

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

"ZABERT ARIEL ENRIQUE Y OTRAS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4758/2014) – Acuerdo: 24/17 – Fecha: 06/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

PENSION. EXTINSION DEL DERECHO DE PENSION. HIJOS. MAYORIA DE EDAD. TITULARIDAD. CONYUGE SUPERSTITE. REAJUSTE DE LA PENSION. PROPORCIONALIDAD.

1.- Cabe asignar el beneficio de pensión con exclusividad al cónyuge supérstite si las hijas han alcanzado la mayoría de edad.

2.- La jubilación (o pensión) constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía (en el caso de pensiones refiere al agente fallecido); su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que sustituya a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad (proporcionalidad inicial).

3.- La movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado o agente fallecido si continuara en servicio activo.

4.- De acuerdo a la letra del artículo 56 de la Ley 611, para la determinación del haber jubilatorio inicial, se toma en cuenta el promedio de las remuneraciones actualizadas y, no

necesariamente, el haber asignado al cargo que se desempeñaba en actividad al momento del cese. Por otro lado el artículo 60° establece un sistema de movilidad en función de las variaciones del nivel general de remuneraciones de la Administración Pública Provincial.

5.- La proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad.

6.- El mandato constitucional es expreso y, por lo tanto, una reglamentación legislativa que diera como resultado un haber de pasividad inferior al 80% de lo que el trabajador percibiría de continuar en actividad (o 60% en el caso de los beneficios de pensión), implicaría plasmar en los hechos una modificación del texto constitucional.

Texto completo:

ACUERDO Nº 24. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMÁS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ZABERT, ARIEL ENRIQUE Y OTRAS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. Nº 4758/14, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado el Señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI, dijo: I.-

A fs. 7/13 vta. se presentan el Sr. Ariel Enrique Zabert, la Srta. Luisina Zabert y la Srta. Martina Zabert y promueven demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Solicitan se declare la ilegitimidad de la conducta impugnada y los actos administrativos que convalidaron la misma (Disposición N° 1082/12).

Asimismo peticionan se condene a la demandada a: 1) ordenar el trámite de pensión originado en el fallecimiento de la Sra. Graciela Edit Coggiola -Expte. Previsional N° 2408-245663/2- asignando el beneficio con exclusividad al Sr. Ariel Enrique Zabert dado la mayoría de edad alcanzada por sus hijas; y 2) se ajuste el haber de pensión conforme el cargo y categorías en que revistaba la causante al momento de su fallecimiento, efectivizándose tanto hacia el futuro como retroactivamente, con más intereses a tasa activa y costas.

Expone que el trámite de pensión deriva del fallecimiento de la Sra. Graciela Edit Coggiola, quien trabajaba en el estado provincial neuquino como dependiente del Poder Judicial.

Indica que la carrera de la Sra. Coggiola es importante porque debido a su desatención se afectaron derechos.

Detalla la carrera dentro del Poder Judicial de la Sra. Coggiola y cita que el haber de pensión fue determinado correctamente al considerar la categoría al cese "Oficial Principal" (JCA), lo que figura consignado en la planilla de cálculo de fs. 64 del expediente de pensión.

Resalta que los haberes no se actualizaron, en consecuencia, pidió la adecuación y el organismo demandado procedió a un nuevo cálculo, promediando proporcionalmente dos categorías diferentes para obtener una base de cómputo del porcentual correspondiente al haber de pensión.

Aclara que el organismo previsional toma en cuenta las categorías JCA (oficial principal) y JEA (Oficial auxiliar), especificando que considera la categoría JCA para los años 1998 y 1999 y la categoría JEA el año 1997 (conforme Acuerdo del TSJ de fs. 20 del expediente de pensión) –datos que considera erróneos-.

Cita la Disposición N° 1082/12 que extingue la pensión a Martina Zabert y reconoce el beneficio a la Srta. Luisina Zabert y su padre, el Sr. Ariel Zabert –en concurrencia-.

Señala que el reclamo tiene origen en los errores referidos: improcedencia en la mixtura de categorías y falta de derecho de Luisina Zabert para ser titular de la pensión (al contar con más de 21 años).

Destaca que el reconocimiento exclusivo de la pensión a favor del Sr. Ariel Zabert no tiene ninguna petición económica, sino la necesidad de ordenar la titularidad del beneficio de pensión.

En cuanto al haber de pensión, resalta dos afectaciones puntuales: la consideración errónea de las categorías que surgen de la planilla de fs. 102 del expediente previsional (aclara que en 1997 era “oficial” (JDA) y no “oficial auxiliar” (JEA)) y luego expresa que, más allá de tal consideración, el criterio contraría los términos constitucionales expresados por V.E. en interpretación de la garantía constitucional en juego.

Transcribe el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y sostiene que “Para los casos de pensión se ha entendido como razonable que esa garantía sea reducida al 60%."

Cita jurisprudencia y concluye que para el caso de la pensión derivada del fallecimiento de la Sra. Coggiola debe considerarse la percepción actual de la categoría “oficial principal” (JCA) que tenía al momento de su fallecimiento y por casi tres años.

Reitera, los tres cuestionamientos: 1) La titularidad incorrecta del beneficio; 2) El error de hecho al considerar que durante el año 1997 tenía la categoría “Oficial Auxiliar” (JEA) del escalafón judicial cuando desde 1995 era “Oficial” (JDA) y 3) El error jurídico constitucional de hacer incidir una categoría que la causante no tenía al cese para fijar la base de cálculo del porcentaje garantizado constitucionalmente.

En consecuencia, pide se condene a reordenar la titularidad del beneficio y se determine el haber de pensión conforme el último cargo y categoría desempeñados por la Sra. Coggiola para dar cumplimiento a la garantía constitucional.

Aclara que las adecuaciones solicitadas son planteadas a futuro y retroactivamente, más intereses sobre las diferencias acumuladas y costas.

Por último, deja planteado el caso federal, hace reserva de recurrir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación y, en su caso, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

II.- A fs. 28/28 vta. obra la R.I. Nº 187/14, por la que se declara la admisibilidad de la acción.

A fs. 31/32 la parte actora ejerce la opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba.

III.- A fs. 34 el Fiscal de Estado toma intervención en los términos del artículo 1º y concordantes de la Ley 1575.

IV.- A fs. 48/52 el Instituto de Seguridad Social del Neuquén contesta demanda.

En primer término reconoce el carácter de pensionadas de las actoras Martina y Luisina Zabert-por Disposición N° 820/00, a partir del 03/09/2000- y, el otorgamiento del beneficio de pensión a favor del Sr. Zabert en concurrencia con la Srta. Luisina Zabert, dado la extinción del derecho a favor de Martina Zabert -mediante Disposición N° 1082/12, a partir del 1/05/2012-.

Luego, niega los hechos alegados por la actora y la aplicación del derecho, que no sean objeto de expreso reconocimiento.

Expone que, si bien la pensión se inicia en el año 2000, en enero de 2012 se realiza la adecuación al 60% móvil en el marco de la Resolución N° 172/07. Las categorías consideradas para la adecuación fueron JCA (oficial principal) -24 meses- y JEA (oficial auxiliar) -12 meses-.

Transcribe el art. 56° de la Ley 611, art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y menciona que la Resolución N° 172/07 resuelve encomendar al Director de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones que arbitre las medidas y mecanismos para el cumplimiento del artículo 38° inc. c) de la manda constitucional.

Así, sostiene que “no se generó un cálculo erróneo respecto de las categorías que la causante detentó durante su desempeño en el Poder Judicial ya que la categoría JCA fue detentada solo 24 meses no pudiendo liquidarse la pensión solamente con dicha categoría por no cumplir el plazo citado”.

Por último, ofrece prueba, hace reserva de la cuestión federal y solicita el rechazo de la demanda, con expresa imposición de costas a la contraria.

V.- A fs. 54 la parte actora solicita se abra la causa a prueba y a fs. 55 se abrió la causa a prueba.

VI.- A fs. 243 se clausuró dicho período.

A fs. 130/134 vta. se agregó el alegato de la actora y a fs. 136/138 vta. el de la accionada.

VII.- A fs. 142/147 obra el dictamen fiscal, quien propicia el acogimiento de la demanda.

VIII.- A fs. 148 se dispone el llamado de autos, el cual encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Así las cosas, del repaso de las posturas manifestadas en la demanda y su contestación, cabe resumir que la litis ha quedado circunscripta a resolver dos cuestiones: la titularidad de la pensión y si el haber del beneficio previsional respetó el porcentaje mínimo garantizado -para las pensiones-, conforme el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

Ahora bien, la primera cuestión acerca de la titularidad del beneficio, surge clara del análisis de la documentación y demás actuaciones adjuntas al expediente administrativo de pensión N° 2408-245663/2, que a continuación se detallan.

La Disposición N° 720/00 (a fs. 67 del expediente administrativo citado) emitida por el Director de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones en fecha 18/10/2000, acuerda el beneficio de pensión a favor de las menores Martina y Luisina, ambas de apellido

Zabert, representadas legalmente por el Sr. Ariel Enrique Zabert, a partir del 3/09/2000.

Posteriormente, se presenta el Sr. Ariel Enrique Zabert (cfr. fs. 74/75 vta. del expediente de pensión), en el carácter de cónyuge supérstite de la Sra. Coggiola y solicita se le otorgue el beneficio de pensión.

Así, la Disposición N° 1082/12 acuerda el beneficio a favor del Sr. Ariel Enrique Zabert en el carácter de esposo y en concurrencia con la Srta. Luisina Zabert, a partir del 1/05/2012. Asimismo, extingue el beneficio de pensión de la Srta. Martina Zabert a partir de la fecha en que alcanzó la edad de 21 años.

Sin embargo, surge del acta de nacimiento adjunta a fs. 10 del expediente administrativo N° 2408-245663/2, que la Srta. Luisina Zabert, cumplió los 21 años el día 12 de abril de 2012.

Asimismo, se observa a fs. 130/131 del expediente administrativo N° 2408-245663/2, que el organismo demandado informa: "En Mayo de 2012 se procedió a realizar el cambio de titularidad ya que Zabert Luisina cumplió la mayoría de edad el 12/04/2012" y adjunta impresión del sistema de sueldos MAP.

En consecuencia, no existiendo oposición de las partes y conforme lo normado en los arts. 44° inc. 1) a. (modificado por Ley 2599), art. 46° y concordantes de la Ley 611, corresponde ordenar a la demandada que dicte el acto administrativo correspondiente, con el objeto de extinguir formalmente el beneficio de pensión a la Srta. Luisina Zabert (desde la fecha en que cumplió los 21 años –atento haber continuado sus estudios, según se desprende de fs. 70/73 del expediente administrativo referenciado), y otorgar la pensión derivada de la muerte de la Sra. Coggiola, al Sr. Ariel Enrique Zabert –único beneficiario-.

X.- Resuelto el primer punto, corresponde abordar la solicitud de reajuste de haberes en el marco de la garantía constitucional prevista en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

En las presentes actuaciones, la divergencia no gira en torno a la determinación del haber inicial de pensión, sino a la aplicación de la movilidad posterior.

Puntualmente, el porcentaje constitucional (60% -por tratarse de una pensión, en concordancia con lo resuelto por este Cuerpo en los Acuerdos 632/00, 907/03, 1220/06, 1666/09, entre otros-) aplicado al cargo que debe tomarse como referencia.

Aquí, ambas partes coinciden jurídicamente en la aplicación de la garantía constitucional referenciada.

Sin embargo, la parte actora sostiene que la movilidad debe realizarse utilizando como referencia el último cargo detentado por la Sra. Coggiola, mientras que el organismo demandado aplica los artículos 56°, 60° y conc. de la Ley 611 (véase que para el reajuste del beneficio –según punto V de la demanda -fs. 50- toma las categorías: JCA (oficial principal) por 24 meses y JEA (oficial auxiliar) por 12 meses).

XI.- Como ha sido reiteradamente expuesto en la jurisprudencia de este Tribunal (a partir del Ac. 613/99 "Messineo"), en el caso neuquino, la complejidad de la cuestión encuentra su raíz en las particularidades del texto constitucional, el cual, proyectado a la solución que en cada caso concreto corresponde acordar, exige inaplicar los dispositivos legales.

Y así, no son pocos los casos en los que, pese a que el accionar del Instituto de Seguridad Social del Neuquén se ajusta a las disposiciones legales, la solución concreta se presenta incompatible con la disposición prevista en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial, la cual, por su jerarquía normativa, debe prevalecer.

Las garantías de proporcionalidad y movilidad jubilatoria son dos momentos de una misma problemática: los sistemas previsionales (tanto el nacional como el local) están diseñados sobre la naturaleza sustitutiva de la prestación jubilatoria y, por lo tanto, se apoyan en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad.

En este esquema, debe asegurarse un nivel conveniente, el cual, se dice, se habrá alcanzado cuando el jubilado -o pensionado- conserve una situación patrimonial equilibrada a la que le hubiera correspondido de haber seguido en actividad.

La lógica de tal razonamiento se asienta en que la jubilación (o pensión) constituye una consecuencia de la remuneración que se percibía (en el caso de pensiones refiere al agente fallecido); su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que sustituya a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad (proporcionalidad inicial).

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

Así, la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibiría el jubilado o agente fallecido si continuara en servicio activo.

No obstante, de acuerdo a la letra del artículo 56 de la Ley 611, para la determinación del haber jubilatorio inicial, se toma en cuenta el promedio de las remuneraciones actualizadas y, no necesariamente, el haber asignado al cargo que se desempeñaba en actividad al momento del cese. Por otro lado el artículo 60° establece un sistema de movilidad en función de las variaciones del nivel general de remuneraciones de la Administración Pública Provincial.

Se presenta entonces ineludible desentrañar, si la solución prevista respeta los parámetros constitucionales contemplados en el artículo 38, inciso c), de la Constitución Provincial.

El margen de actuación legislativa es sensiblemente menor en el caso local que en el nacional, en orden a la distinta amplitud de fórmulas constitucionales contenidas en uno y otro sistema.

La proporcionalidad está cuantificada en el ámbito local por el dispositivo constitucional del art. 38, inciso c), presentándose como un imperativo que la Provincia mediante la sanción de leyes especiales asegurará a todo trabajador, en forma permanente y definitiva, jubilaciones y pensiones móviles, que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad.

El mandato constitucional es expreso y, por lo tanto, una reglamentación legislativa que diera como resultado un haber de pasividad inferior al 80% de lo que el trabajador percibiría de continuar en actividad (o 60% en el caso de los beneficios de pensión), implicaría plasmar en los hechos una modificación del texto constitucional.

Por ello, no podría nunca el órgano legislativo apartarse de aquél mandato mediante la implementación de mecanismos distorsivos que, indirectamente desvirtuaran el umbral protectorio de la Constitución Provincial.

De darse ese supuesto, sería aplicable la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la cual señala que, cuando un precepto frustra o desvirtúa los propósitos de la ley en que se encuentra inserto, de modo tal que llega inclusive a ponerse en colisión con los enunciados de jerarquía constitucional o su aplicación torna ilusorios derechos por éstos consagrados, le es lícito al juzgador apartarse de tal precepto y dejarlo de aplicar a fin de asegurar la primacía de la Ley Fundamental.

Así, el artículo 16 de la Carta Magna local dirige a los jueces el mandato de defender la supremacía de la Constitución, negando valor y declarando inconstitucional cualquier norma inferior que sea contraria a ella.

De manera que los lineamientos normativos desarrollados, aplicados a las circunstancias del caso concreto, determinan que la última categoría de la Sra. Coggiola antes del cese de sus funciones fue JCA (cfr. fs. 101).

Por lo tanto, la categoría de referencia para la determinación de los haberes de pensión debe ser la de OFICIAL PRINCIPAL (JCA) del escalafón del personal del Poder Judicial Provincial.

XII.- Hasta aquí, en función de los desarrollos efectuados, ha quedado establecido el derecho que le asiste a los actores a percibir en concepto de pensión el 60% de lo que percibe el trabajador activo en el cargo que tenía la Sra. Coggiola al momento de su fallecimiento –categoría JCA “Oficial Principal”- (cfr. determinación del haber de pensión a fs. 64 del expediente administrativo N° 2408-245663/2 e informe de fs. 101).

En consecuencia, resta considerar si la lesión ha sido efectivamente acreditada.

Del cotejo del informe de evolución de sueldos correspondientes a un “Oficial Principal” categoría JCA (ver fs. 99/100) y los recibos de haberes previsionales adjuntos a fs. 72/89, correspondientes al período mayo de 2012 a julio de 2014, se advierten períodos en que los haberes abonados a la actora no han alcanzado el piso del 60% garantizado por el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial, en función del cargo desempeñado por la causante al cese. Situación que no varía por la aplicación de reajustes realizadas por el organismo previsional en virtud de lo dispuesto mediante Resolución N° 172/07.

Por tanto, respecto a los períodos en que existe diferencia a favor de los actores, corresponde -por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes en relación a la garantía establecida en el art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial- hacer lugar al pretendido reajuste en los períodos en que se haya vulnerado la garantía del 60% que ampara a los pensionados -conforme se determine en la etapa de ejecución de sentencia-.

XIII.- En mérito a las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo hacer lugar a la demanda, disponer la extinción del beneficio de pensión, a la Srta. Luisina Zabert, a partir del 12/04/2012 –fecha en que alcanzó la mayoría de edad-, continuando como único beneficiario el Sr. Ariel Enrique Zabert. Y, ordenar el reajuste de haberes de pensión, con el alcance establecido en los considerandos anteriores, tomando como referencia el último cargo que desempeñó la Sra. Coggiola al momento de su fallecimiento –Oficial Principal, JCA- abonándose las diferencias que se determinen en la etapa de ejecución de sentencia, más intereses desde que cada suma es debida.

XIV.- Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C.y C. de aplicación supletoria en la materia y art. 78 de la Ley 1.305). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: Adhiero a las consideraciones efectuadas por el Dr. Massei por lo que 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) Hacer lugar a la demanda incoada por elSr. Ariel Enrique Zabert, Luisina Zabert y Martina Zabert contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN y, en consecuencia: a) ordenar que dicho organismo extinga el beneficio de pensión, a la Srta. Luisina Zabert, a partir del 12/04/2012 –fecha en que alcanzó la mayoría de edad-, continuando como único beneficiario el Sr. Ariel Enrique

Zabert; b) condenar al ISSN a pagar las diferencias de haberes correspondientes, las que serán determinadas en la etapa de ejecución de sentencia, con más los intereses –tasa activa-, teniendo en cuenta las pautas establecidas en el considerando XII; 2°) Imponer las costas a la demandada vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1305); 3°)Diferir la regulación de honorarios hasta tanto se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

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

"AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia- Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 5056/2014) – Acuerdo: 29/17 – Fecha: 09/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilación y pensiones.

JUBILACION POR INVALIDEZ. INFORME PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA.

Corresponde rechazar la pretensión de acceder al beneficio de la jubilación por invalidez por cuanto el actor no ha acreditado que su incapacidad supera el porcentaje del 66% que exige la normativa aplicable (artículo 39° de la Ley 611).

Texto completo:

ACUERDO N° 29. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los nueve días del mes de febrero de dos mil diecisiete, 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 titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “AMARILLO OSCAR C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 5056/14, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 8/12 se presenta el Sr. Oscar Alfredo Amarillo, por apoderado y 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 legislado en los arts. 39°, 40°, siguientes y ccdtes. de la Ley provincial N° 611.

Solicita que se revoquen la Disposición N° 865/2012 y la Resolución N° 104/2013, ambas dictadas por el Instituto de Seguridad Social de Neuquén.

También pide la nulidad del Decreto N° 2134/14. Sostiene que los actos padecen de los vicios “muy graves” y “graves”. Afirman que violentan los arts. 14°, 14° bis 3° párrafo, 16°, 17°, 18°, 75 inc. 23 de la Constitución Nacional, arts. 1°, 12°, 24°, 26°, 51° y 54° inc. c) de la Constitución Provincial y la legalidad y supremacía de los preceptos constitucionales (arts. 28° y 31° de la Constitución Nacional) lo que torna al acto arbitrario e insanablemente nulo.Manifiesta que se desempeña hace más de veintitrés (23) años en el ámbito del Consejo Provincial de Educación como profesor de Educación Física, haciéndolo actualmente como docente titular en la Escuela N° 280 e interino en el CEF N° 1, ambos de la Ciudad de Neuquén.Indica que al momento de ingresar –como Apto “A”- el 15 de marzo de 1989, hasta la actualidad, ha sufrido un paulatino pero progresivo desmejoramiento de su estado de salud, que al menos en los últimos diez años le ha impedido trabajar en condiciones de eficiencia, continuidad y salubridad.

Relata el proceso de largo tratamiento médico vivido y las afecciones que padece lo condicionaron a continuar bajo licencias médicas.

Sostiene que la minusvalía invocada afecta su posibilidad cierta de “competencias igualitarias”, que se refleja en el cambio de funciones y reducción horaria.

Indica que su incapacidad se produjo durante su relación laboral, debiéndose tener en cuenta el concepto de “capacidad general ganancia”. En otras palabras, expresa que debiera ser considerado un “todo orgánico – funcional – social”.

Asimismo, indica que se torna virtualmente inexistente el concepto de “plasticidad profesional”.

Refiere que solicitó ante el Instituto demandado la Jubilación por Invalidez, beneficio que fue denegado. Las juntas médicas dictaminaron una incapacidad inferior al 66% (24,06 y 36,12%, respectivamente), considera que los porcentajes no se condicen con las múltiples afecciones invalidantes que sufre.

Destaca que la acción se halla justificada atento que las resoluciones denegatorias que se cuestionan se fundan en erróneos dictámenes médicos efectuados en las instancias administrativas previas.

Alega que los dictámenes no reflejan la situación legal y el grave estado de deterioro de la salud psicofísica del actor, apartándose de la verdad real y con graves defectos de fundamentación científica, por lo que deben considerarse insanablemente nulos.

Por último, ofrece prueba y peticiona que se condene a la demandada a otorgar el beneficio de jubilación por invalidez, con costas.

II.- A fs. 29/29 vta. se declara la admisión de la acción mediante la R.I. 77/15.

Habiendo ejercido –la parte actora- la opción por el proceso ordinario (fs. 30/31), se confiere traslado de la demanda.

III.- A fs. 35 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

IV.- A fs. 43/50 vta. obra la contestación de la demandada quien solicita que se rechace la demanda con costas.

Luego de reconocer la existencia de los actos administrativos impugnados, realiza 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.

Expresa que la Junta médica del ISSN concluyó que la incapacidad del actor es de naturaleza psicofísica de carácter parcial y permanente, que asciende al 24,06% y la Comisión Médica Central de la Provincia determinó que la incapacidad era de un 36,12%, por lo cual no alcanza el 66% requerido por la Ley 611.

Destaca que las Juntas en cuestión valoraron la capacidad residual del accionante, en consecuencia los actos administrativos que rechazan la pretensión son legítimos y válidos.

Asimismo indica que si bien al ISSN no le corresponde expedirse sobre la adecuación de tareas, observa que de la valoración de los dictámenes de las juntas médicas y del relato del propio actor, las dolencias físicas que lo aquejan no lo inhiben de efectuar otros tipos de tareas, resultando a todas luces factible su reinserción en otro puesto de trabajo, que el área específica del Consejo de Educación deberá determinar.

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

V.- A fs. 52/53 la parte actora contesta traslado y solicita la apertura a prueba.

VI.- A fs. 54 se abre la causa a prueba. A fs. 203 se clausura el período probatorio y se ponen los autos a disposición de las partes para alegar.

Ambas partes presentan alegatos. A fs. 211/212 se agrega alegato de la parte actora y a fs. 213/215 el correspondiente a la demandada.

VII.- A fs. 218/220 vta. se expidió el Sr. Fiscal, quien propicia el rechazo de la demanda entablada.

VIII.- A fs. 221, 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.

IX.- En autos, las partes discrepan sobre el grado de incapacidad atribuible al actor frente a la denegación del beneficio de jubilación efectuado por la demandada.

La cuestión a resolver se circunscribe a determinar si el accionante se encuentra comprendido en la situación de hecho reglada por los artículos 39, 40 y ccdtes. de la Ley 611. Es decir, si posee una disminución de su capacidad laborativa del 66% o más y, si tal extremo fue acreditado por su parte en sede administrativa.

Por consiguiente, conforme 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)".

Y, 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 esta línea de interpretación del derecho previsional y, sobre la base de las constancias probatorias, ha de delinearse la resolución del caso.

X.- Para comenzar, corresponde considerar la pericia médica realizada.

A fs. 104/105 vta. el perito designado en autos identifica al actor, realiza un interrogatorio clínico, un examen físico y detalla los exámenes complementarios. Luego, concluye que "El actor es profesor de educación física tiene una patología degenerativa y fluctuante, esto le impide desarrollar sus tareas docentes y se siente deprimido al verse menoscabado". Estima la incapacidad según las pautas del Decreto 478/98 y detalla: Neurosis depresiva GIII: 30,00%; limitación funcional hombro derecho (12% de 70%): 8,40%; limitación funcional hombro izquierdo (5% de 61,6%): 3,08%; Limitación funcional col. lumbar (5% de 58,52%): 2,92%; Limitación funcional muñeca der. (4% de 55,6%): 2,22%; Limitación Funcional Tob. der. (4% de 53,38%): 2,13%; Limitación Funcional Tob. izq.(4% de 51,25%): 2,05%. Subtotal: 50,80%. Agrega los factores complementarios (edad -55 años (5% de 50,80%): 2,54% más nivel de educación univ. (2,5% de 50,80%): 1,27%): 3,81%, por lo que el grado de incapacidad asciende a 54,61%.

Responde los puntos de pericias de ambas partes.

Frente a los puntos de pericia de la parte actora manifiesta que las afecciones fueron descriptas en la pericia. Sostiene que el actor no puede cumplir con sus tareas específicas. Afirma que presenta una "neurosis depresiva" y "la incapacidad de cálculo en 54,61%".

Respecto de los puntos de pericia de la parte demandada destaca que "la incapacidad se calculó utilizando el baremo del decreto 478/98 en 54.61%".

Manifiesta que en el momento de la evaluación por el ISSN fue de 36,12%, con evolución desfavorable y que el actor ha cumplido los tratamientos.

A fs. 174 la parte demandada manifiesta no tener objeciones que formular a la pericia, no obstante, a fs. 175/175 vta. la parte actora solicita explicaciones sobre el informe pericial –reservándose el derecho a impugnar-.

Concretamente, manifiesta que omite el perito dictaminar el porcentaje incapacitante respecto de la rodilla izquierda y solicita que detalle el porcentaje de incapacidad correspondiente y se establezca nuevamente el definitivo.

En segundo término, solicita explique si se está frente a una incapacidad de orden permanente, total y definitivo para desarrollar sus tareas habituales, y explique si puede, según su formación profesional, desarrollarlas o bien, que tareas podría hacer el actor con relación a su incapacidad y finalmente solicita al perito que especifique el alcance sobre la evolución desfavorable.

A fs. 178/178 vta. el perito ratifica en todos sus términos la pericia presentada.

Asimismo responde que: "En el momento del examen pericial la movilidad de la rodilla es completa flexión 150°, extensión 0°. El dolor en la planta de los pies no tiene relación con la rodilla". Reitera que el actor presenta una incapacidad permanente y definitiva para sus tareas como profesor de educación física, pero dentro de la educación puede desarrollar otras tareas docentes y/o directivas. Por último responde que "La evolución fue desfavorable porque aparecieron nuevas artropatías y se agravaron los cuadros, aumentando el porcentaje de incapacidad. El cuadro en sí mismo y la migración de los signos y síntomas es poco común y desconcertante pero no alcanza el 66% que requiere la ley".

Posteriormente, a fs. 182/184 la parte actora impugna la pericia, solicita se decrete la nulidad y se requiera la elaboración de una nueva pericia.

El actor sostiene que el informe pericial presenta graves omisiones y errores conceptuales que lo tornan inhábil para cumplir con su misión: evacuar adecuadamente el requerimiento técnico de las partes y asesorar científica, objetiva e imparcialmente al tribunal.

Señala una notoria discordancia entre los hallazgos psicofísicos del examen pericial y las conclusiones a las que arribara el perito médico. Asimismo, dice que el informe evidencia una infravaloración respecto del grado de incapacidad psicofísico del actor, a partir de una errónea ponderación de los elementos de juicio médico presentes y de la utilización de criterios de tarifación impropios.

A fs. 188/188 vta. el perito responde la impugnación. Manifiesta que advierte que se configura una mera disconformidad con el informe médico pericial confeccionado en autos, sin contar con el aval de un especialista médico que realmente lo asesore técnicamente. Afirma que el cuestionamiento de la pericia resulta un pedido de aclaraciones y no una indicación de cómo, cuál o

cuáles deberían ser los aspectos médicos científicos que quitan eficacia a la pericia presentada.

Reitera respecto de la readecuación de tareas que el actor puede desempeñar otras tareas docentes y/o directivas.

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 el pedido de explicaciones y la impugnación realizadas por la parte actora a la pericia médica, la respuesta brindada por el experto, quien reafirma las conclusiones a las que arriba en la pericia y reitera que la actora no alcanza el porcentaje de incapacidad del 66% requerido por la Ley para jubilarse no se alejan del análisis de la situación psicofísica realizado en sede administrativa mediante las llamadas “Juntas Médicas", más allá de los diferentes porcentajes, ninguno de los informes médicos otorga el porcentaje de incapacidad establecido en la ley para acceder al beneficio solicitado.

Atento la dinámica de los diferentes estados de salud, la evolución que estos pueden sufrir y así variar el grado de incapacidad, no puede afectar principio alguno. Más aún cuando la evolución de la capacidad podría revertir incluso un beneficio ya otorgado, frente al carácter provisional del mismo (cfr. art. 42° Ley 611).

Por otro lado no se advierte arbitrariedad en la elaboración de los informes de las distintas juntas médicas (adjuntas –en copia certificada- a fs. 54, 61/66 del expediente administrativo N° 4469-096065/5 y fs. 85/90 y 112 de las presentes actuaciones).

Así, el dictamen médico reúne 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), lo que posteriormente ratifica al contestar el pedido de explicaciones y la impugnación.

De modo 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 parte actora, no logran conmover las conclusiones a las que arriba el perito médico.

Así, tanto la documental adjunta como la instrumental producida resultan insuficientes para acreditar la incapacidad invocada por el actor, lo que impide acoger la demanda.

Coadyuva a ello, la circunstancia invocada por la demandada y resaltada al contestar el pedido de explicaciones -a fs. 178-, en tanto que “dentro de la educación puede desarrollar otras tareas docentes y/o directivas” situación que se refleja en los informes del Consejo Provincial de Educación de fs. 142/143 que afirman sobre el cambio de funciones del actor que “A partir del cambio de funciones realizó distintas tareas según las necesidades que la escuela así lo requería (Admistrativas en la biblioteca y llevar y traer documentación del Distrito VIII). Su desempeño ha sido excelente, ya que nuestra institución es grande y solo cuenta con una secretaria). Se destaca en él la buena predisposición y responsabilidad, a pesar de las licencias que solicitó para estar al cuidado de su esposa”. Lo transcripto en el informe surge también de las testimoniales de fs. 195/199vta. Respecto de las licencias, se observa que las mismas se registran hasta el 05/09/2013 (ver fs. 143).

En síntesis: la prueba rendida en autos no es suficiente para acreditar la incapacidad del actor 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. y C., de aplicación supletoria en la materia).MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda incoada por el señor oscar amarillo contra el INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN. 2°) Imponer las costas a la parte actora perdidosa (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 de la Ley 1.305). 3°) Regular los honorarios profesionales al Dr. ..., apoderado de la actora, la suma de $2.205,00 y al Dr. ..., patrocinante de la actora, la suma de $5.530,00; y por la demandada, al Dr. ..., en el doble carácter, la suma de $7.065,00 y a la Dra. ..., patrocinante, la suma de $3.925,00; al Perito Médico Dr. ..., la suma de $4.500,00 (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. BERMUDEZ - Secretaria

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

"AGÜERO ANITA DEL VALLE Y OTROS C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 1647/2006) – Acuerdo: 05/17 – Fecha: 02/02/2017

SEGURIDAD SOCIAL: Jubilaciones y pensiones.

JUBILACION. EMPLEO PÚBLICO. HABER JUBILATORIO. DOCENTES. REAJUSTE DEL HABER JUBILATORIO. INCENTIVO DOCENTE. INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL. DETERMINACION DEL HABER JUBILATORIO. MOVILIDAD DEL HABER JUBILATORIO.

Nota: la sentencia convalida la doctrina judicial que el propio Tribunal Superior de Justicia adoptó en los precedentes "VEGA" (Acuerdo 1549/08) y "ALUSTIZA" (Acuerdo 01/15) en donde tuvo en cuenta el rubro incentivo docente para el cálculo del haber previsional.

Texto completo:

ACUERDO N° 5. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, 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: “AGÜERO, ANITA DEL VALLE Y OTROS C/INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 1647/06, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: I.- A fs. 86/87 vta. se presentan las Sras. Anita del Valle Agüero, Máxima Olga Alaniz, Delia Argentina Alvarez, Clara Ramona Cabrera, Emiliana Babot, María Susana Baldoncini, Elsa Mabel Cipolla, María Beatriz Chichiarini, Elsa Petrona Gallardo, Norma Susana Galli, Mercedes Gonzalez, Alicia Emma Isola, Lidia Cristina Lacava, Paulina Santos, Norma Beatriz Ramirez, María Graciela Uranga y Graciela Inés Visciglio mediante apoderada, e interponen acción procesal administrativa contra el I.S.S.N. Solicitan la reliquidación del haberjubilatorio inicial, incorporándose el monto que corresponde al rubro incentivo docente y se abonen las sumas percibidas en menos hasta el límite prescripto, con más sus intereses legales y costas.
Reproducen los argumentos expuestos en los reclamos administrativos presentados ante el Instituto de Seguridad Social de Neuquén y ante el Gobernador de la Provincia.
Mencionan que el art. 13 de la Ley 25.053, estableció el pago de una asignación especial de carácter remunerativo por cargo que se liquidará en forma mensual a los agentes que cumplan, efectivamente la función docente.
Afirman que corresponde incorporar a sus haberes la asignación porque cumplían la función docente e incluso percibieron dicha asignación en actividad y hasta el momento de obtener su jubilación.
Citan jurisprudencia de este Cuerpo en punto a la prevalencia de la garantía constitucional y la obligación de incorporar al haber jubilatorio, toda asignación que perciban los agentes en actividad.
Destacan que el 80% del incentivo docente fue reconocido por el organismo demandado en reclamos de igual tenor efectuados por otros jubilados (mencionan la Disposición N° 305/05 de fecha 28/02/2005).

Luego, señalan que no obtuvieron respuesta del Instituto, ni tampoco al recurrir en grado de apelación ante el Gobernador de la Provincia.

Reiteran en el acápite "encuadre jurídico" que cuando se encontraban en actividad percibían la asignación remunerativa creada por Ley 25053, sin embargo el Instituto de Seguridad Social al determinar el haber omitió contabilizar el importe y consideran que ello hace procedente el reclamo, debiendo ordenarse la subsanación del error inicial, incorporando al haber jubilatorio el importe correspondiente al 80% de la asignación remunerativa "incentivo docente" y abonar la diferencia recibida en menos con retroactividad al límite prescriptivo –dos años anteriores al reclamo administrativo ante la demandada-, más intereses y costas.

Invocan la doctrina de los actos propios.

Fundan el derecho, ofrecen prueba y formulan su petitorio.

II.- A fs. 97/106 vta. la parte actora denuncia hecho nuevo y acompaña documental –Decretos-.

Manifiesta que se han dictado los Decretos del Poder Ejecutivo N° 214, 215 y 259, que rechazan los recursos de apelación planteados por: Alicia Emma Isola, Máxima Olga Alaniz y Graciela Inés Visciglio.

A fs. 119/141 vta. amplía demanda y acompaña Decretos del Poder Ejecutivo que denegaron el reclamo administrativo a las Sras. Ana del Valle Agüero, Clara Ramona Cabrera, Delia Argentina Alvarez, Emiliana Babot, María Beatriz Chiachiarini, María Susana Baldocini, Norma Beatriz Ramirez, Mercedes Gonzalez y Paulina Santos. Insiste en el "carácter remunerativo" de la asignación incentivo docente.

Nuevamente, a fs. 145/151 vta. amplía la demanda y acompaña los Decretos del Poder Ejecutivo que rechazaron los reclamos administrativos correspondientes a las Sras. María Graciela Uranga y Lidia Cristina Lacava.

III.- A fs. 155/155vta., mediante la R.I. 5.389/06 se declaró la admisión del proceso y, a fs. 160, la parte actora optó por el procedimiento ordinario.

IV.- Ordenado el traslado de la demanda y cumplidas las notificaciones pertinentes, a fs. 164 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 211/224, se presenta el organismo demandado.

Reconoce expresamente la condición de jubiladas de las actoras pero niega que no perciban un haber jubilatorio conforme lo normado en el art. 54 inc. c) de la Constitución Provincial (actual 38 inc. c)); agrega que éste es inclusive superior al 80% de lo que perciben quienes se desempeñan en el cargo que dejaron vacantes los accionantes.

Niega, asimismo, que tengan derecho a percibir el porcentaje correspondiente a la asignación que perciben, desde el año 1999, los docentes en actividad (Ley 25053) atento a que la misma no reviste el carácter de habitual y regular (art. 15 de la Ley 611).

Expone que la determinación del haber jubilatorio y la posterior movilidad del mismo, se realizó conforme los artículos 56 y 60 de la Ley 611.

Con respecto a los reajustes señala que en numerosas oportunidades aumentos de sueldo de los activos que se desempeñaban en el Poder Legislativo y/o Judicial produjeron aumento de los haberes previsionales (incluidos los accionantes) como también cuando el Poder Ejecutivo incorporó el 20% de zona desfavorable sus haberes se incrementaron un 20,21% (Resolución N° 067/03).

Asimismo, indica la suma a la que asciende el haber actual de cada una de las actoras y sostiene que dichas sumas se ajustan a lo dispuesto por la Constitución Provincial y la Ley 611.

Por último, niega que corresponda incluir la asignación denominada incentivo docente.

En relación a la movilidad (art. 60 de la Ley 611) indica que los haberes de los actores tuvieron incrementos como consecuencia de las variaciones en el nivel general de las remuneraciones (Res. 314/96; 537/99; 060/99; 067/03; 311/04; 353/04; 211/05; 03/2006 y 174/06).

Insiste en que la movilidad se aplicó correctamente, no se apartó del marco constitucional establecido en el art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial y actualmente el haber jubilatorio de los actores supera incluso el 80% de lo que perciben quienes se encuentran en actividad en el mismo cargo que ocupaban al momento de acceder al beneficio.

En punto al incentivo docente, dice que por imperio de las normas que regulan el tópico y, considerando que los actores perciben un haber que supera el piso constitucional, yerra al pretender percibir el 80% de la asignación; más cuando sobre ella no se realiza al docente descuento alguno y las sumas para pagarlo, son giradas desde el Gobierno Nacional.

Especifica que el art. 7 del Anexo de la Resolución 102/99, del Consejo Federal de Cultura y Educación de la Nación, dispone que el incentivo docente no sufrirá retenciones por aportes jubilatorios ni obras sociales; agrega que el Decreto del Poder Ejecutivo Nacional 1125/99 sustituyó la reglamentación del art. 13 de la Ley 25053, estableciendo que esa asignación especial, por tratarse de un incentivo no incorporado definitivamente al salario y a percibir sólo durante los 5 años de vigencia de la Ley, será no

bonificable por ningún concepto, estando sujeto únicamente a los aportes y contribuciones con destino a la obra social y cuota sindical.

Concluye que el incentivo docente no reúne los requisitos legales para ser incorporado al haber jubilatorio de la actora (art. 15 de la Ley 611) y que, aunque así fuera, su haber jubilatorio supera ampliamente los parámetros constitucionales.

Por último cita jurisprudencia de este Cuerpo, ofrece prueba, hace reserva del caso federal, solicita eximición de copias y formula su petitorio, solicitando el rechazo de la demanda, con costas.

VI.- A fs. 240 se abrió la causa a prueba. A fs. 491 se clausuró dicho período.

A fs. 500/502 se agregó el alegato de la actora y a fs. 504/505 vta. el correspondiente al ente previsional demandado.

VII.- A fs. 507/511vta., dictamina el Sr. Fiscal General, quien propicia que la demanda proceda por los períodos no prescriptos en que los actores hayan percibido menos del 80% del sueldo activo de referencia (en el caso de González adecuándose ese porcentual a su beneficio de pensión).

VIII.- A fs. 512 se dispone el llamado de autos el que, encontrándose firme y consentido, coloca a las presentes actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

IX.- Cabe señalar que la cuestión que debe ser decidida, guarda similitud –en lo sustancial- con lo fallado en autos “Vega Ignacia” (Acuerdo 1549/08) doctrina que fuera seguida por esta sala en numerosos antecedentes (“Rodríguez, Alicia” - Acuerdo 22/11 y “Alustiza, Stella” - Acuerdo 1/15, entre otros).

Siguiendo la línea argumental de los precedentes supra referenciados, resulta determinante para la decisión el examen de la cuestión constitucional involucrada, esto es, el respeto de la garantía del art. 38 inc. c) de la Constitución Provincial.

Y, dado que el tópico ha sido suficientemente tratado, reproduciré en este voto los fundamentos expresados en autos “Alustiza Stella” (Ac. 1/15 del registro de ésta Secretaría –voto del Dr. Massei- al que adherí).

X.- Allí se sostuvo (conforme la doctrina de los Acuerdos 1510/08, 1549/08 y 61/13) que existía una confusión en la concepción del derecho constitucional a obtener una jubilación móvil, no menor del “80% de lo que percibe el trabajador en actividad” pues, “la cuestión converge en un núcleo central, cual es, la interpretación, que a partir de la directiva contenida en el artículo 38 inc.

c) de la Cimera Legislación local, corresponde efectuar de la legislación previsional vigente, encontrando su eje en la debida proporcionalidad y movilidad jubilatoria.

En este sentido, corresponde recordar, que el sistema previsional neuquino, al igual que el nacional, se apoya en la necesaria proporcionalidad que debe existir entre el haber de pasividad y el de actividad, atendiendo a la naturaleza sustitutiva que debe reconocérsele a la prestación.

Cuando se otorga un beneficio, su monto originario responde al propósito de asegurar un ingreso vitalicio que deriva del status del beneficiario, siendo ese ingreso, una proyección que sustituye a la remuneración que el agente percibía cuando estaba en actividad; debe por tanto, el monto originario guardar una cierta proporción con esa remuneración; la movilidad debe arrojar un haber que resulte razonablemente proporcional al que percibía el jubilado si siguiera en servicio activo (Conf. Bidart Campos, “Principios Constitucionales en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en el artículo 14 bis” T y SS 1981, p. 543), resultando tal directiva, un correlato de la garantía de la retribución justa brindada al trabajador en actividad de la que el salario mínimo vital y móvil, constituye un piso o sea el exponente de menor significación económica, trasladándose el principio al régimen previsional, mediante el mandato de movilidad que asegura que sus beneficiarios mantengan un nivel de vida similar al que les proporcionaba a los trabajadores y a su núcleo familiar las remuneraciones percibidas en la actividad, postulado que puede definirse como el haber justo (cfr. Brito Peret, “Normas, principios y garantías constitucionales atinentes a la Previsión Social” DT 1993-A-164).

Es indiscutible que en el ámbito provincial, rige un imperativo constitucional, cual es, que mediante la sanción de leyes especiales se asignará a todo trabajador en forma permanente y definitiva...“ art. 38… inc. c) jubilaciones y pensiones móviles que no serán menores del 80% de lo que perciba el trabajador en actividad. El precepto es claro, y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% en relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

Dentro de estos límites, podría adoptar distintas soluciones legislativas, siempre que se presentaran como derivaciones racionales de sus directivas.

Si como dijera, la movilidad como aspecto dinámico de la proporcionalidad, importa asegurar -conforme al texto constitucional- que, tanto jurídica como técnicamente, el haber tiene que guardar cierta necesaria proporcionalidad con lo que percibiría de haber

seguido en actividad, la pretensión del accionante carece de sustento en tanto no se ha acreditado que en la determinación del haber inicial no se respetó el 80% de lo que percibe el docente en actividad, siendo improcedente la pretensión de que éste porcentaje se refiera a un rubro en particular.

Desde estas consideraciones, el planteo sólo podría tener andamiaje favorable si se encontrara violentado el umbral protectorio previsto en el art. 38, inc. c) de la Constitución Provincial…".

XI.- De tal forma, se deduce que no se trata de percibir el 80% de una asignación en especial (aun cuando la perciban los docentes en actividad) sino del 80% entre el monto del beneficio previsional que percibe el agente pasivo y el que corresponde a la asignación del cargo de que era titular al extinguirse o cesar la relación de empleo.

Entonces, el reclamo de autos sólo procede si las actoras acreditan que el umbral protectorio que otorga la Constitución Provincial se encuentra vulnerado.

XI.1.- Por ello, en función de la doctrina reseñada corresponde analizar la prueba producida en autos, principalmente la pericial contable.

En la pericia contable (adjunta a fs. 302/341), la perito contadora explica la forma en que se efectuaron los cálculos para contestar los puntos de pericia de ambas partes, datos que vuelca en las planillas que adjunta (véase fs. 302/337). Asimismo detalla que adjunta "17 Anexos con el detalle de cada caso correspondiente a cada actor de esta causa. El Anexo XVIII es un cuadro resumen … Para cada actor de esta causa debí confirmar con cada institución los datos que intervienen, las diferencias en la aplicación de los decretos en el periodo que aquí se informa: 2002-2008, unificando lo que las dos instituciones han recalculado para cada categoría … De ese procedimiento complejo y especial para cada caso, surgen los anexos que adjunto a este informe…". Asimismo aclara que detalla en cada anexo una "diferencia no cobrada" cuando el 80% de los sueldos activos recalculados para las categorías que corresponda es inferior al que liquidó y pago el ISSN (haberes previsionales: bruto antes de aportes), … "diferencia cobrada + 80%" cuando el haber recalculado en esta pericia es menor al cobrado por el docente por liquidación del ISSN". Finalmente surge un "tercer concepto, en cada Anexo adjunto: total diferencias … representa la suma que el docente no ha cobrado del ISSN y reclama en esta causa…. Si el porcentaje lineal promedio es superior al 80% indica que el ISSN ha pagado haberes jubilatorios en ese periodo expuesto superiores …". "Todos estos cálculos también fueron realizados con igual procedimiento aunque sobre sueldos testigo "sin" incentivo docente".

Así, en el Anexo XVIII calcula "diferencias límite prescriptivo a dic/2008" … diferencias generadas a partir del límite prescriptivo de dos años anteriores a la fecha en que cada docente hizo su reclamo ante el ISSN, … según incluya o no incentivo docente…".

A fs. 346 el organismo previsional demandado impugna la pericia basándose en el informe suscripto por el Subdirector de Pago y Control del ISSN (fs. 344/345).

Sin embargo, destaca que "son correctas las bases de cálculo y los procedimientos empleados para la obtención de los sueldos testigos correspondientes a cada actor en cada periodo". Puntualmente observa los casos de: Cipolla, Chichiarini y Lacava.

En función de lo señalado, la perito contadora responde la impugnación (a fs. 352/357) y ratifica la pericia presentada, explica detalladamente la forma en que procedió con cada caso impugnado.

No obstante, respecto de la pericia y la respuesta sobre la impugnación planteada la parte actora guardó silencio.

Por otro lado, el ISSN -respecto de la respuesta a las impugnaciones- también guardó silencio. Asimismo, se limitó en el alegato a señalar la evolución de la liquidación de los haberes de los actores adjunta a fs. 448/486 (sin hacer referencia a la evolución de los haberes de los activos –situación que se refleja en la pericia-).

De modo que, al analizar las planillas que se adjuntan como anexos de la pericia (a fs. 302/337), más el escrito mediante el cual la perito responde las impugnaciones planteadas por la demandada (no objetadas por las partes, véase fs. 352/357), surge que el total de las actoras recibió durante el período reclamado (es decir dentro del plazo de prescripción) sumas inferiores al 80% de lo que percibían los docentes en actividad en los cargos que dejaron vacantes al momento de jubilarse. Y en el caso de la Sra. Mercedes Gonzalez, el porcentaje correspondiente al haber de pensión derivado del fallecimiento del Sr. Horacio Santos (cfr. art. 59° de la Ley 611).

No obstante, dicha situación no significa que el docente jubilado tenga derecho al 80% de la asignación denominada "incentivo docente", porque no existe una suerte de "compensación" entre diferencias sino que la proporción del 80% (o 75% en caso de pensiones) se debe mantener en todos los períodos (atento el carácter sustitutivo del beneficio).

Por ello, lo relevante aquí son los resultados que muestran las planillas adjuntas a fs. 302/337, debiéndose utilizar el cálculo que incluye el adicional incentivo docente, pues permite visualizar en qué meses las actoras no han percibido su haber previsional de acuerdo al umbral protectorio que marca la Constitución Provincial en relación al activo.

XII.- Ahora bien, los períodos prescriptos varían en función de las distintas actoras -en función de las diferencias de haberes que

surgen de la pericia y demás prueba recabada-, considerando la fecha en que cada una de ellas interpuso el reclamo ante el ISSN. De suerte tal que, el reajuste de los haberes procederá, respecto de la Sra. Anita del Valle Agüero desde el 11/04/2003, Máxima Olga Alaniz desde el 28/06/2003, Delia Argentina Alvarez desde el 12/04/2003, Clara Ramona Cabrera desde el 12/04/2003, Emiliana Babot desde el 12/04/2003, María Susana Baldoncini desde 11/04/2003, Elsa Mabel Cipolla desde el 11/02/2003, María Beatriz Chichiarini desde el 19/04/2003, Elsa Petrona Gallardo desde el 17/12/2002, Norma Susana Galli desde el 13/05/2003, Mercedes Gonzalez desde 9/05/2003, Alicia Emma Isola desde el 9/05/2003, Lidia Cristina Lacava desde 25/04/2003, Paulina Santos desde el 13/05/2003, Norma Beatriz Ramirez desde el 12/04/2003, María Graciela Uranga desde el 12/04/2003 y Graciela Inés Visciglio desde 12/04/2003.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo que se haga lugar al reclamo y se ordene a la demandada que reliquide y pague las diferencias existentes en los meses detallados supra –periodo no prescripto conforme art. 92° de la Ley 611-. Las sumas adeudadas devengarán intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual de dicha entidad bancaria, determinándose en la etapa de ejecución de sentencia.

Las costas, no existiendo motivos que justifiquen apartarse del principio general contenido en el art. 68 del CPC y C, deben ser soportadas por la demandada perdidosa. ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: tal como fue señalado por el Dr. KOHON al inicio de su voto toda vez que he suscripto el acuerdo referenciado (AC. 1/2015 “Alustiza”), comparto en esta ocasión el análisis y solución al caso, 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) HACER LUGAR a la demanda deducida por las Sras. Anita del Valle Agüero, Máxima Olga Alaniz, Delia Argentina Alvarez,

Clara Ramona Cabrera, Emiliana Babot, María Susana Baldoncini, Elsa Mabel Cipolla, María Beatriz Chichiarini, Elsa Petrona Gallardo, Norma Susana Galli, Mercedes Gonzalez, Alicia Emma Isola, Lidia Cristina Lacava, Paulina Santos, Norma Beatriz Ramirez, María Graciela Uranga y Graciela Inés Visciglio contra el I.S.S.N. En consecuencia, en la etapa de ejecución de sentencia, se deberá reliquidar y pagar los haberes previsionales de los accionantes, en los meses detallados en los considerandos XI y XII, con más los intereses que se calcularán, desde que cada suma es debida y hasta el 1/1/2008 a la tasa promedio entre activa y pasiva del Banco de la Provincia del Neuquén; desde dicha fecha y hasta el efectivo pago, se calcularán a la tasa activa mensual dicha entidad bancaria; 2º) Imponer a la demandada las costas causadas (art. 68 del CPC y C); 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 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

"TAPIA MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3531/2011) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 04/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

HOSPITAL PROVINCIAL. JEFATURA DE SERVICIO DE SALUD MENTAL. LLAMADO A CONCURSO. PROCEDIMIENTO DE SELECCION. REQUISITOS GENERALES Y PARTICULARES. FACULTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACION. CONTROL JUDICIAL DE RAZONABILIDAD.

Debe rechazarse la acción en donde el actor solicita que se decrete la nulidad del procedimiento de selección llevado a cabo en los términos de la Disposición Interna N° 144/10 de la Dirección General del Hospital Provincial Neuquén para cubrir la función de Jefatura del Servicio de Salud Mental, y también que se lo indemnice por los daños y perjuicios ocasionados por dicho actuar –que denuncia- desigualitario y discriminatorio, toda vez que en oportunidad de fijar las bases para el concurso se ha ponderado la necesidad de que quien participe del mismo no haya estado alejado de la actividad por más de 6 meses en los dos últimos años. Si se tiene en cuenta que se trataba de un cargo de Jefe de Sector de Enfermería con las responsabilidades establecidas en el Anexo I, no aparece como irrazonable o arbitraria la exigencia establecida en la Disposición atacada. La Administración tiene facultades para establecer el perfil adecuado para el cargo que se concursa, sin que se advierta en el presente arbitrariedad que justifique la intromisión del poder jurisdiccional en la esfera de acción propia de la accionada. En consecuencia, no existiendo obrar ilegítimo de la administración no corresponde abordar el reclamo introducido en concepto de daños y perjuicios.

Texto completo:

ACUERDO N° 4. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “TAPIA MIGUEL ANGEL C/ PROVINCIA DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 3531/11, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: I.- Que a fs. 41/59 se presenta MIGUEL ANGEL TAPIA, por derecho propio y con patrocinio letrado e inicia demanda contra la Provincia de Neuquén. Solicita se decrete la nulidad del procedimiento de selección llevado a cabo en los términos de la Disposición Interna N° 144/10 de la Dirección General del Hospital Provincial Neuquén para cubrir la función de Jefatura del Servicio de Salud Mental, y se lo indemnice por los daños y perjuicios ocasionados por dicho actuar desigualitario y discriminatorio.

Relata que ingresó a trabajar para el Hospital Provincial Neuquén “Dr. Eduardo Castro Rendón” en el mes de mayo del año 1977, percibiendo en tiempo y forma los salarios devengados por el cumplimiento de las tareas a su cargo. Agrega que como consecuencia de su idoneidad técnica y capacidad laboral, que fuera distinguida por las distintas gestiones, las tareas y responsabilidades bajo su órbita se vieron incrementadas notablemente respondiendo siempre de forma eficaz ante los nuevos roles que le fueron asignados.

Dice que, como surge del certificado que adjunta, se desempeñó como JEFE DE UNIDAD DE SALUD MENTAL, dependiente del Departamento de Enfermería durante el período comprendido entre Octubre de 2002 y Diciembre de 2005, y que en el lapso que ejerció las funciones propias de tal cargo numerosos informes de excelente desempeño profesional y evaluaciones positivas fueron confeccionadas por sus superiores jerárquicos, contando con un amplio consenso entre el personal que tenía a cargo tanto por los mecanismos de trabajo implementados como por la cordialidad profesional de su trato.

Agrega que prueba de lo señalado es la nota elevada en fecha 30/04/09 por el Psicólogo Jorge Omar Carri, jefe del Servicio de Salud Mental.

Refiere que en el año 2006 y a solicitud de la Unión del Personal Civil de la Nación (UPCN) fue designado por Resolución N° 663/06 EN la “Comisión Técnica Asesora de Paritarias”, con “goce de haberes”.

Agrega que como consecuencia de ello se avocó a cumplir las nuevas funciones, situación de revista que se prolongó durante el resto del año 2006, la totalidad de los períodos 2007 y 2008, y parte de 2009.

Dice que a pesar de dicho rol nunca se alejó completamente de su puesto en el Hospital Provincial Neuquén; por el contrario, dada la índole y la naturaleza de la función encomendada, siempre estuvo al tanto de lo que acontecía no sólo en el sector de Salud Mental para el cual prestaba anteriormente servicios, sino también en los otros sectores del establecimiento por cuanto parte de su jornada habitual transcurría en las instalaciones del Hospital Castro Rendón, dedicando a dicho efecto numerosa cantidad de horas

que excedían acabadamente la carga horaria correspondiente.

Agrega que se erigió rápidamente en la persona de confianza a la que los agentes del sanatorio en cuestión se acercaban asiduamente para mantenerlo actualizado de la evolución de determinadas situaciones y conflictos así como también de las dificultades laborales inherentes a cada sector, lo que permitió que se interiorizara aún más de las diversas realidades y padecimientos experimentados por el personal del Hospital.

Dice que paralelamente a su actividad paritaria continuó su actualización académica, concluyendo diversos cursos de grado entre los que se destaca el organizado por la Dirección General de Capacitación y Formación del Ministerio de Gobierno, Educación y Justicia de la Provincia de Neuquén denominado "FORMACIÓN DE FORMADORES", dictado durante los meses comprendidos entre Mayo y Septiembre del año 2007.

Manifiesta que en el año 2009, nunca alejado definitivamente de la actividad profesional, decide retornar al establecimiento hospitalario en que prestaba servicios profesionales previo a su selección como "paritario", lo que fue puesto verbalmente en conocimiento tanto de los agentes que se desempeñan en el sector del Servicio de Salud Mental como de los superiores jerárquicos a cargo de dicha división.

Agrega que tal comunicación constituyó el motivo por el cual el jefe del Servicio de Salud Mental, Psicólogo Jorge Omar Carri, elevara el 30/04/09 epístola al Dr. Adrian Lammel, Director del Hospital Provincial, solicitándole anticipadamente que de materializarse su retorno se procediera a gestionar ante la Subsecretaría de Salud su reintegro en condición de Jefe o de Supervisor del área en cuestión.

Relata que el 06/05/09 notifica su retorno al desempeño de funciones laborales por medio de nota de estilo presentada a la Jefa del Departamento de Recursos Humanos, dándose su reincorporación definitiva bajo el cargo de Licenciado en Enfermería del Servicio de Salud Mental.

Dice que en el mes de Junio del año 2009 se notificó a los Licenciados en Enfermería y a los Enfermeros del Hospital Provincial Neuquén que se abriría concurso de oposición interno para aquellos agentes que quisieran concursar por diversos cargos de JEFE DE SECTOR, entre los que se encontraba la Jefatura del Servicio de Salud Mental, puesto que desde antaño ha constituido un viejo anhelo, motivado tanto por vocación y deseo personal como por la formación profesional producto de años de experiencia y continua capacitación.

Destaca que tenía grandes expectativas en la obtención del cargo de Jefatura del Servicio de Salud Mental por lo que procedió a compilar los antecedentes, presentando todo ante el Departamento de Recursos Humanos del Hospital Provincial, resaltando que la inscripción se demoró, y la fecha de entrega de la documentación se fijó entre los días 2 y 13 de agosto de 2010.

Dice que los antecedentes y la documentación presentados conjuntamente con el formulario de SOLICITUD DE INSCRIPCION no recibieron cuestionamiento por parte del Tribunal de Tachas integrado a efectos de evaluar los antecedentes de los aspirantes; y contrariamente, el hecho de haber revestido anteriormente funciones de "paritario" constituyó para el Tribunal un obstáculo que lo imposibilitaba de participar del procedimiento de oposición de antecedentes.

Agrega que ante tal impedimento, carente de cualquier sustento de índole normativo, procedió a cuestionar los fundamentos esgrimidos en la resolución de inhabilitación decretada mediante presentación de fecha 19/08/10, pero el Jurado coincidió con la decisión adoptada por el Tribunal de Tachas convalidando la veda establecida sobre su persona para formar parte del concurso de antecedentes.

Adjunta copia del dictamen jurídico utilizado como principal argumento para ratificar la decisión de inhabilitación.

Dice que se vio en la necesidad de proceder a entablar numerosos reclamos verbales en aras de evitar lo injusto, producto de una clara y evidente desigualdad de trato, que se cristalizara en los hechos y le produjera irreparables daños de índole moral, espiritual y patrimonial.

Agrega que el procedimiento de selección continuó con la presentación de los trabajos de investigación confeccionados por los postulantes y su posterior defensa ante el Jurado, lo que concluyó con la designación de un colega en el cargo.

Dice que la sola imposibilidad de tener cuanto menos la chance de concursar constituye una circunstancia con entidad suficiente como para producir graves y severas alteraciones en la forma de estar y sentir de una persona que, habiendo invertido todas sus expectativas en la posibilidad de acceder a una función para la que tanto se perfeccionó durante toda su vida profesional, se ve impedido de hacerlo por una resolución que no se condice con los principios normativos vigentes.

Refiere que las consecuencias del accionar ilegal de las autoridades que llevaron adelante el concurso se propagaron hasta el punto de arribar a discusiones familiares y malestar general, lo cual derivó en la necesidad de recurrir a terapia familiar; siendo además objeto de sucesivos cuestionamientos de las personas que estaban a su cargo.

Agrega que lo expuesto acarreó un alto grado de presión que lo dejó al borde del estrés, manifestando síntomas tales como

mareos, dolores estomacales, cólicos, dolores de cabeza, etc., de los que los compañeros fueron testigos.

Acompaña certificado de su médico psiquiatra tratante, la Dra. Graciela Stutman.

Dice que, paralelamente a lo referido, corresponde poner en conocimiento algunos hechos que llaman la atención: el cargo "provisorio" de Jefatura de Salud Mental era ostentado con anterioridad al llamado a concurso por que la que a la postre terminó siendo "adjudicataria" del mismo: Lic. Celia Carmen Silva, quien ingresara a trabajar en la época en la que era él Jefe de Enfermería, no teniendo más experiencia previa que la confección de "exámenes de ingreso" de soldados del Ejército Argentino. Agrega que él ha sido quien la ha entrenado y capacitado en las tareas que hoy desempeña, por lo cual difícilmente pueda tener mayores conocimientos y experiencia.

Dice que a fin de que la licenciada pudiera concursar se emitió en fecha 09/08/10 la Disposición Interna N° 150/10 por la cual se dispuso la modificación de las Bases Concursales: rectificación del artículo 2° de la Disposición Interna 144/10 reduciendo los requerimientos de antigüedad en la profesión a dos años de recibido con matrícula otorgada por la Subsecretaría de Salud.

Refiere que en la Disposición se vislumbra la intención de beneficiar a la enunciada, mientras que en su caso y pese a haberlo requerido, nunca se modificó el impedimento concursal previsto relativo a que "no podrán presentarse a concurso los agentes que hayan estado en los 2 últimos años con artículos prolongados por más de 6 meses y que lo hayan alejado de la actividad". Remarca que tiene una antigüedad acreditada de más de 35 años de servicio en el Hospital Provincial Castro Rendón y que durante el tiempo que estuvo como "paritario" con goce de haberes nunca se alejó de las problemáticas del establecimiento y del día a día de los trabajadores de la salud que allí se desempeñan.

Considera que la reducción de requerimientos para concursar establecida en la Disposición Interna N° 150/10 resulta técnicamente incorrecta, por cuanto, el proceder habitual para dicho tipo de casos es llevar a cabo el concurso y que, en razón de la falta de aspirantes, quede desierto; recién en dicha instancia se debió proceder a la reducción obrante en la Disposición Interna mencionada.

Requiere se dé una inmediata solución a su situación de revista.

Solicita se repare la pérdida de chance y los padecimientos psíquico-morales que todavía persisten.

Funda en derecho y estima los daños en la suma de $40.000 (pérdida de chance) y 30.000 (daño moral).

Ofrece prueba.

II.- A fs. 64, mediante RI 188/12 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 66) y corrido traslado de la demanda, a fs. 75/82 contesta la Provincia de Neuquén, mediante apoderados, con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado.

Luego de realizar las negativas de rigor y un repaso de lo reclamado, afirma que en el expediente administrativo se observa una nota de fecha 6 de septiembre de 2010 del jefe del Departamento de Asesoramiento Jurídico del Hospital Provincial Neuquén, que dice: "… Las condiciones enunciadas en las bases de los concursos son facultades de la administración, en el caso del hospital, que tiene la facultad de establecer los requisitos exigidos para acceder al concurso de antecedentes".

Dice que ante dicha discrecionalidad carece de sustento la queja que alegó el Sr. Tapia, debiendo estarse a lo establecido en las condiciones enunciadas y eventualmente a lo que resuelva el jurado, que es la autoridad natural para resolver este tipo de planteos.

Realiza un relato de lo acontecido en el expediente administrativo y agrega que el reclamo interpuesto por el actor fue rechazado por medio del Decreto N° 1570/11 (cuya anulación no se solicitó), que luego de analizar los antecedentes y el contenido del reclamo, expresó que la administración puede apreciar la oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse, al no existir una norma jurídica que predetermine en forma concreta la conducta que se debe realizar.

Refiere que en este caso, la Dirección General del Hospital Provincia de Neuquén, en ejercicio de dicha potestad discrecional, emitió la Disposición Interna N° 144/10 que establece en el artículo 2° lo siguiente: "No podrán presentarse a concurso los agentes que hayan estado en los dos últimos años con artículos prolongados por más de 6 meses y que lo haya alejado de la actividad …".

Dice que en concordancia con ello el artículo 7 de la Disposición N° 144/10 indicó que los postulantes debían presentar, entre otras, la siguiente documentación: Planilla de asistencia de los dos últimos años; por lo que el Tribunal de Tachas, luego de verificar si se cumplían los requisitos generales y particulares establecidos en las bases del concurso, inhabilito al Sr. Tapia para concursar, debido a que, en los últimos dos años había estado alejado de la actividad por más de seis meses, no pudiendo acreditar una efectiva asistencia durante aquel período, como era requerido a todos los postulantes en las bases del concurso.

Agrega que la decisión fue ratificada por los integrantes del Jurado.

Señala que el Decreto que agotó la vía expresó que no se advertía que se hubiese procedido al margen de la legalidad o incumplido preceptos constitucionales, es decir que, tanto el Tribunal de Tachas como el Jurado designado en el concurso

actuaron dentro de sus atribuciones al evaluar y ponderar los antecedentes de los concursantes, de acuerdo al perfil exigido en la convocatoria.

Refiere que no fue la condición de "paritario" la razón por la cual se inhabilitó al Sr. Tapia, sino por el contrario, se arribó a dicha decisión por no haber reunido el agente los requisitos expresamente establecidos en la Disposición N° 144/10: en los últimos dos años había estado alejado de la actividad por más de seis meses, no pudiendo acreditar la efectiva asistencia durante aquel período, como era requerido a todos los postulantes en las bases del concurso.

Dice que en nada se contraponía con el artículo 48 de la Ley de Asociaciones Sindicales N° 23551 en tanto no se había puesto en tela de juicio que el lapso en que revistió la condición de "paritario" sea considerado como "período de trabajo" sino que tan solo se inhabilitó al reclamante para concursar porque no reunía los requisitos establecidos en el llamado.

Concluye que no es posible declarar la nulidad del proceso de selección porque no existen vicios en la Disposición Interna N° 144/10, por lo que no procede tampoco el pago de una indemnización de supuestos daños y perjuicios, no se ha acreditado ni se evidencia la existencia de un trato desigualitario y discriminatorio hacia el actor.

Dice que encontrándose cumplidos los requisitos constitucionales, legales y reglamentarios y en ausencia de error, irrazonabilidad, arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, la inhabilitación fue decidida por medio de un acto legítimo.

Entiende que la decisión administrativa atacada está en un todo de acuerdo con los preceptos legales, siendo además que se trata de una facultad propia y discrecional del órgano, que está suficientemente motivado, que no se incurrió en arbitrariedad ni desviación de poder, surgiendo la plena legitimidad de la selección, habiéndose respetado el debido proceso. Agrega que tampoco se ha vulnerado el principio de igualdad ya que no surge de las actuaciones administrativas que se haya dado trato desigual a los postulantes; y que tampoco puede tomarse la denuncia que hace el actor sobre la persona que fue finalmente designada al decir que la misma tenía menos condiciones que él. Cita antecedentes de este Tribunal.

Rechaza los daños reclamados.

Ofrece prueba.

IV.- A fs. 89 se abre la causa a prueba y a fs. 191 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 195/200 obra agregado alegato de la actora.

V.- A fs. 202/208 se expide el Sr. Fiscal General propiciando el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 213 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- El actor solicita se decrete la nulidad del procedimiento de selección llevado a cabo en los términos de la Disposición Interna N° 144/10 de la Dirección General del Hospital Provincial Neuquén para cubrir la función de Jefatura del Servicio de Salud Mental, y se lo indemnice por los daños y perjuicios ocasionados por dicho actuar –que denuncia- desigualitario y discriminatorio.

Por su parte, la demandada sostiene que no existen vicios en la Disposición Interna N° 144/10, que la decisión atacada está en todo de acuerdo con los preceptos legales, siendo además que se trata del ejercicio de una facultad propia y discrecional del órgano, que está suficientemente motivado, que no se incurrió en arbitrariedad ni desviación de poder, surgiendo la plena legitimidad de la selección efectuada, habiéndose respetado el debido proceso adjetivo.

Dicho esto, cabe analizar la legalidad del procedimiento de selección en el que el actor no ha podido participar.

VIII.- De la documentación obrante en las actuaciones administrativas surge que mediante Resolución N° 663 (de fecha 20 de julio de 2006) se concede al actor licencia especial sin goce de haberes por el artículo 77 inc. b del Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial a partir de la fecha de la misma norma legal y mientras dure su función. La Resolución N° 692 de fecha 26 de julio de 2006 rectifica la anterior determinando que la licencia se hará efectiva con goce de haberes.

Luego, mediante nota de fecha 4 de mayo de 2009 recepcionada en la Subsecretaría de Salud en fecha 6 de mayo de 2009 el actor informa que a partir de tal fecha se reintegra a sus tareas habituales y permanentes en el Servicio de Salud Mental del Hospital.

Por otra parte, en fecha 1 de junio de 2009 el Departamento de Enfermería comunica a los Licenciados de Enfermería y Enfermeros que acrediten un mínimo de dos años de recibido en el nivel profesional y los dos últimos años de desempeño efectivo en la institución que estén interesados en concursar para JEFE DE SECTOR de los siguientes servicios: clínica médica, clínica quirúrgica, ginecología, obstetricia, pediatría clínica, UTIM-UTIP, neonatología, salud mental, oncología, emergencia, UAP, esterilización, adicciones, consultorios externos, UTIA, UCIP, traumatología. En la misma oportunidad, y conforme lo establece la Disposición Interna N° 144/10 se informa que no podrán acceder al concurso los agentes que: 1) hayan estado en los dos últimos años con artículos prolongados por más de 6 meses y que lo haya alejado de la actividad, 2) con indicación de adecuación de tareas u horario, 3) que estén contemplados en el artículo 8 de EPCAP.

En el llamado a concurso se fijaron los requisitos particulares, el régimen laboral, remuneración, las condiciones generales, el método de oposición, la documentación a presentar (en lo que aquí incumbe, la planilla de asistencia de los dos últimos años), fijándose como fecha de inscripción a partir del 2 de agosto de 2010 hasta el 13 de agosto de 2010, estableciéndose como fecha de reunión del Tribunal de Tachas para el día 17 de agosto de 2010, la fecha de presentación del trabajo el 6 de septiembre de 2010, y la reunión del Jurado el 15 de septiembre de 2010 (para el caso del Sector de Salud Mental).

Los integrantes del Tribunal de Tachas fueron designados mediante Disposición Interna N° 155/10 (conf. fs. 36 del expte. administrativo) y los integrantes del Jurado fueron designados mediante Disposición Interna N° 172/10 (conf. fs. 42 vta.). En ambas oportunidades, ya sea en la etapa de intervención del Tribunal de Tachas como en la de intervención del Jurado, participaron veedores propuestos por la Asociación de Profesionales del Hospital Provincial Neuquén, Asociación Unión Enfermeros del Neuquén, Asociación Trabajadores del Estado y Unión Personal Civil de la Nación (conf. fs. 45, 46, 47 del expte. administrativo).

El Tribunal de Tachas, reunido a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos generales y particulares establecidos en las Bases del concurso (conf. fs. 39 del expediente administrativo), observa que el Sr. Tapia se encuentra inhabilitado para concursar.

El actor presenta una queja por su inhabilitación (fs. 37). Afirma “el tiempo que cumplí funciones como paritario bajo resolución 663/06, y amparado por la ley de asociaciones gremiales 23551, considera la función de paritario como de jerarquía superior, lo cual hace incomprensible el dictamen del tribunal de tachas” (tex).

Luego de expedirse el Jefe de Departamento de Asesoramiento Jurídico, se ratifica la decisión del Tribunal de Tachas (conf. fs. 28 del expte administrativo). El 17 de septiembre de 2010, en oportunidad de reunirse el Jurado se deja constancia –en las observaciones- que se presenta el Agente Tapia, Miguel Angel, quien fuera inhabilitado por el Tribunal de Tachas. El Jurado analiza su pedido, las bases del concurso y las actuaciones del Asesor Legal y concluye ratificando la decisión del Tribunal de Tachas.

Finalmente se designa a otro participante.

Hasta aquí lo acontecido en el concurso.

Sentado lo anterior habrá de analizarse lo establecido en las Bases del

Concurso establecidas en la Disposición N° 144/10, impugnada por el actor.

IX.- La Disposición Interna Nro. 144/10 que dispone el llamado a concurso establece en el artículo 2) requisitos particulares: Licenciado en Enfermería o Enfermero, con Título expedido por entidades acreditadas y legalmente reconocidas, certificando un mínimo de cinco (5) años de recibido con matrícula otorgada por la Subsecretaría de Salud; poseer aptitud física adecuada para la función a la que se postula (art. 5 inc. c del EPCAPP); no podrán presentarse a concurso los agentes que: - hallan estado en los dos últimos años con artículos prolongados por más de 6 meses y que lo haya alejado de la actividad, - con indicación de adecuación de tareas u horarios, - con jubilación próxima dentro de los 2 primeros años de gestión, a excepción de quienes vienen desarrollando esta función hasta ahora, - no podrán inscribirse aquellos postulantes comprendidos dentro de alguno de los impedimentos señalados en el art. 8 del EPCAPP.

Luego, la Disposición Interna N° 150/10 rectifica el artículo 2 de la Disposición Interna N° 144/10 y establece que debe certificarse un mínimo de 2 (dos) años de recibido con matrícula otorgada por la Subsecretaría de Salud; pertenecer a la planta temporaria o permanente del Hospital Provincial Neuquén, registrando una antigüedad no menor de 3 (tres) años.

De lo relatado y la documentación acompañada surge que entre el 20 de julio de 2006 (Resolución N° 663) hasta el 6 de mayo de 2009 el actor no estaba cumpliendo sus tareas habituales por habérsele concedido licencia especial con goce de haberes prevista por el art. 77 inc. b del Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial, afectado a la Comisión Técnico Asesora de Paritarias.

Así, en oportunidad de convocarse el concurso, se encontraba imposibilitado de participar por encontrarse comprendido en la causal de inhabilitación establecida en la Disposición N° 144/10 (no podrán presentarse a concurso los agentes que: - hayan estado en los dos últimos años con artículos prolongados por más de 6 meses y que lo haya alejado de la actividad).

Llegados a este punto, es posible sostener que el actor ha sido inhabilitado para concursar por encontrase comprendido en esta causal, y persigue aquí la declaración de nulidad del procedimiento de selección llevado a cabo en los términos de la Disposición Interna N° 144/10.

Al resolverse el reclamo administrativo, en el Decreto N° 1570/11 se sostuvo: “el Tribunal de Tachas, luego de verificar si se cumplían los requisitos generales y particulares establecidos en las bases del concurso, inhabilitó al señor Tapia para concursar debido a que, en los últimos dos años, había estado alejado de la actividad por más de seis meses, no pudiendo acreditar una efectiva asistencia durante aquel período, como era requerido a todos los postulantes en las bases del concurso”.

Tal como lo ha sostenido reiteradamente este Cuerpo, en el ejercicio de las 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 y reglamentaciones en juego, en aras de lograr un mejor servicio.

La Administración tiene amplias facultades para reestructurar y renovar sus cuadros directivos por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, facultades que, sin hesitación alguna, pertenecen al ámbito de discrecionalidad del poder administrador.

Sin embargo, discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad y, en consecuencia, no se inhibe el control jurisdiccional de constitucionalidad y razonabilidad. Así, los actos administrativos dictados en materia de empleo público son revisables si presentan ilegitimidad o arbitrariedad, sin que obste a ello el ser dictados en ejercicio de facultades discrecionales, pues en tal caso la validez del acto depende de su razonabilidad, que debe ser verificada si se impugna en juicio. (Cfr. lo sostenido in re "Cambareri Carmelo Juan C/Municipalidad de Neuquén S/Acción Procesal Administrativa" Acuerdo N° 627, y Acs. N° 383/96; 371/95; 599/99 y 582/99, entre otros).

Es decir, que la discrecionalidad de la decisión en esta materia no llega a la posibilidad de tomar cualquier sendero ni de arribar a cualquier resultado. (Ac. 73/11).

En el caso, en oportunidad de fijar las bases para el concurso se ha ponderado la necesidad de que quien participe del mismo no haya estado alejado de la actividad por más de 6 meses en los dos últimos años. Si se tiene en cuenta que se trataba de un cargo de Jefe de Sector de Enfermería con las responsabilidades establecidas en el Anexo I, no aparece como irrazonable o arbitraria la exigencia establecida en la Disposición atacada.

La Administración tiene facultades para establecer el perfil adecuado para el cargo que se concursa, sin que se advierta en el presente arbitrariedad que justifique la intromisión del poder jurisdiccional en la esfera de acción propia de la accionada.

Por otra parte, no se advierte que se hubieran vulnerado las garantías gremiales toda vez que la condición establecida en la Disposición impugnada nada dice sobre la función desempeñada por el actor, sino que exige –se reitera- por parte de los aspirantes al cargo que se concursa, la efectiva prestación del servicio en el período inmediato que fija. Para el caso, no importaba cual fuera la causa de la no prestación efectiva del servicio: licencia gremial, política, por largo tratamiento médico, etc.

Lo referido permite concluir que no ha existido obrar ilegítimo de la Administración toda vez que en ejercicio de las facultades que le son propias ha fijado las bases del concurso que se desarrolló conforme lo allí establecido.

En consecuencia, no existiendo obrar ilegítimo de la administración no corresponde abordar el reclamo introducido en concepto de daños y perjuicios.

X.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada. En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por el actor vencido (art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por MIGUEL ANGEL TAPIA contra la PROVINCIA DE NEUQUEN. 2°) Costas al actor (art. 68 del CPCyC y 78 Ley 1305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"ARVEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4030/2012) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Contratos administrativos.

ESTABLECIMIENTOS ESCOLARES. REFACCIONES. CONTRATACION DIRECTA. LEY DE ADMINISTRACION FINANCIERA Y CONTROL. REGLAMENTO DE CONTRATACIONES. INCUMPLIMIENTO. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA. EFECTIVA REALIZACION DE LAS OBRAS. FALTA DE PRUEBA.

1.- La acción que persigue el cobro de una suma de dinero por los trabajos que la actora dice haber realizado en distintas escuelas de la Provincia y quie fueran dispuestas por contratación directa no debe ser admitida, toda vez que no se ha dado cumplimiento con las formalidades exigidas por las normas pertinentes -la Ley de Administración Financiera (2141) y el Reglamento de Contrataciones (Decreto 2758/95)-, y tal falta de cumplimiento, impacta en forma directa sobre la alegada contratación por cuanto impide tener por acreditada su existencia.

2.- Quien contrata con la Administración o pretende hacerlo, tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo al que se somete y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad administrativa para obtener beneficios.

3.- El apego al principio de legalidad, impone a la Administración Pública, la exigencia de una estricta sujeción a la normativa que lo habilita a contratar. Del mismo modo, exige al contratista, en su rol de colaborador del Estado, conocer y respetar dicha normativa.

4.- Las contrataciones administrativas deben concretarse con apego a las formas requeridas por la ley porque, de lo contrario, se las tendrá por inválidas o inexistentes.

5.- Siendo que la validez de los contratos que la Administración celebra, se encuentra supeditada a la legalidad de la forma y procedimientos de contratación, las irregularidades que surgen en el caso –inexistencia de acto administrativo que exteriorice la voluntad de la demandada de contratar con la actora y la autorice a llevar adelante las obras en cuestión- se proyecta sobre los supuestos contratos, privándolos de toda validez.

6.- Debe ser rechazado el planteo subsidiario introducido por el actor en punto a la aplicación al presente de la teoría del enriquecimiento sin causa de la demandada debido a la ausencia probatoria sobre la efectiva realización de las obras por parte de la accionante. Ello es así, por cuanto de la pericia en ingeniería (…) tuvo como objetivo acreditar la razonabilidad de los precios consignados en las facturas, pero no se puede concluir del informe que la actora haya realizado la obra. En igual sentido, de la pericia contable (…) no puede concluirse que la actora fuera la ejecutora de la obra. Finalmente, la demandada desconoció la firma obrante en los remitos, que fueron acompañados en copia y sin fecha en los expedientes administrativos; y la actora ninguna prueba produjo al respecto.

Texto completo:

ACUERDO N° 7. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes febrero del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: “ARVEN S.R.L. C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA”, EXPTE. N° 4030/12, en trámite ante la mencionada

Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 3/15 se presenta ARVEN S.R.L. por apoderado e inicia demanda contra la Provincia de Neuquén. Solicita se ordene a la demandada a abonar la suma de $348.654 (trescientos cuarenta y ocho mil seiscientos cincuenta y cuatro) con más sus intereses y costas.Relata que durante los meses de noviembre y diciembre de 2010 laempresa que representa fue requerida por parte de las autoridades de la Secretaría de Educación Provincial a los efectos de la realización de diversas obras en distintos establecimientos educativos de la ciudad de Neuquén.

Agrega que las operaciones se concertaron por contratación directa en virtud de los montos de las mismas consideradas individualmente.

Detalla cuál fue la tarea encomendada en cada una de las escuelas.

(1)Escuela Primaria N° 175. Luego de enumerar los trabajos realizados señala que se extendió un presupuesto oficial por la suma de $65.381,10 que fue suscripto por las autoridades administrativas.

Refiere que el cumplimiento de las prestaciones a su cargo se acredita con los Remitos N° 126, 127 y 128 suscriptos por la Directora del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-004419/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10583 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(2)Escuela CFP N°2. Luego de enumerar los trabajos realizados señala que se extendió un presupuesto oficial por la suma de $22.409 que fue suscripto por las autoridades administrativas.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 132, 133, 134 y 135 suscriptos por el Director del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-004412/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10581 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(3)Escuela N° 235. Luego de enumerar los trabajos realizados señala que se extendió un presupuesto oficial por la suma de $48.110,50 que fue suscripto por las autoridades estatales pertinentes.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 121, 122, 123 y 124 suscriptos por la Directora del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-003924/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10579 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita, colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(4)Escuela N° 200. Enumera los trabajos realizados, señala que se extendió un presupuesto oficial por la suma de $61.368,10 que fue suscripto por las autoridades estatales pertinentes.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 116, 117 y 119 suscriptos por la Directora del Establecimiento y el Director General de Mantenimiento, Rubén Alfredo Domínguez; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-003723/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10578 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(5)Escuela CPEN N° 44. Enumera los trabajos realizados. Dice que las autoridades públicas extendieron por dichas obras un presupuesto oficial que ascendía a la suma de $39.360.

Refiere que la realización de tareas se acredita con el Remito N° 143 suscripto por el Director del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-005353/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10577 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(6)Escuela Jardín de Infantes N° 17. Enumera los trabajos realizados. Dice que las autoridades públicas extendieron por dichas obras un presupuesto oficial que ascendía a la suma de $39.867.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 136, 137 y 138 suscripto por la Directora del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-004420/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10582 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(7)Escuela CPEM N° 44. Enumera los trabajos realizados. Dice que las autoridades públicas extendieron por dichas obras un presupuesto oficial que ascendía a la suma de $10.152,60.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 111 y 118 suscripto por el Director del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-003550/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10176 del año 2011 (así lo menciona el actor, siendo el Nro. correcto de expediente el 5000-10576/2011), donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(8)Escuela CPEM N° 44 (otro expte.). Enumera los trabajos realizados. Dice que las autoridades públicas extendieron por dichas obras un presupuesto oficial que ascendía a la suma de $40.428,45.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 130 y 131 suscripto por el Director del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-004427/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10584 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

(9)Escuela N° 140. Enumera los trabajos realizados. Dice que las autoridades públicas extendieron por dichas obras un presupuesto oficial que ascendía a la suma de $21.579,70.

Refiere que la realización de tareas se acredita con los Remitos N° 148, 149 y 150 suscriptos por la Directora del Establecimiento; que la obra originó el expediente administrativo Nro. 5200-003539/2010. Los trabajos no fueron cancelados, por lo que se inició formal reclamo administrativo y se formó el expediente Nro. 5000-10585 del año 2011, donde se acompañó copia del presupuesto y de los remitos.

Agrega que con fecha 24 de abril de 2012 se presentaron requiriendo al Gobernador que se expida respecto al reclamo interpuesto y acompañando las respectivas facturas.

Relata que no obtuvo respuesta operándose la denegatoria tácita colocándolo en la necesidad de interponer demanda.

Concluye que de los hechos expuestos se desprende que, por expreso pedido de las autoridades administrativas competentes realizó a favor del estado provincial diversas obras de infraestructura, sin que hayan sido abonadas no obstante haber cumplimentado las prestaciones a su cargo, tal como se desprende de los remitos suscriptos por las autoridades administrativas.

Argumenta que si bien nunca suscribió contrato alguno con la demandada, la documentación obrante en los expedientes administrativos citados da cuenta de la efectiva existencia del contrato de obra cuyo incumplimiento se denuncia.

Agrega que la existencia de los presupuestos oficiales, con las facturas expedidas por su parte a favor del estado provincial y –sobre todo- los remitos suscriptos por las autoridades locales donde se deja constancia de la efectiva realización de las obras y su recepción por parte de las autoridades provinciales no hace más que reafirmar la idea expuesta en las líneas precedentes y confirmar la efectiva vinculación existente entre las partes.

Cita doctrina y jurisprudencia.

En modo subsidiario, y si se considerara que no se ha logrado acreditar la existencia de contrato, solicita se haga lugar a la

demanda en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa.

II.- A fs. 28, mediante RI 272/13 se declara la admisión del proceso.

III.- Ejercida la opción por el proceso ordinario (fs. 89) y corrido traslado de la demanda, a fs. 103/112 contesta la Provincia de Neuquén, mediante apoderados, con el patrocinio letrado del Fiscal de Estado.

Luego de realizar las negativas de rigor y un repaso de lo reclamado, afirma que no procede el pago de concepto o suma a favor del reclamante, ya sea en concepto de pago de contrato, daños y perjuicios o empobrecimiento sin causa.

Refiere que a fs. 105/135 del expediente administrativo N° 5500-004045/12 el Fiscal de Estado emitió el Dictamen N° 4753/12 en el que expresa que ARVEN S.R.L. se encuentra inscripto en el Registro de Proveedores del Estado Neuquino lo que supone una habitualidad en la contratación y en consecuencia, el conocimiento de la normativa aplicable en el procedimiento tanto de contratación como de pago.

Agrega que en razón de la naturaleza de la prestación comprometida, resulta de aplicación la Ley de Administración Financiera y Control N° 2141, su Decreto Reglamentario y demás normativa. Refiere que tal normativa exige que las contrataciones se lleven a cabo, por principio general a través del procedimiento de licitación pública y se admite, sólo en forma excepcional, recurrir a la licitación privada o a la contratación directa.

Detalla la normativa aplicable y agrega que en el mes de julio de 2010 se sancionó la Ley 2709 que declaraba la emergencia en todos los niveles del Sistema Educativo de la Provincia, reconociéndolo como derecho esencial, con el objeto de garantizar la refacción, mantenimiento y funcionamiento adecuado de todos los niveles escolares, recuperar los días de clase perdidos durante el ciclo lectivo 2010 y alcanzar el pleno e integral dictado de todos los contenidos curriculares planificados para cada curso.

Agrega que el Fiscal de Estado en el dictamen, menciona que el art. 3 de esta normativa creó el Fondo Provincial de Emergencia Educativa, facultando al Poder Ejecutivo a realizar las contrataciones necesarias para la refacción y mantenimiento de los edificios escolares, para la adquisición de insumos y elementos necesarios para el equipamiento y funcionamiento de los establecimientos educativos, durante la vigencia de la presente ley (art. 4), que, por el art. 2 se estipuló desde la fecha de su publicación (23/07/10) hasta el 28 de febrero de 2011, y ordenando la aplicación del citado Fondo a atender erogaciones originadas durante la vigencia de la presente ley destinadas a: a) Mantenimiento, funcionamiento y equipamiento de los establecimientos educativos. b) Refacciones y reparación de edificios escolares (art. 5).

Dice que por lo expuesto y, como surge de las manifestaciones vertidas por distintas áreas en los antecedentes administrativos, no surge el cumplimiento del marco legal vigente en la materia así como tampoco que se hubiese encuadrado el proceso de contratación en alguna de las causales o regímenes de excepción.

Al referirse a los expedientes administrativos destaca que todos están en similar situación administrativa: cuentan con la solicitud de trabajos y/o refacciones, memoria técnica – descriptiva, cómputo oficial, presupuesto y se proyecta la resolución, no culminan con la manifestación de la voluntad administrativa.

Agrega que esta última debería evidenciarse con el dictado del correspondiente acto administrativo autorizando el gasto, partida presupuestaria y orden de servicios notificada a la firma. Destaca que en el expediente N° 5200-003924/10 siquiera surge el proyecto de resolución.

Dice que en los expedientes N° 5200-004427/2010, 5200-005353/2010 y 5200-004420/2010 si bien toman intervención las áreas competentes, los documentos no se encuentran suscriptos por los funcionarios; con excepción del expediente N° 5200-003550/2010 en el que obra la Resolución N° 277/11 que autoriza el mecanismo de contratación pertinente pero presenta irregularidades pues no se acredita el cumplimiento.

En el Dictamen se concluyó que no se acreditaba vinculación contractual o jurídica alguna entre la empresa y el Estado Provincial en estos casos; pese a que la firma había acompañado copia simple de los remitos comerciales suscriptos supuestamente por autoridades de los establecimientos escolares en los que habría realizado las obras.

Dice que en los antecedentes se observa que, en virtud de los montos estipulados y las tareas a realizarse en los establecimientos educativos, debía concretarse a través del procedimiento de Contratación Directa, siempre que existiera motivación suficiente para apartarse de la norma general en la materia, mecanismo de contratación que se encuentra normado y sujeto a ciertos requisitos de validez.

Agrega que no resulta posible que la firma ARVEN S.R.L. que cuenta con amplia experiencia en materia de contrataciones públicas y en prestación de servicios a la Administración desconociera la legislación aplicable para proceder a la contratación.

Dice que una vez finalizado el trabajo debía el actor presentar en la Dirección de Contrataciones el remito conformado por el responsable del establecimiento junto con el Coordinador, avalando que los trabajos se realizaron correctamente y en término, remito que debe cumplir con los recaudos exigidos por la Disposición General N° 1415 de la Administración Federal de Ingresos

Públicos, y una vez recepcionada la obra, debía presentar la factura en la Dirección General de Compras y Contrataciones para ser conformada junto con la orden de compra con su correspondiente sellado de ley (conf. art. 50 in fine).

Refiere que surgía que las facturas emitidas por la proveedora no se encontraban conformadas por el Director General de Compras y Contrataciones de la entonces Secretaría de Estado de Educación, Cultura y Deporte.

Agrega que la demandada incumple lo dispuesto en la Resolución General de AFIP respecto al momento de emisión y entrega de los comprobantes según el tipo de actividad realizada; y que en términos tributarios ello hace presumir la existencia de maniobras tendientes a evasión fiscal.

Dice que la mayoría de los remitos no se encuentran suscriptos por personal de la administración ni por los coordinadores de la zona correspondiente; los remitos presentados por el proveedor tampoco contienen fecha de recepción.

Agrega que los remitos correspondientes al expediente N° 5200-003539/2010 se emitieron detallando materiales y servicios y acompañando un presupuesto oficial que difiere del incorporado al expediente administrativo al cual se lo quiere vincular, por lo que surge que se efectuaron y facturaron más tareas de las supuestamente realizadas.

Señala que sorprende el procedimiento que luce en el expediente N° 5200-003366/10 en el que se impulsa la compulsa de precios cuando el presupuesto oficial es de $1.296,95.

Agrega que del análisis de las tareas presuntamente realizadas en los establecimientos escolares, surge que parte de tales servicios se habrían efectuado en los mismos establecimientos y en fechas cercanas; y de la magnitud de tareas que describen las notas y los importes facturados se observa que los mismos deberían o podrían haberse efectuado en forma conjunta superando el monto máximo permitido para la contratación directa sin compulsa de precios.

Menciona que en el expediente N° 5200-0035550/10 se observa que se presenta la empresa Akua Servicios informando que al momento de inspeccionar el estado del establecimiento escolar, los trabajos ya no eran necesarios o se habían realizado.

Concluye que, en principio, salvo los casos expresamente contemplados, no existiría derecho alguno reconocido al proveedor y, en consecuencia, obligación alguna del Estado Provincial a su favor.

Agrega que no surge de todos los antecedentes que las tareas efectivamente se hubiesen realizado, y en su caso la fecha exacta como para poder hacer lugar a la pretensión subsidiaria de enriquecimiento sin causa.

Ofrece prueba.

IV.- A fs. 116 se abre la causa a prueba y a fs. 207 se clausura el período de prueba y se colocan los autos para alegar. A fs. 206/216 obra agregado alegato de la actora y a fs. 218/222 alegato de la demandada.

V.- A fs. 224/231 se expide el Sr. Fiscal General propiciando el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 232 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Reclama el actor el pago de $348.654, en concepto de trabajos de reparación efectuados en diferentes escuelas de la ciudad, dependientes del Consejo Provincial de Educación. En subsidio, solicita se haga lugar a la demanda en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa.

La demandada, por su parte, afirma que existieron irregularidades en el trámite de contratación, desconoce la documental acompañada y niega la autenticidad de las firmas obrantes en los remitos. Afirma que no se adeuda suma alguna por el concepto reclamado.

Dicho esto, cabe señalar que la validez y eficacia de los contratos administrativos está supeditada al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que “La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia” (Fallos 323:1515, 323:3924 y 324:3019 entre otros).

En este caso, la Ley de Administración Financiera (2141) y el Reglamento de Contrataciones (Decreto 2758/95) fijan los principios generales a los que deben ajustarse las contrataciones, estableciéndose que todo contrato debe hacerse por licitación pública, cuando del mismo se deriven gastos, y por remate o licitación pública cuando se deriven ingresos. A su vez, el art. 64 de la Ley 2141 establece que puede contratarse directamente cuando –entre otras causas- medien probadas razones de urgencia, o caso fortuito, no previsibles, o no sea posible la licitación o el remate público, o su realización resienta seriamente el servicio, hasta el tope de lo establecido en el artículo 1 del Anexo II del Reglamento de Contrataciones.

Este tope ha sufrido sucesivas modificaciones (conf. Decretos 1871/04, 1076/05, 83/07, 109/08, 789/08, 119/09 y 2103/09). Finalmente se estableció –en lo que aquí interesa, de cara a la fecha del conflicto- que para las contrataciones de trabajo de

refacción, reparaciones y/o mantenimiento con destino a edificios escolares el monto para contratación directa era hasta $200.000 y para las contrataciones directas que superen los $10.000, se imponía indefectiblemente una compulsa de precios con no menos de tres presupuestos, encontrándose facultada a autorizar y aprobar tales contrataciones, la Secretaría de Estado de Educación, Cultura y Deporte.

Luego, el 23 de julio de 2010 se publica la Ley 2709 que declara la Emergencia Educativa con el objeto de garantizar la refacción, mantenimiento y funcionamiento adecuado de todos los establecimientos escolares, recuperar los días de clase perdidos durante el ciclo lectivo 2010 y alcanzar el pleno e integral dictado de todos los contenidos curriculares planificados para cada curso. Establece además el período de vigencia desde su publicación hasta el 28 de febrero de 2011, crea el "Fondo provincial de emergencia educativa"; faculta al Poder Ejecutivo a realizar las contrataciones necesarias para la refacción y el mantenimiento de los edificios escolares, para la adquisición de insumos y elementos necesarios para el equipamiento y el funcionamiento de los establecimientos educativos, y a celebrar convenios con todos los municipios que adhieran a la ley, con cooperativas, organismos centralizados y descentralizados, entes autárquicos y empresas del Estado provincial y nacional, cooperadoras escolares, y organizaciones no gubernamentales, o a través de los directores de los respectivos establecimientos.

Este es el marco normativo vigente en oportunidad en que actor y demandado se vincularon.

VIII.- Dicho lo anterior, se detallará lo actuado en cada uno de los expedientes que dieran origen al reclamo, siguiendo el mismo orden en que han sido detallados en la demanda.

(1) Expte. N° 5200-004419/2010. EP N° 175 solicitud de varios trabajos de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en la Escuela Primaria N° 175.

Obra memoria descriptiva de fecha 16 de diciembre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $65.381,10, y "proyecto" de resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio en la Escuela Primaria N° 175.

Luego la actora inicia el expediente N° 5000-010583/2011 reclamando el pago de la suma de $65.381,10 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 126, 127, 128 sin fecha, refiriendo que fueron firmados por la Directora del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010583/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000303 de fecha 01/03/2012 por la suma de $65.381,10.

A fs. 53/55 del presente expediente se agregan los Remitos N° 127, 126 y 128 fechados el 14/02/2011.

(2) Expte. N° 5200-004412/2010. CFP N° 2 Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a trabajos a realizarse en el C.F.P. N° 2.

Se agrega memoria descriptiva y presupuesto oficial por la suma de $22.409,08, y se "proyecta" resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio C.P.F. N° 2 de la ciudad de Neuquén.

En el expediente N° 5000-010581/2011 la actora reclama el pago de la suma de $22.409 por los trabajos que dice haber realizado en la CFP N° 2 durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011. Acompaña Remitos N° 132, 133, 134, 135 en copia simple y sin fecha.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010581/2011-00001/2012 GOB la actora solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000299 de fecha 01/03/2012.

En este expediente acompañó a fs. 59/62 los Remitos N° 132, 133, 134, 135 fechados el 20/01/2011.

(3) Expte. N° 5200-003924/2010. Escuela Primaria N° 235 solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en la Escuela Primaria N° 235.

Obra memoria descriptiva de fecha 2 de noviembre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $48.110,50. El 13 de enero de

2012 el expediente pasa a la Coordinación de Administración sugiriéndose verificar lo actuado.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010579/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $48.110,50 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 121, 122, 123, 124 sin fecha, refiriendo que fueron firmados por la Directora del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010579/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000300 de fecha 01/03/2012 por la suma de $48.110,50.

A fs. 63/66 del presente expediente se agregan los Remitos N° 121, 122, 123 y 124 fechados el 30/11/2010.

(4) Expte. 5200-003723/2010. EP N°200. Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en la Escuela Primaria N° 200.

Obra memoria descriptiva de fecha 6 de octubre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $61.368,10, y se "proyecta" resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio en la Escuela Primaria N° 200 de la ciudad de Neuquén. Luego, se dispone el pase a Coordinación de Administración y se sugiere verificación de lo actuado y la imputación de Partidas Presupuestarias.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010578/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $61.368,10 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de agosto a noviembre de 2010.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 115, 116, 117, 119 sin fecha, refiriendo que fueron firmados por la Directora del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010578/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000305 de fecha 01/03/2012 por la suma de $61.368,10.

A fs. 46/50 del presente expediente se agregan los remitos fechados el 22/12/2010.

(5) Expte. 5200-005353/2011. CPEM N° 44. Solicitud de tareas a realizar en el establecimiento, colocación de vidrios, cerámicos, zócalo y malla antivandálica. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en el CPEM N°44.

Obra memoria descriptiva de fecha 9 de marzo de 2011 y presupuesto oficial por la suma de $39.360, y se "proyecta" resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio en el CPEM N° 44 de la ciudad de Neuquén.

Luego, se dispone el pase a Coordinación de Administración y se sugiere verificación de lo actuado y la imputación de Partidas Presupuestarias.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010577/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $39.360 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de agosto a noviembre de 2010.

Acompaña copias simples del Remito N° 143 sin fecha, refiriendo que fue firmado por el Director del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010577/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000306 de fecha 01/03/2012 por la suma de $39.360.

A fs. 45 del presente expediente se agrega el remito fechado el 30/03/2012.

(6) Expte. 5200-004420/2010. JI N° 17. Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en el Jardín de Infantes N° 17.

Obra memoria descriptiva de fecha 16 de diciembre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $39.865,45, y se "proyecta"

resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio en el Jardín de Infantes N° 17 de la ciudad de Neuquén. Luego, se dispone el pase a Coordinación de Administración y se sugiere verificación de lo actuado y la imputación de Partidas Presupuestarias.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010582/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $39.867 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 136 a 138 sin fecha, refiriendo que fueron firmados por la Directora del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010582/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000301 de fecha 01/03/2012 por la suma de $39.865,45.

A fs. 56/58 del presente expediente se agregan los remitos fechados el 9/02/2011.

(7) Expte. 5200-003550/2010. EPET N° 3. Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en EPET N° 3.

Obra memoria descriptiva de fecha 5 de octubre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $10.152,60. Obra anteproyecto de Resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento en la EPET N° 3 de la ciudad de Neuquén. Luego, se dicta la Resolución N° 277/11 del 6 de abril de 2011 que autoriza el llamado a compulsa de precios, con la partida presupuestaria correspondiente. El 8 de abril de 2011 Akua Servicios hace saber que personal de la empresa se hizo presente en la escuela para cotizar las obras e informa que las mismas no son necesarias o ya se encontraban realizadas con anterioridad a la visita.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010576/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $10.152,60 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de agosto a noviembre de 2010.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 111 y 118 sin fecha, refiriendo que fueron firmados por el Director del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010576/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000302 de fecha 01/03/2012 por la suma de $10.152,60.

(8) Expte. 5200-004427/2010. CPEM N°44. Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en el CPEM N°44.

Obra memoria descriptiva de fecha 16 de diciembre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $40.428,45, y se "proyecta" resolución que autoriza el llamado a compulsa de precios para proceder a la contratación directa para la realización de trabajos de mantenimiento edilicio en el CPEM N° 44 de la ciudad de Neuquén.

Luego, se dispone el pase a Coordinación de Administración y se sugiere verificación de lo actuado y la imputación de Partidas Presupuestarias.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010584/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $40.428,24 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de diciembre de 2010 a febrero de 2011.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 129/131, refiriendo que fue firmado por el Director del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010584/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000308 de fecha 01/03/2012 por la suma de $40.428,45.

A fs. 41/43 del presente expediente se agregan los remitos fechados el 03/02/2011.

(9) Expte. 5200-003539/2010. EP N° 140. Solicitud de trabajos varios de mantenimiento. El Director General de Mantenimiento solicita se gestione el expediente correspondiente a los trabajos a realizarse en la Escuela Primaria N° 140.

Obra memoria descriptiva de fecha 4 de octubre de 2010 y presupuesto oficial por la suma de $20.732,90. Luego, se dispone el pase a Coordinación de Administración y se sugiere verificación lo actuado y la imputación de Partidas Presupuestarias.

Por su parte, la actora inicia el expediente N° 5000-010585/2011 el 24 de noviembre de 2011 reclamando el pago de la suma de $21.579,70 afirmando que las obras se realizaron durante los meses de agosto a noviembre de 2010.

Acompaña copias simples de los Remitos N° 148/150, refiriendo que fueron firmados por la Directora del establecimiento.

Ambos expedientes se acumulan, y finalmente el 15 de mayo de 2012 la Asesora General de Gobierno dictamina: "VISTO las presentes actuaciones, y habiendo tomado conocimiento que expedientes similares tramitan ante la Fiscalía de Estado, ante la eventualidad de un posible perjuicio fiscal, pase a la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén para la continuación del trámite correspondiente".

En el expediente N° 5000-010585/2011-00002/2012 GOB solicita pronto despacho y acompaña copia certificada de la Factura N° 0001-00000304 de fecha 01/03/2012 por la suma de $21.579,70.

A fs. 50/52 del presente expediente se agregan los remitos fechados el 10/11/2010.

IX.- De lo referenciado se desprende que la totalidad de las contrataciones superaban la suma de $10.000 y ninguna alcanzaba los $200.000. En consecuencia, a la luz de la normativa reseñada, podían formalizarse mediante contratación directa pero se imponía la compulsa de precios con no menos de tres presupuestos. La Ley 2709 que declarara la emergencia educativa no dispuso nada en contrario a la exigencia establecida por la Ley de Administración Financiera en este punto.

En este sentido se advierte que en varios de los expedientes administrativos aquí analizados obra "proyecto" de resolución en el que se autoriza el llamado a compulsa de precios, sin que el trámite avanzara luego en tal carril. Sólo en uno de los expedientes (N° 5200-003550/2010, descripto en el punto 7) se dictó la resolución correspondiente, luego de lo cual en oportunidad de concurrir una de las empresas a recorrer el establecimiento para cotizar el trabajo informa que ya se hicieron o no son necesarios.

Se puede concluir entonces que no se ha dado cumplimiento con las formalidades exigidas por las normas pertinentes.

Tal falta de cumplimiento, impacta en forma directa sobre la alegada contratación por cuanto impide tener por acreditada su existencia.

Asimismo, ha de señalarse en relación al actor, que la exigencia de buena fe y diligencia del particular se acentúa en el caso de los contratistas o potenciales contratistas del Estado, que poseen un deber de diligencia calificado (Fallos 319:1681).

Es que quien contrata con la Administración o pretende hacerlo, tiene el deber de conocer la exigencia normativa del procedimiento administrativo al que se somete y no puede ampararse en el incumplimiento de la legalidad administrativa para obtener beneficios.

El apego al principio de legalidad, impone a la Administración Pública, la exigencia de una estricta sujeción a la normativa que lo habilita a contratar.

Del mismo modo, exige al contratista, en su rol de colaborador del Estado, conocer y respetar dicha normativa.

En definitiva: las contrataciones administrativas deben concretarse con apego a las formas requeridas por la ley porque, de lo contrario, se las tendrá por inválidas o inexistentes.

En consecuencia, y siendo que la validez de los contratos que la Administración celebra, se encuentra supeditada a la legalidad de la forma y procedimientos de contratación, las irregularidades que surgen en el caso –inexistencia de acto administrativo que exteriorice la voluntad de la demandada de contratar con la actora y la autorice a llevar adelante las obras en cuestión- se proyecta sobre los supuestos contratos, privándolos de toda validez.

Así, la existencia de un contrato presupone la concurrencia de voluntades y, en el caso de los contratos administrativos, la voluntad contractual del Estado, para ser considerada tal, exige que se cumpla con el procedimiento regulado jurídicamente por normas de distinto nivel.

Como se señalara, la circunstancia de que la formación e incluso la expresión de la voluntad administrativa se encuentren reguladas jurídicamente, da lugar a que las trasgresiones a ese ordenamiento puedan constituir vicios que afecten la validez y la eficacia de dicha voluntad.

Por lo tanto, no habiéndose cumplido, en el caso, con los procedimientos que habilitan a una contratación directa, mal podría sostenerse que ha concurrido "la voluntad" del Estado para contratar.

Desde esta perspectiva, el vicio existente en la formación de la voluntad administrativa, desde el inicio, impide situar la cuestión en la órbita contractual. En consecuencia, la pretensión formulada en esos términos, debe ser desestimada.

X.- Se analizará ahora el planteo subsidiario introducido por el actor en punto a la aplicación al presente de la teoría del enriquecimiento sin causa de la demandada.

Los requisitos para su procedencia, quedarán conformados a partir de la existencia del enriquecimiento de una parte, el empobrecimiento de la contraria, una relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento, entrelazado todo ello,

por la inexistencia de una causa que justifique el enriquecimiento de uno y el correlativo empobrecimiento del otro.

La CSJN tiene dicho que, los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa, deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también, que la carga de su prueba corresponde a la actora (Fallos, 292:97).

En este caso, a la luz de la actividad probatoria desplegada se advierte que la actora no ha aportado prueba que acredite la efectiva realización de las obras por su parte.

La pericia en ingeniería (fs. 162/175) tuvo como objetivo acreditar la razonabilidad de los precios consignados en las facturas, pero no se puede concluir del informe que la actora haya realizado la obra.

En igual sentido, de la pericia contable (fs. 188/191 y 203/204) no puede concluirse que la actora fuera la ejecutora de la obra.

Finalmente, la demandada desconoció la firma obrante en los remitos, que fueron acompañados en copia y sin fecha en los expedientes administrativos; y la actora ninguna prueba produjo al respecto.

En este punto, a tenor de lo manifestado por la actora en cuanto a que la demandada debió redargüir de falsedad los remitos por tratarse de instrumentos públicos, se coincide con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General en tanto señala que los remitos no han sido expedidos por un funcionario público, sino que se trata de instrumentos privados expedidos por la actora, en los que consta una firma, que de haber sido reconocida hubiera expresado la conformidad de la voluntad del firmante con el contenido del documento. Por el contrario, la firma ha sido desconocida, y –se reitera- la actora no produjo prueba conducente al respecto.

En consecuencia, esta ausencia probatoria sobre la efectiva realización de las obras por parte de la actora impone el rechazo de la pretensión de reconocimiento de suma alguna en virtud de la teoría del enriquecimiento sin causa.

XI.- Por estos motivos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda impetrada. En cuanto a las costas, entiendo que deberán ser soportadas por el actor vencido (art. 68 del C.P.C.C. de aplicación supletoria en la materia). ASÍ VOTO.

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

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) RECHAZAR la demanda interpuesta por ARVEN S.R.L. contra la PROVINCIA DEL NEUQUEN. 2°) Costas a la actora (art. 68 del CPCC y 78 Ley 1305). 3°) Diferir la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes hasta tanto se cuente con pautas para ello. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"LACRUZ HERMINIA MERCEDES C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3675/2012) – Acuerdo: 27/17 – Fecha: 06/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilaciones y pensiones.

HABER JUBILATORIO. CESE DE LA RELACION LABORAL. SOLICITUD DEL BENEFICIO PREVISIONAL. HABERES DEVENGADOS. PAGO RETROACTIVO. PRESCRIPCION.

Corresponde rechazar la demanda en donde la actora reclamó que la liquidación de los haberes jubilatorios devengados se efectuara en forma retroactiva al 31/10/07 –fecha del cese de la relación con el empleador- pues a dicha fecha, se encontraba prescripta la obligación de pago –art. 92 de la Ley 611-, toda vez que –como se dijo- se trataba de haberes devengados

con anterioridad a la solicitud del beneficio que le fue otorgado a partir del 15/7/09.

Texto completo:

ACUERDO Nº 27. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los seis días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, 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 Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "LACRUZ, HERMINIA MERCEDES C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUÉN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", EXPTE. 3675/12, en trámite ante la mencionada Sala y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 89/94 se presenta la Señora Herminia Mercedes Lacruz, con patrocinio letrado e interpone acción procesal administrativa contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén. Solicita el pago retroactivo del beneficio de jubilación por invalidez desde que su empleador dejó de abonarle su retribución en fecha 31/10/2007 hasta la fecha en que se peticionó el beneficio (15/07/2009), lo que cuantifica en la suma de doscientos seis mil setecientos setenta y uno con cuarenta centavos ($ 206.771,40) y/o lo que resulte de la prueba a producirse, con más los intereses legales y costas del proceso.

Esgrime que trabajó para Casino Magic hasta el año 2007, fecha en que fue despedida producto de la incapacidad que por entonces la aquejaba.

Afirma que desde el año 2006 padece una profunda afección psiquiátrica, que le impidió trabajar, además de ser diabética, hipertensa y tener elevadísimos valores de colesterol y triglicéridos. Referencia haber padecido pancreatitis que le afectó profundamente la salud. Adjunta informes médicos y resumen de historia clínica. Todo ello, considera se sustenta en el dictamen de la junta médica previsional de la Comisión Médica Central que determina una incapacidad laboral psicofísica del 70,60% de carácter total, permanente y definitiva, que estaba presente durante la relación de trabajo –al 31/10/2007-.

Sostiene que surge de la historia clínica que antes del distracto ya había padecido pancreatitis y graves afecciones a la salud que le impedían trabajar.

Señala la fecha en que solicitó el beneficio y la Disposición que lo otorgó, e insiste que el beneficio debió ser otorgado y liquidado desde la fecha en que dejó de percibir remuneración por parte de su empleador, ya que en aquel momento se encontraba incapacitada. Transcribe los artículos 50° y 51° de la Ley 611.

Reitera que la minusvalía estaba presente al momento del cese.

Luego expresa que por Disposición N° 1108/11 se denegó el reclamo. Cita jurisprudencia.

Ofrece prueba, solicita se haga lugar a la demanda en todas sus partes, con costas a la contraria.

II.- A fs. 250/250 vta., por medio de la R.I. 452/12, se declara la admisibilidad de la acción.

III.- A fs. 252/253 la parte actora formula opción por el procedimiento ordinario (artículo 43 de la Ley 1305) y a fs. 259 toma intervención del Sr. Fiscal de Estado.

IV.- A fs. 270/278 luce la réplica del Instituto de Seguridad Social.

Señala en primer término que la prueba traída por la actora es intrascendente a la cuestión de autos.

Indica que obtuvo el beneficio por Disposición N° 1018/10, la solicitud del beneficio la inició el 15/07/2009, sin embargo la actora cesó en su trabajo el 1/10/2007 y no solicitó con anterioridad al 15/07/2009 beneficio jubilatorio alguno.

Afirma que el plazo de prescripción aplicable al caso es de un año (art. 92°, primer párrafo de la Ley 611) y que los reclamos administrativos parten de una creencia errada de cómo se computa el plazo de prescripción.

Transcribe el dictamen administrativo N° 763/11 emitido por el Departamento de Asuntos Administrativos del ISSN.

Sostiene que de conformidad con la normativa y jurisprudencia que cita en autos, la acción para reclamar los haberes devengados se encuentra claramente prescripta. Asimismo aclara que la parte actora no planteó la inconstitucionalidad de la Ley 611 y del art. 92° de la misma en lo relativo al inicio del cómputo del plazo de prescripción.

Luego, niega los hechos alegados por la parte actora que no sean de su reconocimiento y solicita el rechazo de la pretensión actoral.

Finalmente, ofrece prueba, solicita eximición de copias. Hace reserva del caso federal y peticiona se tenga por interpuesta la excepción de prescripción, y se haga lugar al pedido de eximición de copias, rechazándose la demandada con costas.

V.- A fs. 277/278 la parte actora contesta traslado por la prescripción opuesta, solicitando su rechazo, con costas.

VI.- A fs. 284/284 vta. se abre la causa a prueba, se proveen las pruebas ofrecidas por las partes y a fs. 385 se clausura el período probatorio y se colocan los autos a disposición de las partes para alegar.

A fs. 396/398 vta. se agrega alegato de la parte demandada.

VII.- A fs. 400/403 vta. se expide el Señor Fiscal General. Propone el rechazo de la demanda.

VIII.- A fs. 406 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.

IX.- Ahora bien, la accionante pretende la liquidación retroactiva de su jubilación por invalidez desde el cese de la relación laboral con su empleador (Casino Magic Neuquén) en fecha 31/10/2007 hasta la fecha en que el organismo previsional demandado comenzó a abonar el beneficio -15/07/2009- (fecha en que presentó la solicitud ante el ISSN –véase fs. 01 del expte. Administrativo N° 4469-038647/7-).

Al hacer un recorrido por lo actuado se observa que ambas partes coinciden en la fecha de cese, como así también con la fecha en que inició la Sra. Lacruz el expediente jubilatorio N° 4469-038647/7.

En este punto vale señalar que el vínculo laboral que unía a las partes fue extinguido en los términos del artículo 245° de la Ley de Contrato de Trabajo (conforme surge del Acuerdo Conciliatorio obrante a fs. 19/21 de autos), es decir despido sin causa.

Luego, en lo que se vincula con el beneficio de jubilación por incapacidad, del examen de las actuaciones surgen los porcentajes de invalidez que determinaron las juntas médicas realizadas en sede administrativa: la primera de fecha 14/10/2009 dictaminó el 68,80% de incapacidad psicofísica de carácter total, permanente y definitiva producida durante la relación laboral (adjunta a fs. 99 del expediente administrativo N° 4469-038647/7).

Posteriormente, se solicita intervención de la Comisión Médica Central para que establezca a) el porcentaje de incapacidad laboral actual y a la fecha de cese; b) si el grado de incapacidad se produjo durante la prestación de servicios en relación de dependencia; c) si es factible sustituir las actividades por otras compatibles y d) toda otra consideración que estimen informar.

En respuesta, la Comisión Médica Central dictaminó (en fecha 25/03/2010) que el grado de incapacidad –psicofísica- de la actora ascendía al 70,60% (total, permanente y definitiva) que se produjo durante la relación laboral y se encontraba presente al 31/10/2007 (ver fs. 104/109 del expediente administrativo N° 4469-038647/7).

Así, la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones emite la Disposición N° 1018/10, de fecha 30/06/2010, que dispone otorgar el beneficio de jubilación por invalidez, en forma provisional, a favor a la Sra. Herminia Mercedes Lacruz, a partir del 15/07/2009 (fecha en que la actora inició su trámite jubilatorio).

La accionante, en fecha 13/05/2011 presenta un reclamo administrativo, con el objeto de que se modifique la liquidación efectuada y se cancelen los haberes desde que su empleador dejó de abonar su retribución en fecha 31/10/2007 (cfr. fs. 119/121 del expte. administrativo referenciado). Reclamo que fue rechazado por Disposición de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones N° 1108/11 al considerar que los haberes devengados se encontraban prescriptos (art. 92° de la Ley 611).

X.- En ese contexto, entonces, vale adelantar que no se observa que el acto administrativo por medio del cual fue rechazado el reclamo se encuentre desajustado del principio de legalidad. Es que, más allá de la previsión del art. 51° de la Ley 611 y de la consideración de la prueba atinente a la existencia del porcentaje de incapacidad al momento en que se produjo el cese y dejó de percibir remuneraciones del empleador, lo cierto es que impacta en la pretensión del pago de los haberes retroactivos el instituto de la prescripción, normado en el artículo 92° de la Ley 611; disposición que determina la improcedencia del pago retroactivo al 31/10/07 (es decir, a la fecha del cese).

En efecto, este Tribunal en forma reiterada y en causas similares, parte de la premisa que el Derecho a la Seguridad Social es una disciplina autónoma, con principios e institutos propios, como lo es el atinente a la irrenunciabilidad, pero no resulta ajena a la aplicación de otros institutos, tales como el de la prescripción, la caducidad, la preclusión, etc. De tal forma, se concluye que si bien resulta imprescriptible el derecho a la obtención de un beneficio previsional, no ocurre lo mismo con lo atinente al contenido patrimonial, es decir al cobro de los haberes devengados –incluyendo su transformación y reajuste- antes de la presentación de la solicitud del beneficio, siempre -claro está- que haya mediado inacción del acreedor y el transcurso del plazo legal pertinente (Acuerdo 361/95 “Diaz” entre muchos otros).

En este orden de ideas, vale traer a colación que el artículo 92° de la Ley 611 establece que: “es imprescriptible el derecho a los beneficios previsionales contemplados en la presente Ley. Prescribe al año la obligación de pagar los haberes jubilatorios y de pensión, inclusive los provenientes de transformación o reajuste, devengados antes de la presentación de la solicitud en demanda del beneficio. Prescribe a los dos años la obligación de pagar los haberes devengados con posterioridad a la solicitud del beneficio. La presentación de la solicitud ante el Instituto interrumpe el plazo de prescripción, siempre que al momento de formularse el peticionario fuere acreedor al beneficio solicitado”.

En el caso, la actora reclamó con fecha 13/5/11 que la liquidación de los haberes devengados se efectuara en forma retroactiva al 31/10/07 –fecha del cese- pero, a dicha fecha, se encontraba prescripta la obligación de pago toda vez que –como se dijo- se

trataba de haberes devengados con anterioridad a la solicitud del beneficio que le fue otorgado a partir del 15/7/09.

De modo que, compartiendo el dictamen del Sr. Fiscal General, ha de concluirse que la Administración no ha actuado en forma ilegítima, y que la pretensión de pago retroactivo -desde la fecha de cese- es improcedente.

Por ello, propongo al Acuerdo se rechace la demanda interpuesta.

XI.- En cuanto a las costas, atento a la complejidad de subsunción de las particulares circunstancias de este caso a la normativa de aplicación –situación que válidamente pudo llevar a la actora al convencimiento de su derecho a litigar- se justifica su imposición en el orden causado (art. 68, segundo párrafo del CPCyC de aplicación supletoria en la materia). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo: Adhiero a la solución propuesta, por lo que voto en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) RECHAZAR la demanda incoada por la señora Herminia Mercedes Lacruz contra el Instituto de Seguridad Social de Neuquén. 2°) Imponer las costas en el orden causado (art. 68, segunda parte del CPCyC de aplicación supletoria). 3°) Diferir la regulación de honorarios hasta que se cuente con pautas para ello; 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

"GODOY MARCELO FABIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 2622/2009) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 02/02/201

DERECHO ADMINISTRATIVO: Sanciones disciplinarias.

REGIMEN DISCIPLINARIO ADMINISTRATIVO. AGENTE MUNICIPAL. SUMARIO ADMINISTRATIVO. EXONERACION. FUNDAMENTACION DE LA SANCION. VIOLACION DEL DERECHO DE DEFENSA. NULIDAD DE LA SANCIÓN. REINCORPORACION. PRETENSION INDEMNIZATORIA. DAÑO MATERIAL. DAÑO MORAL. RELACION DE CAUSALIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. RECHAZO.

1.- Es procedente la demanda promovida contra la Municipalidad de Cutral Co quien luego de haberle instruido al agente un sumario administrativo dispuso sancionarlo con la exoneración, ya que cabe colegir que se hizo mérito del artículo 128 -Estatuto Municipal, Ordenanza Nº 604/86- para fundar la sanción (aún cuando, si hubiera sido solo ello, la falta se sancionara con la cesantía y no con la exoneración); es decir, claramente se recurrió a la disposición señalada (“negarse a declarar y a decir la verdad en la instrucción de un sumario”) para juzgar la conducta del sumariado en el contexto de la investigación sumarial, todo lo cual ciertamente acarrea un vicio en el acto. Es que, de tal modo, se produjo la vulneración de la garantía del derecho de defensa consagrada en el art. 18 de la CN: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; y 63 de la Constitución local: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo…”. En este punto, no puede dejar de recordarse que por aplicación de tales garantías, debe asegurarse a los particulares en todos los ámbitos del quehacer administrativo, el respeto

al derecho de defensa, debido proceso adjetivo, razonabilidad, juridicidad, etc., en tanto principios prevalentes para resguardar sus derechos. En consecuencia, el agente deberá ser reincorporado al cargo del cual fue ilegítimamente separado. (Del voto del Dr. Ricardo T. Kohon).

2.- Corresponde rechazar el reclamo indemnizatorio por los daños y perjuicios que el agente dice haber sufrido como consecuencia del sumario administrativo que derivó en el Decreto que lo exoneró de los cuadros del municipio, pues la mera alegación del daño material y moral reclamados, sin que se hallen acreditados los presupuestos para su procedencia, no resulta suficiente para justificar su concesión. (Del voto del Dr. Ricardo T. Kohon).

3.- Comparto la línea argumental desarrollada por el Doctor KOHON, como así también sus conclusiones y la solución impuesta al caso. No obstante estimo necesario realizar algunas consideraciones en punto a las razones por las cuales, en esta oportunidad, coincido con la desestimación del reclamo por daño material. […] la reparación debe hacerse sobre la base de la evaluación del perjuicio efectivamente sufrido, en tanto y en cuanto, éste guarde con el acto que le dio origen una relación de causalidad adecuada. Tomando en cuenta estas consideraciones previas, advierto que, en el caso, además de no existir faena probatoria al respecto (por lo que no se cuenta con elementos que permitan acreditar la cuantificación del daño reclamado) lo cierto es que tampoco la pretensión de reparación está sustentada en las premisas señaladas. En efecto, el accionante no solicita la reparación del “daño material” en función del perjuicio que le habría ocasionado la medida, sino “como sanción ejemplificadora” a la demandada por haber “violado derechos y garantías constitucionales”. A ello se limita el reclamo. Y este aspecto, claramente, no guarda relación con la función reparatoria reclamada y menos con el alcance solicitado (50% del total de los sueldos que dejó de percibir). (Del voto del Dr. Oscar E. MASSEI).

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 diecisiete, 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: “GODOY MARCELO FABIÁN C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CO S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”, Expte. Nº 2622/2009, en trámite por ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor RICARDO TOMÁS KOHON dijo:

I.- A fs. 53/61 se presenta el Sr. Marcelo Fabián Godoy, por apoderado y patrocinio letrado, e interpone demanda contra la Municipalidad de Cutral Co, con el objeto de que se declare, por aplicación del art. 16 de la Constitución Provincial, la nulidad del art. 128 del Estatuto Municipal, Ordenanza Nº 604/86 y, consecuentemente, la nulidad del Decreto Nº 347/08, ordenándose su inmediata reincorporación al Municipio, con la categoría de revista al momento de la exoneración. Como indemnización: se ordene el pago del 50% de los haberes caídos desde febrero de 2008 a la fecha de su reincorporación, con más sus intereses.

Sostiene que durante el período 2003/2007 solicitó al Ejecutivo Municipal licencia sin goce de sueldo por desempeñar un cargo político en la Honorable Legislatura de Neuquén (HLN), la que le fue concedida mediante Decreto Nº 100/04 del 07/01/04.

Refiere que antes de ocupar el cargo en la HLN, sus haberes eran liquidados por la demandada mediante depósito en una cuenta sueldo, caja de ahorro del BPN Nº 19299 de la Sucursal Cutral Co. Sostiene que el Municipio continuó abonando los haberes como empleado municipal entre el período diciembre de 2003 a septiembre de 2004 por causas que desconoce por completo, ya que los movimientos de su caja de ahorro se hacían desde Neuquén y a través de cajeros automáticos.

Relata que en el año 2004, la demandada asume el error en la liquidación y pago de los haberes, con lo cual deja de hacerlo, y en

marzo de 2005 el Secretario de Hacienda informa al Intendente la situación, mediante memo, en el que solicita la realización de un sumario administrativo para deslindar responsabilidades; agrega que el proceder del agente constituía un claro perjuicio al Municipio.

Destaca que esa expresión indicaría que el error, la negligencia o incompetencia en el manejo de la cosa pública no puede serle imputada, sino que corresponde al sector de sueldos del Municipio que dependía del mismo Secretario de Hacienda que da origen al sumario, arguyendo que ese sector debió ser objeto de él.

Aduna que solo se siguió un sumario administrativo en su contra, que presenta una serie increíble de irregularidades, tales como la sistemática y continua violación de sus derechos constitucionales, terminando con la que tilda de ilógica, ilegítima, arbitraria e irrazonable sanción de exoneración de los cuadros de la administración municipal, luego de casi tres años de tramitación del sumario, mediante Decreto Nº 347/08, del 18/02/08.

Informa que contra el mismo, dedujo reclamo administrativo con fecha 23/07/08 solicitando la nulidad de la sanción por la manifiesta inconstitucionalidad de la norma, respecto del cual el Intendente no se pronunció, por lo que considera que debe tenerse por tácitamente denegado y expedita la vía procesal administrativa.

Invoca jurisprudencia respaldatoria, y cuestiona el considerando quinto del Decreto Nº 347/08. Indica que la exoneración es aplicada en base a lo dispuesto en el art. 128 del Estatuto Municipal, norma que transcribe parcialmente y considera total y absolutamente inconstitucional, que no puede válidamente fundamentar esa decisión, y que torna arbitraria la sanción.

Cita el art. 16 de la Constitución Provincial, para sostener que es obligación de este Tribunal declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada, y de la sanción impuesta por el Decreto impugnado, disponiendo su inmediata reincorporación y el pago de la indemnización que reclama.

Interpreta que el obrar municipal es ilegítimo, arbitrario y contrario a sus derechos adquiridos, garantizados por los arts. 17 y 18 de la CN; 16, 21 y 26 de la CP; y 7 de la Carta Orgánica de Cutral Co, porque ha incurrido en una continua y sistemática violación de su derecho de defensa y del debido proceso.

En el punto IV de su demanda, titulada: “Análisis de las constancias de la causa”, argumenta sobre la inconstitucionalidad el art. 127, inciso k), del Estatuto Municipal, Ord. 604/86, que –dice- ha sido el fundamento en que se basa la sanción de exoneración, frente al art. 18 de la CN y al 63 de la CP, por aplicación del art. 21 de ella, en cuanto fija como principio básico el derecho de que cualquier habitante de la Nación puede negarse a declarar, o incluso mentir en la declaración, a fin de no autoincriminarse, sin que ello genere presunción alguna en su contra. Así, aduce que hizo uso de ese derecho constitucional al ser citado a declarar en el sumario administrativo.

Entiende, en consecuencia, que el Decreto 347/08 es nulo por aplicación del art. 67, inciso b), de la Ley 1284, al trasgredir un deber impuesto por esas normas constitucionales. Asimismo, transcribe parte de los arts. 7B inc. d) y 9 de la Carta Orgánica de Cutral Co, que considera violados con el desconocimiento al derecho de negarse a declarar sin que genere presunción alguna en su contra, invocando el art. 1070 del Código Civil –velezano- que establece que el ejercicio regular de un derecho conforme las leyes que lo reglamentan no puede tornar ilícito ningún acto.

Detalla las violaciones a las exigencias de los distintos incisos del art. 127 del Estatuto Municipal –Ord. 604/86- con su respectiva transcripción, en la medida que establece los requisitos a cumplir en la tramitación de un sumario administrativo a fin de asegurar los derechos constitucionales, sosteniendo que ello basta a la validez del sumario.

De este modo, en cuanto al inciso g) sostiene que asegura al agente sujeto a una investigación sumarial el respeto a la debida defensa y la garantía de imparcialidad, lo cual, afirma, no se respetó en el sumario, porque el dictamen es realizado por el Director de Asuntos Jurídicos del municipio, Dr. Catalani, quien era el instructor sumariante. Razona que, quien debió controlar la legalidad del procedimiento se controló a sí mismo, haciendo nulo al Decreto Nº 347/08, en cuyos considerandos se expresa que adhiere al dictamen del asesor legal.

Luego, con respecto al inciso o), indica que del dictamen no surge que el asesor legal controlara los procedimientos como era su obligación en virtud de esa norma, sino que emite opinión sobre la investigación, cuando no corresponde según la reglamentación del sumario administrativo, porque tal inciso establece que una vez que se hallen reunidos todos los elementos de prueba y de descargo del imputado se eleva al Ejecutivo para que dicte resolución

Lo interpreta como una modificación unilateral del procedimiento que torna nulo el acto por vicio grave, según el art. 66 inc. c) de la Ley 1284, y agrega que el dictamen jurídico es para controlar el procedimiento, no para merituar la prueba y aconsejar sanciones al órgano ejecutivo.

Sobre la exigencia del inciso i), entiende que como el primer instructor designado en el Decreto Nº 322/08 no aceptó el cargo ni declaró bajo juramento que no le comprenden las causas de excusación, es nulo desde su primera providencia, en la que ordena

una citación al actor según el art. 67 inc. c) de la Ley 1284, afectando la validez de todo el sumario y del Decreto Nº 347/08.

En idénticos términos, lo considera nulo mediante la invocación del inciso j) porque no se cumplió con el nombramiento de un secretario actuante en el Decreto Nº 322/05 que designó al primer instructor, con lo cual su actuación no fue refrendada por secretario alguno. La Secretaria de actuación designada con posterioridad, más allá de la aceptación del cargo, tampoco refrendó ninguna de las actuaciones de este sumariante.

Reprocha que no se cumplió con la exigencia del inciso f), de que una vez concluido el sumario se eleve al secretario para que determine la sanción, de lo que se debió correr vista por el plazo de tres días al imputado para que realice descargo y ofrezca prueba, asegurando que el instructor no declaró concluido el sumario, que solo se agregan extractos bancarios, dictamen del asesor legal, y se corrió vista al comienzo del sumario, pero nunca al final -luego de la conclusión- lo que también traería aparejada la nulidad, conforme lo establecido en el art. 67 inc. c) de la Ley 1284.

Resalta que el sumario está viciado en su génesis, porque el funcionario que detecta la irregularidad no pide un sumario para investigar cómo ocurrieron los hechos en cuestión, si existió algún tipo de responsabilidad en su sector, compartida o no con el sumariado, sino que achaca directamente toda la responsabilidad al actor, cuando el error en la liquidación de sus haberes se originó en una dependencia municipal a su cargo.

Invoca que se trata de un claro caso de prejuzgamiento y connivencia para eludir la responsabilidad del funcionario, atribuyéndole responsabilidad por un hecho que no produjo, porque la situación a investigar era el pago indebido de sueldos y el sumario solo se dirigió contra su persona por el supuesto cobro indebido de haberes.

En el mismo orden de ideas, sostiene que como en el sumario se denunció por pagos indebidos de sueldo a su persona, los que no están acreditados debidamente, es nulo también por aplicación del art. 67 inc. a) de la Ley 1284.

Enumera otras irregularidades en la tramitación del sumario que afectan su derecho al debido proceso, tales como: que el instructor no dictó ninguna providencia a lo largo de todo el sumario; se notifican las audiencias sin providencia previa que las fije; el acta de declaración del imputado tiene fecha distinta de la que fue citado y tampoco hay providencia previa que indique ese cambio; se agregan resúmenes bancarios solicitados –sin providencia previa- por el Dr. Catalini como apoderado legal y no como sumariante; y ese profesional solicita informe a liquidación de sueldos un año antes de ser designado como sumariante.

Aduna que tampoco hay informe de cuánto es el monto que se percibió indebidamente; de su depósito en caja de ahorro del actor; de la intimación a su devolución, y de que este se hubiera negado a ello. Solo hay informe de los meses que supuestamente se abonaron en forma indebida los haberes, señalando una total orfandad probatoria que torna nulo el acto impugnado según el art. 67 inc. a) de la Ley 1284.

Finalmente, entiende que no existe motivación entre la sanción de exoneración y la que establece el art. 128 del Estatuto Municipal –cesantía-, máxime cuando no hay determinación alguna de cuál fue el perjuicio que la demandada refiere haber sufrido, por lo que considera nulo el acto por aplicación de los incisos a), c), ñ) y s) del art. 67 de la Ley 1284.

Estima su pretensión de indemnización por los perjuicios que dice haber sufrido ante una medida tan arbitraria, en el 50% de los haberes que debió percibir mientras estuvo separado del cargo, ajustado por el interés judicial desde que debió percibir cada mes, citando en su apoyo diversos precedentes de este Tribunal.

De igual manera, solicita resarcimiento sobre el daño moral, que –refiere- alcanza al daño psicológico. Sostiene que tuvo una importante zozobra emocional por la falta de percepción del único ingreso de su familia, lo que cuantifica en un 20% de lo que resulta del daño material a determinar en autos.

Ofrece prueba, funda en derecho y formula petitorio.

II.- Mediante R.I. 168/09, a fs. 79, se declara, de conformidad con el dictamen Fiscal, la admisión del proceso. A fs. 85 el actor formula opción por el procedimiento ordinario y ofrece prueba, de lo que se corre traslado a fs. 86.

A fs. 89 toma intervención el Fiscal de Estado.

III.- A fs. 96/98 contesta demanda la Municipalidad de Cutral Co, y solicita el rechazo de la acción incoada con expresa imposición de costas.

Realiza las negativas de rigor, y de la autenticidad de los documentos acompañados con la demanda.

Efectúa un resumen de los antecedentes administrativos del caso y da su versión de los hechos.

Relata que, frente al indebido depósito de haberes, le requirió al Sr. Godoy en diversas oportunidades que restituyera las sumas percibidas indebidamente, sin que este accediera a ello, reteniendo sin causa jurídica recursos municipales, lo que implica un grave perjuicio al erario municipal.

Evidencia que por ese motivo, se inició sumario a efectos de deslindar responsabilidades, a través del Decreto 322/05 y que, tramitado, se resolvió exonerar al actor en atención a que ocasionó un grave perjuicio patrimonial al Municipio, conforme la norma

del art. 128 de la Ord. 604/86.

Afirma que no ha existido arbitrariedad ni ilegitimidad en su obrar en la instrucción del sumario administrativo, ya que se le dio oportunidad de ejercer su defensa y ofrecer toda la prueba que hiciera a su descargo, derechos que por expresa y deliberada voluntad del actor no utilizó.

Aduna que las normas dictadas por el Departamento Ejecutivo Municipal no adolecen de vicios, razonando que quien le ocasiona un perjuicio a la administración pública no puede pretender su permanencia en ella y corresponde su exoneración.

Rechaza que exista obligación de abonar salarios caídos por períodos en que el actor no prestó servicios, porque ocasionaría un enriquecimiento sin causa del actor.

Destaca que se radicó denuncia penal a efectos de que se investigue la presunta comisión de un ilícito, la cual adjunta.

Sustenta en doctrina, ofrece prueba, funda en derecho y formula reserva de caso federal para, finalmente, exponer su petitorio.

IV.- A fs. 103 se abre la causa a prueba. A fs. 116/117, mediante R.I. Nº 277/14, se declara negligente a la Municipalidad de Cutral Co en la producción de la prueba confesional, instrumental, informativa y testimonial ofrecida oportunamente, dándole por decaído el derecho a producirla en el futuro, con costas.

A fs. 224 se clausura el término probatorio y se ponen los autos para alegar, derecho del que hace uso el actor a fs. 229/232.

V.- A fs. 234/240 vta. emite opinión el Fiscal General, quien propicia hacer lugar parcialmente a la demanda, en atención a considerar viciado el acto mediante el cual se le impuso la sanción de exoneración al Sr. Godoy.

VI.- A fs. 241 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- A fin de entrar al análisis de la cuestión propuesta, corresponde en primer término examinar las constancias documentales aportadas a la causa:

A fs. 7 de autos, consta Nota del Sr. Marcelo Fabián Godoy fechada el 5/01/2004, mediante la cual solicita al Intendente de Cutral Co el otorgamiento de licencia política con reserva de su puesto de trabajo, con motivo del nombramiento realizado en la Honorable Legislatura de la Provincia.

Con fecha 07/01/2004, mediante Decreto Nº 100/2004, el Intendente concede la licencia sin goce de haberes desde el día 10/12/2003 y hasta tanto lo dispongan las autoridades pertinentes de la Honorable Legislatura de la Provincia del Neuquén.

Con fecha 3/11/2004, la Dirección de Personal eleva a la Dirección de Liquidación de Haberes, el Memorandum Nº 243/2004, en el cual se le informa que no deberá efectuarse liquidación de haberes al agente Godoy por cuanto se encuentra en uso de licencia política.

El 9/11/2004 se notifica por cédula al Sr. Godoy, para que comparezca ante la Dirección de Personal en un plazo de 48 horas, a los efectos de responder sobre remuneraciones percibidas.

El 25/11/2004, la Dirección de Personal suscribe el Memorandum Nº 263/2004 –sin nro. de fs. en Legajo Personal-, elevado a la Dirección de Asesoría legal, que refiere: "…atento situación expuesta oportunamente respecto del cobro de haberes por parte del agente Godoy Marcelo Fabián, quien desde el mes de diciembre de 2003 se encuentra en uso de licencia política, se solicita a esa Dirección nos indique instancia en la que se encuentra el Convenio a suscribir con el mismo a los efectos del reintegro de las sumas indebidamente percibidas".

Con fecha 14/12/2004, se notifica por cédula al Sr. Godoy lo siguiente: "…a los efectos de comunicarle que deberá presentarse ante la Dirección de Asuntos Jurídicos Municipalidad de Cutral-Có, el día 15 de diciembre del año en curso (…) por motivos que le darán a conocer oportunamente".

A fs. 8, el 11/03/2005 la Secretaría de Hacienda eleva a la Intendencia el Memorandum Nº 016/05, y relata que "Atento estar en conocimiento de una situación que entiendo irregular respecto del agente Godoy (…) quien según Decreto Nº 0100/04 (…) se encuentra de Licencia sin goce de haberes desde el 10/12/03, habiendo cobrado sueldos hasta el mes de Septiembre/04 (text.); solicito se realice sumario administrativo, a los efectos de deslindar responsabilidades, y las actuaciones legales que pudieran corresponder, por cuanto, a mi entender, el proceder del mencionado constituye un claro perjuicio al Municipio".

A fs. 9, consta Memo Nº 0036/05 -23/03/2005- de la Intendencia, por el cual solicita a la Asesoría Legal dar inicio a las tramitaciones legales que correspondan, a fin de determinar el grado de responsabilidad que pudiera recaer sobre el Agente Godoy.

A fs. 10, con fecha 23/03/2005 el Intendente Municipal de la Ciudad de Cutral Co decreta "…Disponer la instrucción de sumario tendiente a deslindar responsabilidades del personal". Designa en el mismo acto como instructor al Director de Asuntos Jurídicos Dr. Quezada.

El 15/07/2005 (fs. 13), el Director de Asuntos Jurídicos dispone "Atento el estado de autos, del inicio de Sumario Administrativo,

dese vista al Señor Marcelo Fabián Godoy, por el plazo de tres días, a los efectos que efectúe descargos y ofrezca pruebas de que pretenda valerse".

El mencionado suscribe como "Sumariante, Apoderado Legal de la Municipalidad de Cutral-Có", y coloca al pie el sello institucional de "Director Asuntos Jurídicos".

A fs. 15 consta cédula de citación de fecha 08/07/05 al Sr. Godoy, indicando que "...deberá presentarse ante la Dirección de Asuntos Jurídicos de la Municipalidad de Cutral-Có (…) el día MARTES 12 de JULIO del año en curso, a las 10.30 hs., por motivos que se le darán a conocer oportunamente.

Posteriormente –fs. 16-, con fecha de emisión del 12/07/2005 consta idéntica cédula de citación para el día jueves 14 de julio de 2004.

A fs. 18 obra declaración del Sr. Godoy, del 18/07/05, de la que surge: "…con relación a los reclamos presentados por actuaciones correspondientes a su accionar al detectar que el Agente de referencia se encuentra de Licencia sin goce de haberes desde el 10/12/03 finalizando el día 10/12/07, mediante Decreto Nº 0100/04, y ha percibido haberes mensuales hasta el mes de Septiembre del 2004, por lo que el mencionado Agente manifiesta: Que no va a declarar hasta tanto consulte un profesional del derecho "Textualmente". No quedando nada mas que preguntar atento la negación del agente se da por concluido el presente acto sumaria (sic)".

Dicha actuación es suscripta por el Sr. Godoy, y por el Dr. Quezada con sello oficial de "Director Asuntos Jurídicos".

A fs. 23, la Dirección Liquidación de Haberes de la demandada, eleva a la Asesoría Legal el Memorandum Nº 105/06 -14/06/06-, informando que los haberes del agente Godoy se liquidaron y depositaron hasta el mes de octubre del año 2004.

Con fecha 25/01/08 –fs. 24- el Intendente Municipal emite el Decreto Nº 0248/08 y dispone la continuidad en la instrucción de sumario administrativo tendiente a deslindar responsabilidades del personal. En el mismo acto, designa instructor del mismo al Director de la Dirección Asuntos Jurídicos, Dr. Catalini.

A fs. 25 -28/01/08- el Dr. Catalini se avoca a las actuaciones y manifiesta bajo juramento de ley que no le comprenden las causales de excusación previstas en la Ord. 604/86. Asimismo, designa secretaria actuante a la agente Norma Ganga, quien asume el 29/01/08 y manifiesta bajo juramento de ley que no le comprenden las causales de excusación –fs. 26-.

A fs. 27, consta oficio cursado el 30/01/08 al Banco Provincia del Neuquén, sucursal Cutral Co, solicitando saldo y movimiento de fondos de la cuenta sueldos del Sr. Godoy, presentado por el Dr. Catalani con sello de Director Asuntos Jurídicos.

A fs. 28 a 46, constan resúmenes bancarios que acreditan las percepciones indebidas de haberes, debitaciones con tarjeta, y extracciones en efectivo de la cuenta sueldo.

A fs. 47 se agrega Dictamen Nº 008/2008 de fecha 14/02/08 de la Dirección Asuntos Jurídicos, en la cual –con estructura de acto administrativo sancionatorio-, el Asesor Legal considera:

"[…] Que corrido el pertinente traslado al Agente Godoy, a efectos de que efectúe descargos y ofrezca las pruebas de las cuales pretende valerse, el sumariado, omite realizar todo tipo de presentación y/o descargo.

Que citado el imputado a prestar declaración ante la Dirección de Asuntos Jurídicos de este municipio manifiesta que: 'no va a declarar hasta tanto consulte un profesional del derecho'.

Obra a fs. 21, informe de movimiento de la cuenta sueldos del Banco de la Provincia del Neuquén, Sucursal Cutral Co, del agente sumariado, donde constan los depósitos realizados por este municipio, así como las extracciones y pagos realizados con tarjeta de débito.

Que del procedimiento disciplinario en el que se efectúa el sumario, se han reunido elementos de prueba y se ha puesto en conocimiento del mismo al funcionario implicado, a efectos de que ejerza su defensa, ofreciendo y produciendo la prueba, por lo que corresponde en esta etapa tomar una decisión final para la cual deberán apreciarse los elementos de juicio obrantes en el expediente.

(…) Dispone el Estatuto Municipal (Ordenanza 604/86), eh su artículo 129º que 'se dispondrá la exoneración cuando la razón inhiba permanentemente al agente para su reingreso a la Municipalidad, siendo entre otras causales, las siguientes … Falta grave que perjudique moral o materialmente a la Municipalidad…'. Asimismo, el artículo 128 de dicha ordenanza sostiene que 'Son causales de cesantía, … negarse a declarar y a decir verdad en la instrucción de sumario…'.

Que como se encuentra acreditado en el presente sumario, el Sr. Godoy ha percibido haberes en forma errónea, cuando se encontraba en uso de su licencia especial sin goce de haberes y teniendo expreso conocimiento de ello, extrajo de su cajero automático las sumas dinerarias erróneamente percibidas, causándole un grave perjuicio patrimonial al Municipio de Cutral Co, enriqueciéndose sin causa.

Que citado a presentar descargo correspondiente y a prestar declaración por los hechos que se le atribuyen, el funcionario omitió

todo tipo de explicación al respecto, negándose a declarar, así como indicar sobre el destino de los fondos erróneamente percibidos y la posibilidad de su devolución.

Por ende, he de concluir que El Agente Marcelo Fabián Godoy ha ocasionado un grave perjuicio patrimonial al municipio, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 129º del Estatuto y Escalafón del Personal de la Municipalidad de Cutral Có, Negándose a prestar declaración en el sumario iniciado en su contra, infringiendo lo estatuido por el art. 127, inc. k) que obliga a sus agentes a declarar y decir verdad cuanto se le pregunte al ser citado".

A renglón seguido, el Director de Asuntos Jurídicos ordena la exoneración del Sr. Godoy.

A fs. 49 consta Decreto Nº 0347/08 -18/02/2008- del Intendente Municipal, que repite el esquema argumental transcripto del Asesor Legal y ordena la exoneración a partir de la firma del acto, notificado con fecha 27/02/08 –fs. 51-.

El 23/07/08 –fs. 2/6- el Sr. Godoy interpone reclamo administrativo contra el Decreto Nº 347/08 ante el Intendente de Cutral Co, y el día 30/12/08 –fs. 53/61- interpone formal demanda, considerando tácitamente denegado el petitorio ante el ejecutivo municipal.

VIII.- Ahora bien, en base a lo desarrollado en autos, la cuestión principal reside en determinar si el Decreto Nº 347/08 del Poder Ejecutivo de la Municipalidad de Cutral Co –que exonera al Sr. Godoy-, se encuentra viciado y, por ende, de conformidad a las tachas efectuadas en la demanda, resulta pasible de la sanción de nulidad.

Para abordar tal supuesto, es necesario analizar las disposiciones de la Ordenanza Nº 604/86 en materia disciplinaria. Así, de la lectura de su Capítulo VIII, Sanciones Disciplinarias, se desprende que los agentes son pasibles de las siguientes sanciones: llamado de atención, suspensión, cesantía y exoneración.

El art. 127 inc. b), condiciona que "Las suspensiones mayores de quince (15) días, Cesantías o Exoneración solo podrán ser dispuestas por el Intendente Municipal o Presidente del Honorable Concejo Deliberante, según corresponda, previa formación del sumario dando audiencia al acusado, con derecho a aportar pruebas de descargo y vista por tres (3) días hábiles de las actuaciones antes de dictar resolución".

A continuación, el mismo artículo dispone aspectos procedimentales básicos, tendientes a garantizar el debido proceso y defensa del agente sumariado: f) "Del sumario concluido se dará vista al acusado, a la Junta de Admisión, Calificación, Ascensos y Disciplina y por último se elevará al Secretario respectivo, para que proponga la sanción correspondiente, formulando los cargos concretos por los que deba responder el agente imputado y a quien correrá vista por tres (3) días, para que efectúe los descargos, y ofrezca las pruebas de las que pretenda valerse, cuyo término de producción será de diez (10) días corridos, a contar de la fecha de ofrecimiento, debiendo el Instructor proveer los pedidos de informes que se le soliciten, dentro de las veinticuatro (24) horas".

A renglón seguido, establece: g) "El sumario será instruido por el Funcionario que designe el Departamento Ejecutivo o Deliberativo, y la Asesoría Letrada Municipal dictaminará en todos los casos, sobre la legalidad de los procedimientos, previo dictado de la resolución definitiva".

h) "Los funcionarios a que se refiere el inciso g) no podrán ser recusados pero deberán excusarse en los siguientes casos (…)".

i) "En la providencia para que el sumariante se aboque a la instrucción del sumario deberá manifestar bajo juramento que no le comprenden ninguna de las causales de excusación a que se refiere el inciso h), cuando estuvieren individualizados los agentes responsables (…)".

j) "El sumariante designará Secretario actuante, al empleado administrativo que considere idóneo para esas funciones, siempre que no le comprendan ninguna de las causales de excusación a que se refiere el inciso h), el secretario actuante cumplirá las instrucciones que le imparta el sumariante y refrendará la firma de éste en todos los casos. Para tal designación se deberá contar con el acuerdo del Intendente Municipal o del Presidente del Concejo Deliberante, según corresponda".

Luego, prevé: k) "Todo agente municipal está obligado a declarar y decir la verdad de cuanto se le pregunte al ser citado por el Instructor. El cumplimiento de esta obligación será considerada como falta grave".

o) Efectuados los descargos y recibida la prueba aportada por el agente municipal imputado, o transcurridos los plazos fijados para él, se elevarán las actuaciones al Departamento Ejecutivo o Presidente del Concejo Deliberante, según corresponda, quienes dictarán resolución dentro del término de quince (15) días corridos.

El art. 128º establece que "Serán causales de Cesantía (…) negarse a declarar y a decir la verdad en la instrucción de un sumario".

Por su parte, el art. 129º dispone que "Se dispondrá la exoneración cuando la razón inhiba permanentemente al agente para su reingreso a la Municipalidad, siendo entre otras causales, las siguientes: Delito contra la Administración Pública, Falta grave que perjudique moral o materialmente a la Municipalidad, Incumplimiento intencional de órdenes legales, Notoria indignidad moral, el que fuere punible cuando el hecho sea doloso y de naturaleza infamante".

IX.- Como se describió en el punto I, el Sr. Godoy postula la inconstitucionalidad del art. 127 inc. k) del Estatuto Municipal, Ordenanza 604/86, cuyo texto se citó previamente.

Considera que este inciso atenta contra el art. 18 de la Constitución Nacional y el 63 de la Carta Magna local, en tanto lo obliga a declarar contra sí mismo.

De manera liminar, y tal como fuera adelantado por el Fiscal General en su dictamen, cabe advertir que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es un remedio extremo que solo puede operar cuando en la indagación jurídica no resta una sola posibilidad interpretativa de compatibilización entre la norma infra constitucional y la Carta Magna.

Con tal prudencia, es razonable interpretar que el inciso k) no se encuentra dispuesto para las declaraciones de los imputados del sumario, sino para las declaraciones testimoniales; al igual que ocurre con la parte pertinente del art. 128 antes transcripta.

Bajo este vértice, en abstracto, no se advierte la necesidad de declarar la inconstitucionalidad del inciso k) del art. 127 de la Ordenanza 604/86.

No obstante, es claro que de aplicarse para un supuesto distinto, tal el caso de autos, la cuestión adquiere otro matiz.

En efecto, volviendo sobre el acto sancionatorio, puede repararse que se motivó la exoneración en “Que dispone el Estatuto Municipal (Ordenanza Nº 604/86), en su artículo 129 lo siguiente: “Se dispondrá la exoneración cuando la razón inhiba permanentemente al agente para su reingreso a la Municipalidad, siendo entre otras causales, las siguientes: …Falta grave que perjudique moral o materialmente a la Municipalidad,…”. Asimismo el artículo 128 de dicha ordenanza sostiene que “Son causales de cesantía,… negarse a declarar y a decir verdad en la instrucción de sumario…”.

De lo expresado, entonces, cabe colegir que se hizo mérito del artículo 128 para fundar la sanción (aún cuando, si hubiera sido solo ello, la falta se sancionara con la cesantía y no con la exoneración); es decir, claramente se recurrió a la disposición señalada (“negarse a declarar y a decir la verdad en la instrucción de un sumario”) para juzgar la conducta del sumariado en el contexto de la investigación sumarial, todo lo cual ciertamente acarrea un vicio en el acto.

Es que, de tal modo, se produjo la vulneración de la garantía del derecho de defensa consagrada en el art. 18 de la CN: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo”; y 63 de la Constitución local: “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo…”.

En este punto, no puede dejar de recordarse que por aplicación de tales garantías, debe asegurarse a los particulares en todos los ámbitos del quehacer administrativo, el respeto al derecho de defensa, debido proceso adjetivo, razonabilidad, juridicidad, etc., en tanto principios prevalentes para resguardar sus derechos.

En base a ello, puede advertirse desde ya que el Decreto 347/08 ha sido dictado violando la garantía de defensa del sumariado (siendo la negativa a declarar una expresión de la misma y, por ende no puede serle opuesta como motivo de la sanción expulsiva) y, con una motivación indebida (art. 67 incs. r) y s) de la Ley 1284).

X.- Por lo demás, puede advertirse que ella no es la única infracción cometida por la Administración en el tránsito de la investigación sumarial que culminó, finalmente, con la sanción impuesta.

Si bien el actor describe un catálogo de irregularidades, lo cierto es que las infracciones que merecen reproche son aquellas susceptibles de afectar la garantía de defensa y pueden resumirse en: la inexistencia de dictamen legal sobre la legalidad del procedimiento (solo existe una opinión sobre la prueba y la sugerencia de aplicación de sanción por parte del mismo instructor/asesor legal del Municipio); y que, finalizado el sumario, no se dio vista al sumariado por tres días.

Desde otro lado, es de hacerse notar que la Municipalidad demandada ha sido declarada negligente en la producción de la prueba ofrecida (confesional, instrumental, informativa y testimonial) con lo cual no se cuenta con elementos de juicio que permitan ensayar un recorrido de análisis distinto al realizado.

En definitiva, “…si el procedimiento administrativo constituye siempre una garantía jurídica, éste carácter adquiere especial importancia cuando se trata del trámite cuyo objeto es la imposición de una sanción administrativa. En efecto, la Administración no puede sancionar sin la previa instrucción de un procedimiento encaminado a comprobar la infracción que respete el principio axiológico fundamental del debido proceso adjetivo del artículo 18 de la

Constitución Nacional, y concordantes con las normas legales y reglamentarias aplicables en cada tipo de relación de empleo público” (cfr. Ac. 71/11).

De cara a ello, debe concluirse que asiste razón al actor en su planteo, correspondiendo declarar la nulidad del acto sancionatorio –Decreto 347/08- y, por ende, la reincorporación al cargo del que fue ilegítimamente privado.

XI.- Zanjado lo anterior, corresponde analizar la procedencia del reclamo indemnizatorio por daños y perjuicios.

En este punto, si bien el actor reconoce el criterio inveterado de la Corte Suprema: “No corresponde el pago de salarios caídos por funciones no desempeñadas a los agentes públicos durante el lapso que media entre su separación ilegítima y su reincorporación, salvo disposición en contrario o que aquellos acrediten el perjuicio sufrido que haga procedente la responsabilidad de la administración” (confr. Fallos: 302:1544; 304:1459 y 307:1889), efectúa petitorio en tal sentido.

Como se relató, el actor solicita se repare el daño material, estimado en un 50% de lo que percibiría como trabajador; y el daño moral calculado en un 20% del daño material.

En este orden, situados en el ámbito de responsabilidad contractual del Estado, debe partirse de la premisa de que su interpretación es restrictiva, en el sentido de que depende de la acreditación de la relación de causalidad entre el evento que se reputa dañoso y el daño que se aduce infligido.

Para que el Estado responda el daño causado debe ser efectivo, evaluable económicamente, individualizado y consecuencia de su accionar.

Es que, para ser susceptible de indemnización, el daño debe ser cierto respecto de su existencia y corresponde que sea acreditado por quien pretende su resarcimiento, toda vez que el perjuicio es elemento constitutivo esencial de toda pretensión resarcitoria, lo que implica que aquél debe estar claramente perfilado y acreditado al dictarse la sentencia.

Reiterada es la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en el sentido que "… el daño cuya existencia no está acreditada de modo cierto no es un daño jurídico y por lo tanto, no es resarcible. Sobre el punto, cabe destacar que el presupuesto básico de la responsabilidad consiste en la existencia del daño, el cual debe ser probado para que adquiera sustantividad para el derecho" (C.S.J.N. Fallos 304:1175; 204:1213).

Se infiere de ello que la mera alegación del daño material, sin que se halle acreditado; no es suficiente.

Como señalara este Cuerpo, en reiteradas oportunidades, con cita de Matilde Zavala de González: "…El perjuicio es un elemento esencial de la responsabilidad... el daño es extremo constitutivo y esencial de la acción resarcitoria por lo que su demostración incumbe al actor: el daño no existe en el mundo del Derecho sino cuando la sentencia acredita su existencia, y la deficiencia o no probanza del daño, gravita en contra del damnificado sobre quien recaía dicha carga probatoria".

En los presentes, no se ha rendido prueba alguna para la acreditación del daño invocado.

En mérito a ello, el presupuesto lógico en que funda la accionante su pretensión (exoneración – salarios caídos - daño – indemnización) se quiebra.

Porque, si bien es cierto que la accionante como consecuencia de la cesantía dejó de percibir sus haberes, también lo es que, como contrapartida, vio liberada su capacidad laboral (cfr. Fallos 312:1390 del voto del Dr. Carlos S. Fayt).

Va de suyo, que en la misma línea argumental anterior, es doctrina de la Corte Suprema de la Nación que "El daño cuya existencia no está acreditada de modo cierto no es un daño jurídico y por lo tanto, no es resarcible. Sobre el punto, cabe destacar que el presupuesto básico de la responsabilidad consiste en la existencia del daño, el cual debe ser probado para que adquiera sustantividad para el derecho" (CSJN."Fallos" 304:1175; 204:1213).

Desde estos postulados se infiere que la mera alegación del daño material y moral reclamados, sin que se hallen acreditados los presupuestos para su procedencia, no resulta suficiente para justificar su concesión.

Recuérdese que, en cuanto al daño moral, ha señalado la jurisprudencia que "…debe atenderse por agravio moral toda consecuencia perjudicial de una acción u omisión ilícitas que, en relación causal adecuada con éstas, hace sufrir a una persona en sus valores no patrimoniales actuales o posteriormente previsibles" (cfr. Acuerdo 772/01).

Y este Tribunal ha expresado en "POLASTRI" que "...serán las circunstancias que rodean al caso las que permitan tener por configurada la lesión a los sentimientos o afecciones del actor. El otorgamiento del rubro "daño moral" depende de la acreditación de la relación de causalidad entre el evento que se reputa dañoso y el daño que se aduce infligido en el caso en concreto..." (Acuerdo Nº 1448).

Para la procedencia del reclamo, no basta con la mera alegación por parte de quien pretende ser indemnizado por un daño moral, sino que deberá, efectivamente, acreditarse el perjuicio sufrido, elemento esencial para el éxito de la pretensión resarcitoria.

Y, siguiendo esos lineamientos, es claro que la mera alegación de haber sufrido un daño sicológico o una importante zozobra emocional, son insuficientes para lograr la reparación pretendida.

XII.- Por las razones expuestas, propicio que se haga lugar parcialmente a la demanda deducida. En consecuencia, que se declare la nulidad del Decreto municipal Nº 347/08, y se ordene la reincorporación del actor, rechazándose los rubros indemnizatorios pretendidos (daños material y moral). Respecto a las costas, en la forma en que prosperan las pretensiones, corresponderá que sean soportadas en un 20% por el actor y en un 80% por la demandada (art. 71 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 Doctor KOHON, como así también sus conclusiones y la solución impuesta al caso.

No obstante estimo necesario realizar algunas consideraciones en punto a las razones por las cuales, en esta oportunidad, coincido con la desestimación del reclamo por daño material.

En efecto, en mi posición, establecida la ilegitimidad del obrar estatal, la existencia del daño debe ser presumida. Claro está, que

esa presunción en modo alguno autoriza o implica la procedencia del pago de los salarios caídos pues el monto del perjuicio, el alcance de la indemnización, permanece supeditado a la demostración que efectúe el actor y, en su caso a la prueba en contrario de la demandada.

En otras palabras, la responsabilidad estatal por haber dado ilegítimamente de baja a un empleado, en modo alguno implica que no resulte necesario probar la relación de causalidad jurídica entre la conducta impugnada y el perjuicio cuya reparación se reclama (Fallos 312:1382).

Este extremo, unido a la aplicación del principio que en materia indemnizatoria suele resumirse bajo la fórmula "compensación del lucro con el daño" y que señala que del monto del daño deben deducirse las ventajas que del hecho ilícito pueden devenir para el damnificado, determina la improcedencia del pago de "salarios caídos", puesto que, como bien indica el voto precedente, si bien es cierto que la cesantía ilegítima le restó utilidades al demandante, no lo es menos, que dejó liberada su capacidad laboral.

En definitiva, la reparación debe hacerse sobre la base de la evaluación del perjuicio efectivamente sufrido, en tanto y en cuanto, éste guarde con el acto que le dio origen una relación de causalidad adecuada.

Tomando en cuenta estas consideraciones previas, advierto que, en el caso, además de no existir faena probatoria al respecto (por lo que no se cuenta con elementos que permitan acreditar la cuantificación del daño reclamado) lo cierto es que tampoco la pretensión de reparación está sustentada en las premisas señaladas.

En efecto, el accionante no solicita la reparación del "daño material" en función del perjuicio que le habría ocasionado la medida, sino "como sanción ejemplificadora" a la demandada por haber "violado derechos y garantías constitucionales".

A ello se limita el reclamo.

Y este aspecto, claramente, no guarda relación con la función reparatoria reclamada y menos con el alcance solicitado (50% del total de los sueldos que dejó de percibir).

Por ello, como adelanté, en esta ocasión, estimo que no están dados los presupuestos que tornarían procedente otorgar la indemnización peticionada. Por lo demás, como también dije, comparto la solución propiciada en el voto que antecede. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) HACER LUGAR parcialmente a la demanda promovida por el Sr. Marcelo Fabián Godoy contra la Municipalidad de Cutral Co y, en consecuencia, declarar la nulidad del Decreto 347/08 y la reincorporación del actor al cargo del cual fue ilegítimamente separado. 2°) RECHAZAR la pretensión indemnizatoria (daño material y moral). 3°) Imponer las costas en un 20% al actor y en un 80% a la demandada (art. 71 C.P.C.y C. de aplicación supletoria). 4º) Diferir la regulación de honorarios, hasta contar con pautas para ello. 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"CARRILLO MARCELA MABEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3044/2010) – Acuerdo: 03/17 – Fecha: 02/02/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Empleo Público.

PERSONAL POLICIAL. JUNTA DE CALIFICACIONES. ANTECEDENTES. VALORACION DE LOS ANTECEDENTES. PUNTAJE. PASE A RETIRO OBLIGATORIO. FACULTADES DE LA ADMINISTRACION.

1.- Corresponde rechazar la demanda en donde la actora impugna la actividad de la Junta de Calificaciones Policial, y el posterior pase a retiro obligatorio sobre la base del puntaje otorgado

por aquella (3,50), toda vez que teniendo en cuenta la documentación aportada en relación con sus antecedentes (foja de servicio, diversas sanciones, desafectación del curso de capacitación, incumplimiento de las exigencias académicas, etc.), las facultades valorativas con que cuenta la Junta no han sido ejercidas de modo arbitrario o irrazonable pues no existen en la causa otras constancias que logren evidenciar tales supuestos.

2.- No puede soslayarse que la Administración cuenta con un poder discrecional amplio en la valoración de las aptitudes de su personal, máxime tratándose de personal sujeto a régimen de ascensos y retiros.

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 diecisiete, 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: "CARRILLO MARCELA MABEL C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3044/10, en trámite ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 23/29 se presenta por derecho propio y con patrocinio letrado, la Sra. Marcela Mabel Carrillo e interpone demanda procesal administrativa contra la Provincia del Neuquén, con el objeto de solicitar se decrete la nulidad de los Decretos Nº 1754/09 y 274/10, porque –sostiene- lesionan sus derechos subjetivos públicos; y se la reincorpore en su puesto por las razones de hecho y derecho que expone.

Postula que el 22/01/2009, mediante Disposición Interna Nº 107/09 se resolvió el recurso de reconsideración interpuesto contra la calificación efectuada por la Junta de Calificaciones, que le otorgó 3,5 puntos. Refiere que dicha norma adolece de grave vicio en sus considerandos por falsear la realidad de los hechos. Alega que nunca postuló en el período 2004 y 2005 para ingresar a la Academia Nivel II, sino que la convocaron para dicha carrera pero no aceptó realizarla, porque su intención era permanecer como suboficial.

Agrega que la imposibilidad de concurrir a los cursos era causada por la institución que, por razones de servicio, le impedían asistir. De ello, infiere la animosidad de perjudicarla y encontrar fundamentos para simular una legitimidad en lo que posteriormente sería el pedido de retiro obligatorio de la actora.

Señala que los cursos de ascenso para el cargo de cabo no fueron culminados por razones que no pueden imputársele. Por el contrario, su compromiso y cumplimiento con la fuerza policial impidieron que los finalizara. Arguye que este hecho no puede ser evaluado en su contra, porque refiere que tenía la posibilidad de realizar el curso y ascender al grado inmediato superior de su jerarquía dentro de los dos años posteriores. Aduna que por reglamento puede permanecer hasta diez años en el grado, que en su caso llegó a cumplir en el mismo siete años y diez meses al momento del otorgamiento de retiro.

Relata que el 26/05/09 se le notifica la Resolución 908/09, firmada por el Comisario General, que dispone la solicitud de cesación de servicios por retiro obligatorio, en el expediente administrativo Nº 1047/09 "JP". Sostiene que son palmarias las arbitrariedades con que se arribó al acto, alegando, a lo que resulta de sus fojas de calificaciones, que muestra un desempeño laboral satisfactorio en todos sus cuadros de calificaciones, con buenas conclusiones de sus superiores y ausencia de sanciones disciplinarias relevantes en su legajo personal, desde el ingreso a la fuerza y hasta agosto de 2007.

Manifiesta que la única observación fue a las excusaciones al servicio, aclarando que se refiere a los certificados médicos presentados, que justificaron las inasistencias, salvo el dictamen de la junta médica del 13/05/08 que corresponde al certificado médico del 25/04/08, aclarando que a ella no pudo concurrir munida de los informes médicos de la profesional tratante y que solo uno de los profesionales intervinientes era psiquiatra.

Aduce que en las calificaciones efectuadas durante el tiempo de servicio que intervino la Junta de Calificaciones, siempre disminuyó en pocas centésimas el puntaje aplicado por los superiores de la actora, fundando tal disminución –sin más explicaciones- en su legajo. Infiere, que la disminución del puntaje se justifica en las inasistencias por enfermedad, lo cual entiende es ilegítimo, aseverando que no puede descalificársela por ello en su trabajo, puesto que obedecen a una enfermedad originariamente física (gastritis y anemia). Indica que por la institución policial, en gran parte, no pudo seguir el tratamiento médico –las tareas adecuadas no fueron otorgadas como correspondía ni por un tiempo considerable- lo cual, afirma, la afectó

psicológicamente.

Aduna que a pesar de su enfermedad, su desempeño laboral siempre fue calificado con conceptos bueno, muy bueno, distinguido y excelente, que nunca fue descalificada por ninguno de sus superiores, ni superó el tiempo permitido de licencia por enfermedad fundada en certificados psicológicos y físicos.

Resalta la gravedad del dictamen médico de fecha 07/04/09, cuando para los integrantes de la junta médica del 13/05/08 "…la actora no evidenciaba sintomatología compatible con el diagnóstico del médico psiquiatra tratante" (fs. 25). Relata que fue citada mediante cédula el 04/04/09 para concurrir el día 07/04/09, lo que imposibilitó comparecer con el informe de su médico personal; que en esa junta se la entrevistó sin dialogar respecto de su estado de salud, y luego hicieron ingresar a la persona que la acompañaba informándole que debía ser internada por la gravedad de su estado de salud.

Expresa que, frente a ello, se dirigió al Hospital Castro Rendón, donde la atendió la directora del Centro de Atención Psiquiátrica, certificando la falsedad de lo expuesto por el dictamen de la junta médica efectuada por la policía, lo que posteriormente es ratificado por la médica de cabecera de la actora.

Entiende que había animosidad en la junta médica de perjudicar su legajo, que no contó con informe de entrevista, ni test que avalen esa conclusión.

Hace referencia a los profesionales que firman el dictamen –un licenciado en psicología, un psiquiatra e indica que la junta médica debió realizarse con la participación de tres facultativos médicos, según lo establece el art. 12 inc. e) de la Ley 715.

Relata que ante la discrepancia de los facultativos médicos que participaron en la junta médica y las Dras. Stutman y Enriquez, y el Dr. Kerschner -este último médico tratante al momento de la junta médica-, la institución policial hizo prevalecer el dictamen de sus profesionales, de los cuales solo uno era especialista en psiquiatría, lo que –afirma- hace adolecer al dictamen médico de una grosera arbitrariedad.

Sostiene que el 25/07/08, solicitó y obtuvo vacante para el curso de ascenso al grado de Cabo, pero se le impuso que, una vez comenzado el mismo, buscara un reemplazo en su lugar de trabajo para poder asistir a aquél. Ello le fue imposible, por lo que debió abandonarlo por las inasistencias acumuladas como consecuencia de tener que cumplir con las tareas asignadas por la fuerza policial.

Interpreta que esta situación fue un elemento más para que la institución consiga su objetivo: perjudicar su carrera y dejarla fuera de aquella.

Concluye que ello demuestra la falta de humanidad en el trato al personal policial.

Manifiesta que el 12/06/09 interpuso recurso ante el Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad, con ofrecimiento de prueba contra la Resolución Nº 908/09, que tramitó por expediente administrativo Nº 4200-002672/09.

Reitera la discrepancia entre los profesionales y pone énfasis en que el dictamen de la junta médica fue suscripto por los Dres. Oliva, Giménez y Sosa, y la orden de internación fue firmada por la Dra. Sosa y el Lic. Grisolía, el que no formó parte de la junta pero sí estuvo presente.

Refiere que la Administración dio curso erróneamente al expediente administrativo 4207-11468/09, desconociendo la existencia del expediente Nº 4200-002672/09, y que pese a ser advertido, los asesores legales del Ministerio dictaminaron sobre la factibilidad del decreto que ordenó el retiro obligatorio sin tomar en cuenta su presentación recursiva.

En este punto, identifica la palmaria violación de sus derechos de defensa y debido proceso administrativo, insistiendo en que por la ausencia total y absoluta de causas en su legajo personal que justifiquen el retiro obligatorio, corresponde la declaración de nulidad del Decreto Nº 1754/09, la suspensión del acto administrativo y la no afectación de sus haberes, hasta que se resuelva la impugnación formulada.

Con posterioridad, el día 10/03/10 se le notificó el Decreto Nº 274/10, con un nuevo análisis equívoco e ilegítimo, mediante el cual se rechaza el recurso considerando que se había denegado tácitamente, en los términos del art. 162 de la Ley 1284; se encontraba agotada la vía administrativa, y expedito el ejercicio de la presente acción.

En consecuencia, infiere que este decreto también está viciado, porque argumenta que para aplicar el art. 162 -atento a que había interpuesto un recurso que llevaba implícita prueba-, debía vencer el plazo de 90 días que otorga la ley, y este no había vencido.

Destaca que ambos decretos son nulos y le causan un grave perjuicio, afectando su estabilidad laboral y sus salarios de neto corte alimentario, por el mal desempeño de la función administrativa de quienes representan al Estado Provincial en las actuaciones administrativas de ambos expedientes.

Acredita la arbitrariedad y abuso de poder en desmedro de su salud, invocando que el Dr. Pablo C. Etchevery certificó que la actora debía realizar tareas diurnas para lograr su recuperación adecuada, lo que motivó la orden de servicio Nº 05/08, de fecha 19/06/08, asignándola como operadora del sistema CCTV con horario entre las 8 y 16 horas, en una sala donde funcionaban el

centro de operaciones policiales, el sistema de alarma, y la recepción de llamadas de emergencia.

Refiere que ese lugar era considerado insalubre por el sistema de antena y radiación, siendo el horario de trabajo por ley de 8 horas por 32 de descanso, y la actora cumplía una carga mayor de 8 horas por 16 de descanso.

Destaca que la Institución dejó de lado el certificado médico que otorgaba tareas diurnas y la afectó a tareas en horarios nocturnos, sin tener el alta médica para cumplir la jornada asignada, lo que le impedía realizar el tratamiento médico.

Detalla el cumplimiento de los presupuestos de admisibilidad de la acción, ofrece prueba y formula sus pretensiones. Solicita, también, que se ordene la reincorporación a la Fuerza y el pago de los salarios no percibidos.

II.- A fs. 38, mediante RI 246/10 se declara la admisión del proceso. A fs. 39, la actora formula opción por el procedimiento ordinario y se corre traslado a la demandada, con cédula para el Gobernador y Fiscal de Estado a fs. 40.

III.- Efectuado el traslado, a fs. 53/60 contesta la demanda la Provincia del Neuquén, por apoderado y con el patrocinio del Fiscal de Estado, y solicita su rechazo. Practica las negativas de rigor y expone los antecedentes y fundamentos.

Destaca que la actora trabajó en la Policía de la Provincia del Neuquén como Agente Nuevo Cuadro, del Cuerpo de Seguridad.

Agrega que del expediente Nº 4207-11468/09 surge que en fecha 04/12/08 la Junta de Calificaciones y Promociones emitió el acta Nº 019/08, mediante la cual asignó a la Sra. Carrillo una calificación de 3.50 por aplicación del art. 28 del RRCP.

El 22/01/09 se emitió la Disposición Interna Nº 107/09, que tuvo por presentado un recurso de reconsideración interpuesto por la actora, al que no se le hizo lugar y se ratificó la calificación de la junta.

Refiere que en sus considerandos se explicó que del análisis minucioso del legajo personal de la agente, surgía que había sido tratada por la Junta en el año 2004 y 2005 al haberse postulado para ingresar a la Academia Nivel II, obteniendo una calificación de 6 y 6,70 puntos; que en los últimos tres años registraba un total de 143 ausencias al servicio por razones de salud, y que no había elementos que permitieran modificar la calificación impuesta.

Argumenta que luego del Dictamen 209/09 se dictó la Resolución 908/09 “JP”, el 13/05/09, por la que se solicita al Poder Ejecutivo la cesación de servicios de la actora para pasarla a Retiro Obligatorio conforme los arts. 14 inc. l) de la Ley 1131, y 29 IV a) del RRCP.

De igual manera, refiere que mediante expediente administrativo Nº 4200-002672/09, la actora interpone un recurso contra la resolución de marras, ante el Ministerio de Seguridad y Justicia. Detalla la documentación obrante en el mismo, en particular el acta de junta médica de fecha 13/05/08, de la que surge la presencia de los médicos de la división: se le diagnosticó F41.0 -Trastorno de angustia sin agorafobia-, según certificado de la Dra. Enríquez del 25/04/08.

Afirma que se dejó constancia que la agente no quería volver a trabajar en la institución, que su médico tratante la veía una vez por mes, y que durante la entrevista no se evidenció sintomatología compatible con el diagnóstico del médico psiquiatra tratante, por lo que no se justificó las inasistencias por ese motivo. Agrega que el acta fue firmada por la actora.

Invoca también el Memorando 791 del 13/06/08, por el que se elevó certificado médico del Dr. Sandoval y constancia médica del Dr. Etcheverry, que certifica que la actora debía realizar tareas en período diurno por la enfermedad padecida, para lograr su recuperación adecuada y con una carga horaria inferior a las 200 mensuales.

Posteriormente, por Orden de Servicio del Centro de Operaciones Policiales de fecha 19/06/08, se designó a la actora como operadora del sistema CCTV con un horario acorde a la prescripción médica, de lunes a viernes de 8 a 16 horas, con mención de los objetivos y responsabilidades de la función.

Relata asimismo, que el 25/07/08 la actora presentó una nota ante el Jefe del COP solicitando una vacante, en caso de producirse, para el curso de capacitación para ascenso a cabo, que por distintas circunstancias había

quedado afuera del llamado. Así, se le notifica que debía concurrir el 05/08/08 a las 8.00 hs. al Centro de Capacitación para Suboficiales y Agentes, a fin de dar inicio al curso de ascenso y a una clase más el día 04/09/08.

Refiere que en abril de 2009 se le informó por cédula a la actora que debía concurrir el 07/04/09 a la Junta Médica Psiquiátrica, con todos los estudios, antecedentes y certificados médicos. Referencia a continuación, un certificado médico firmado por los Dres. Grisolia y Sosa, en el que se le indicó su internación, y otro firmado por la Dra. Stutman en el que indica que no se observaron síntomas ni signos de descompensación psicótica, pero remarca que dicha profesional no expresó que fuese innecesaria su internación.

Evidencia que la actora justifica con certificado médico su inasistencia al servicio del 16/02/09 al 13/03/09, y que fue evaluada ordenándose reposo hasta el 27/03/09, según lo prescripto por el Dr. Kerschen, por diagnóstico F.32.

Expresa que se solicitó junta médica y se agregan tres certificados médicos, haciendo referencia al de la Dra. Sosa, que el 7/04/09 certifica que la agente está en reposo con diagnóstico F.32 con intentos suicidas reiterados, que presenta baja tolerancia a la función y un cuadro de descompensación psicótico agudo.

A continuación, en el acta de junta médica del día 07/04/09 se indicó diagnóstico F.32, con intento de suicidio, siendo una afectación inculpable del año 2009, con incapacidad laboral temporal permanente, no poseyendo aptitud para su cuerpo y escalafón, se indica el retiro del armamento.

Detalla los comentarios sobre la entrevista en la que la agente manifestó haber realizado un intento de suicido con arma blanca, surgiendo del relato labilidad emocional sin conciencia de situación ni de enfermedad, con baja tolerancia a la frustración, elevada tendencia al acting out, actitud desafiante, ideación paranoide de tipo persecutorio y de perjuicio, con un cuadro actual de descompensación psicótica aguda por la cual se le indica internación en un centro especializado para su seguridad y de terceros.

Posteriormente, señala que la Dra. Sosa y el Dr. Giménez informaron que la causante no se encontraba en condiciones de desarrollar ningún tipo de tareas en la institución policial. Se informó que la actora fue acompañada por su pareja, y que ambos se retiraron antes de notificarse del Acta de Junta Médica.

Apunta que en el expediente administrativo descripto se encuentra agregado el recurso de reconsideración ante la Junta que fue respondido por Disposición interna Nº 107/09.

Refiere el expediente Nº 4207-11468/09, en el que se emitió el Decreto Nº 1754/09, mediante el cual se dispuso el retiro obligatorio, por aplicación de los arts. 14 inc. l) de la Ley 1131, y 29 IV a) del RRCP. Contra él la actora interpuso recurso administrativo solicitando su nulidad, pero fue agregado al expediente administrativo Nº 5000-001238/09, en el que se emitió Dictamen Nº 33/10, y el 03/09/10 se rechazó el reclamo mediante el Decreto Nº 274/10, cuyos considerandos transcribe, a consecuencia de lo cual la actora inició la presente acción procesal administrativa.

En el punto IV –Improcedencia de la Acción-, la demandada expresa sus fundamentos señalando que los actos atacados carecen de vicios que puedan tornarlos nulos o anulables, y que se dio a cada uno de los reclamos de la actora respuesta correcta y fundada (reproduce la argumentaciones).

Destaca que de un análisis comparativo entre lo afirmado en la demanda y los antecedentes descriptos, se advierte que la Junta de Calificaciones decidió calificarla con fecha 04/12/08 con 3.5 puntos por aplicación del art. 28 del RRCP, en base al estudio de su legajo personal, exceso de inasistencias al servicio, antecedentes médicos y de actuación, y concepto laboral vertido por sus jefes superiores, negando que tal calificación se justificara en sus inasistencias por enfermedad.

Aduna que se le explicó a la actora que del análisis del legajo personal surgía que había sido tratada por la junta en los años 2004 y 2005 al haberse postulado para ingresar a la academia Nivel II, obteniendo una calificación de 6 y 6.70 puntos; que en el 2007 fue desafectada del curso de capacitación al igual que en el 2008; que registraba en los últimos tres años un total de 143 ausencias al servicio por razones de salud y que se había efectuado un minucioso análisis del legajo.

Con ello, asevera que no se observan vicios ni arbitrariedades en la decisión, ni una intención injustificada de la institución policial por dejarla fuera del servicio.

Respecto de la afirmación de la actora de no haber concurrido a clases por razones ajenas a ella, argumenta que ello no surge de los antecedentes agregados a la causa, por lo que su falta de realización solo puede imputársele a la agente, no a la institución policial.

Del mismo modo, opone las observaciones de la Junta Médica del 07/04/09, para concluir que es falsa la afirmación de la actora cuando dice que no se le hizo un análisis de su estado de salud, y destaca que ella no especifica por qué y a qué se debió su alegada imposibilidad de concurrir con el informe de su médico tratante.

Niega que del certificado de la Dra. Stutman surja que fuese innecesaria la internación de la actora, ni que se rectificara con él la conclusión de la junta. Tampoco se probó de ninguna manera que lo expuesto en el Dictamen de la Junta Médica Policial hubiese sido falso, solo que no se observó síntomas ni signos de descompensación psicótica. Argumenta que se trata de distintos médicos que pueden diferir en sus conclusiones, diagnósticos y parecer.

Explica que esta Junta se realizó con posterioridad a la calificación de 3.50 puntos, por la que –finalmente- fue decidido el retiro obligatorio, y en nada influyó la calificación realizada cuatro meses antes -diciembre de 2008- por la Junta de Calificaciones y Promociones, con lo dictaminado en abril de 2009.

Invita a observar que en todos los actos atacados, no se analiza el diagnóstico de la junta ni los certificados médicos, por lo que ella no tuvo influencia en la legitimidad del proceder de la administración al calificarla y decidir su retiro.

Considera que de detectarse eventualmente discrepancias entre los facultativos médicos de la Junta y los Dres. Stutman, Enriquez y Kerschner, los actos administrativos que decidieron el retiro obligatorio no serían nulos por tal motivo, ya que en los mismos no se tuvieron en cuenta dichos certificados.

Rechaza que se hubiesen otorgado tareas inadecuadas a la actora, recordando su designación como operadora del sistema CCTV, sin que obren antecedentes de que tal trabajo hubiese sido insalubre ni que fuera atacada la Orden de Servicio por ella.

Agrega que esto es un tema que no se relaciona con el retiro y sus motivos.

Evalúa la normativa en que se fundó el retiro, transcribiendo los arts. 13 y 14 de la Ley 1131 de Retiros y Pensiones, y el art. 29 del Reglamento de Calificaciones Policiales.

Informa que del análisis de los actos administrativos y de las actas de las juntas médicas, surge su plena adecuación a la ley y a la Constitución.

Que la Administración cumplió con los pasos necesarios a través de actos suficientemente motivados. Solicita el rechazo de la acción, para lo cual cita como precedente el Acuerdo Nº 1504, "Leiva".

Luego, en el punto V de su contestación, la demandada expresa sus argumentos en contra de la pretensión actoral de ser reincorporada y de que se le abonen los salarios caídos, resaltando que ello lo pide sin mayores argumentos ni justificaciones. Señala que, en el caso de entenderse que procede la reincorporación de la actora, nunca procedería el pago de salarios caídos, porque el sueldo es la contrapartida de la obligación de prestar servicios y, si estos no se prestaron, no corresponde la exigencia de retribución alguna.

Interpreta que la actora no cumple con el art. 8 de la Ley 1305, pretendiendo ahora lo que no planteó en sede administrativa. Además de no probarlo, ni siquiera aludir a los daños patrimoniales, y tampoco solicitar el pago de una indemnización por ellos, por lo que entiende que esta pretensión debe ser rechazada. Indica que la actora omite mencionar el haber de retiro que cobra mensualmente.

Invoca el criterio de este Tribunal en cuanto a que no procede la mera indemnización por salarios caídos, ni el pago de daños si no se acreditan los prejuicios sufridos, los que en este caso –además- no fueron alegados. Cita precedentes jurisprudenciales locales, y ofrece prueba.

IV.- A fs. 63 y vta. se abre la causa a prueba y se provee la ofrecida, clausurándose a fs. 250 la etapa probatoria.

Puestos los autos para alegar, las partes no hacen uso del derecho.

V.- A fs. 255/264 emite opinión el Fiscal General, quien entiende debe rechazarse la demanda.

Destaca la poca claridad expositiva de los hechos en el escrito postulatorio de la acción, razón por la cual comienza por realizar un repaso de las actuaciones administrativas ofrecidas como prueba. Luego, ingresa al análisis del Decreto 1754/9, advirtiendo que lo será en función del marco normativo y reglamentario en que se apoya, descartando toda consideración respecto al estado de salud de la accionante y a la discrepancia entre la opinión de los médicos intervinientes, ante la falta de prueba al respecto.

En ese contexto, advierte que la actora contaba con varias sanciones, fue desafectada del curso de capacitación y que, a pesar de endilgar dicha situación a razones de servicio, estima que en autos no fue probado que la institución le impidiera cumplir con las exigencias académicas. En función del análisis que realiza, concluye que no aparece como desproporcionada o irrazonable la ponderación realizada por el órgano policial.

Finalmente, brinda las razones por las cuales no observa que haya existido violación al derecho de defensa y debido proceso administrativo, ni ninguna otra que permite descalificar los actos administrativos atacados.

VI.- A fs. 265 se dicta la providencia de autos para sentencia, la que firme, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Vale desde ya adelantar que se comparte el dictamen del Sr. Fiscal referenciado, por lo que se seguirá la línea argumental allí expuesta.

En cuanto a las constancias de autos y las actuaciones administrativas agregadas como prueba, (Exptes. Administrativos Nº 4207-11468/09 y anexo 629; 4200-2672/09; 5000-001238/09 y 5000-001238-001/2010; foja de servicio y concepto de la actora, legajo Nº 169.244), cabe destacar, que en diciembre de 2008 la Junta de Calificaciones y Promociones (JCyPE, presidida por el Subjefe de Policía), analiza las calificaciones, legajos y antecedentes de varios agentes del nuevo cuadro del cuerpo de seguridad – escalafón general, entre ellos el de la actora.

En esa oportunidad, a través del Acta Nº 019/08, la Junta consigna a la actora "una calificación de 3.50 puntos por aplicación de lo establecido en el Artículo 28 del RRCP en base al estudio de su legajo personal, exceso de inasistencias al servicio, antecedentes médicos y de actuación y concepto laboral vertido por Jefes Superiores".

Tal resultado se le notifica el 18/01/09 (fs. 2 del Expte. 4207-114768).

En consecuencia, la Sra. Carrillo interpone recurso de reconsideración el 19/01/09 ante el Presidente de la Junta de Calificaciones, según consta a fs. 40/42 del Expte. 4200-002672/09.

Mediante Disposición Interna Nº 107/09 del 22/01/09 se ratifica la calificación asignada, con expresa motivación en el legajo de la recurrente.

Luego, el Asesor Letrado General de la Policía emite el Dictamen Nº 209/09 (30/04/09), que antecede a la Resolución Nº 908/09 de

la Jefatura de Policía, en la que el Jefe Policial invoca la ineptitud para las funciones de grado de la agente, en base al estudio de su legajo personal, tiempo de permanencia en la jerarquía, antecedentes médicos y razones de salud de larga data, actuaciones y concepto laboral vertido por los Superiores.

La referida Resolución solicita al Poder Ejecutivo la cesación de servicios y pase a situación de retiro obligatorio de la agente, con encuadre en el art. 14 inc. l) de la Ley 1131 y 29 IV del RRCP.

La actora se notifica el 25/05/09 de la Resolución Nº 908/09, según consta a fs. 13/15 del Expte. Nº 4207-11468/09, e interpone recurso administrativo contra ella ante el Ministerio de Seguridad y Justicia el 24/06/09.

Posteriormente, el 03/09/09 se dispone mediante Decreto Nº 1754/09 (fs. 25/26 del Expte. 4207-11468) el pase a retiro obligatorio de la Sra. Carrillo.

Con fecha 16/12/09, la actora interpone otro recurso administrativo contra el Gobernador de la Provincia, que da origen al Expte. 5000-001238/09.

En dicha presentación solicita la declaración de nulidad del Decreto Nº 1754/09, por entender que violenta sus derechos de defensa y debido proceso administrativo, al haberse continuado con la tramitación del Expte. Nº 4207-11468 sin resolver previamente su presentación recursiva ente el Ministerio en el Expte. 4200-002672/09.

Ulteriormente, previo Dictamen Nº 0033/10 del 09/02/10 de la Asesoría General de la Gobernación, el 08/03/10 se dicta el Decreto Nº 247/10 (notificado el 10/03/10), que rechaza el recurso interpuesto ante el Poder Ejecutivo.

En ese acto se analizan los hechos, en particular, todos los antecedentes de la calificación de la Junta de Calificación y Promociones, y la circunstancia advertida en el dictamen jurídico respecto a que el Expte. Nº 4207-11468 se inició en la órbita de la Jefatura de Policía, en tanto el Expte. Nº 4200-002672/09 lo hizo en el –entonces- Ministerio de Justicia, Trabajo y Seguridad, con expresa referencia al art. 58 de la Ley 1284 (la interposición de recursos y reclamos no suspende la ejecución del acto impugnado).

Del mismo modo, el acto desarrolla criterios jurisprudenciales respecto al marco legal y reglamentario de las Juntas de Calificaciones Policiales y sus facultades, y rechaza el recurso.

VIII.- Ahora bien, según el marco normativo del personal policial, las Juntas de Calificaciones para el personal superior y subalterno de la fuerza, tienen como cometido agrupar a los de distintos grados en alguna de las cuatro categorías previstas en el art. 94 de la Ley 715.

El artículo establece: "Las Juntas de Calificaciones para el personal superior y subalterno de la institución constituidas según se reglamente, previo minucioso análisis de los antecedentes de los calificables y las comprobaciones técnicas y personales que estimen necesarias para lograr acabado conocimiento de las situaciones, agruparán al personal de los distintos grados, en la siguiente forma:

a) Apto para ascenso; b) Apto para permanecer en el grado; c) Inepto para las funciones del grado; y d) Inepto para funciones policiales (del escalafón correspondiente).

En el mismo orden, el Capítulo III del Reglamento de Calificaciones y Promociones Policiales RCyPP, regula la intervención de las Juntas de Calificaciones.

Con relación al personal subalterno, señala que serán presididas por el Subjefe de Policía e integradas por oficiales superiores designados por la Jefatura, según art. 22 del RCyPP.

En la misma norma, en el art. 28 se prevé que la misión de las Juntas es "…el estudio de los legajos, fojas de calificación y demás antecedentes morales, de carácter, de idoneidad y demás circunstancias que hagan a la personalidad del calificado, para información del Jefe de Policía en todo lo concerniente a ascensos, cesantías o bajas, según corresponda".

Luego, en su art. 31, prevé que las Juntas "…tendrán a su disposición los legajos del personal, sus antecedentes y calificaciones, incluso: a) sanciones disciplinarias; b) licencias; c) cursos y estudios realizados (policiales y extrapoliciales); e) situación de revista registrada y sus causas; f) fecha de ingreso y destinos ocupados durante la carrera registrados cronológicamente; g) antecedentes personales sobre embargos, reclamos de deudas y otros".

Tras realizar la tarea, las Juntas pueden concluir en el punto IV del art. 29 del RCyPP: Fuera de Cuadro, en tanto la calificación fuera inferior a regular.

Por su parte, la situación de retiro del personal policial se encuentra prevista en el inciso l) del art. 14 de la Ley 1131: "El personal policial en actividad será pasado a situación de retiro obligatorio, siempre que no le corresponda la baja o exoneración, cuando se encontrare en alguna de las siguientes situaciones. l) El personal superior y subalterno considerado por las respectivas Juntas de Calificaciones policiales como 'inepto para las funciones del grado'".

De modo que, de encontrarse al agente en la situación de ineptitud para las funciones policiales del escalafón correspondiente, el retiro obligatorio se impone.

Y vale señalar que la Junta de Calificación no se encuentra limitada a un período temporal, ni está atada a la calificación anual atribuida por los superiores directos del agente en la foja de calificaciones, sino que ésta será un elemento más en la minuciosa y amplia ponderación que se acuerda al órgano policial específico.

2.- Sobre la base de esta normativa, cabe analizar la actuación de la Junta de Calificaciones en el caso concreto, plasmada en el Acta Nº 019/08 "JCyP/2008" del 4/12/2008.

En este punto, tal como lo advierte el dictamen del Sr. Fiscal General, no es posible centrar el análisis en el estado de salud de la actora, ni dirimir la supuesta diferencia de criterios médicos que se erige en la demanda, toda vez que tales extremos –si bien fueron invocados- no han sido acreditados en autos: las testimoniales de Sosa y Chechi no realizan aportes relevantes en ese sentido y mediante RI Nº 130/14 -fs. 234/235-, se declaró la negligencia de la actora en la producción de la prueba pericial psiquiátrica, con lo cual perdió ese medio.

No puede soslayarse que la misma actora proponía que la "…magna discrepancia existente entre los facultativos médicos… hacen necesaria la resolución de las contradicciones por parte de un facultativo imparcial" (fs. 26) y, por ello ofreció una pericia siquiátrica para que dictamine sobre el particular; pero por los motivos expuestos, tal situación no pudo ser zanjada en autos.

De esta forma, la cuestión queda reducida a los argumentos que llevaron a otorgar a la actora una puntuación de 3,50 "...en base al estudio de su legajo personal, exceso de inasistencias al servicio, antecedentes médicos y de actuación y concepto laboral vertido por Jefes Superiores".

Y, llegados a esta instancia, puede repararse que teniendo en cuenta la documentación aportada en relación con sus antecedentes (foja de servicio, diversas sanciones, desafectación del curso de capacitación, incumplimiento de las exigencias académicas, etc.), las facultades valorativas con que cuenta la Junta no han sido ejercidas de modo arbitrario o irrazonable pues no existen en la causa otras constancias que logren evidenciar tales supuestos.

3.- No puede soslayarse que la Administración cuenta con un poder discrecional amplio en la valoración de las aptitudes de su personal, máxime tratándose de personal sujeto a régimen de ascensos y retiros.

Ya en autos: "MORALES LUIS ALBERTO C/PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 2455/08, se sostuvo que "...la organización del aparato administrativo es de competencia del poder administrador, incluida la selección y promoción de sus agentes, y no puede desconocerse la facultad de sujetarse, al efecto, a su propio criterio de eficacia, quedando libre de censura judicial -no de control- lo que disponga en tal sentido, naturalmente siempre que ello no contradiga el principio de legalidad y razonabilidad..." (cfr. Acuerdo N° 322/94, reiterado en Ac. N° 495/97 y 775/01).

En el mismo orden de ideas, este Tribunal ha manifestado que el examen de la Junta no se limita al período que se toma en cuenta para confeccionar la foja de calificaciones, sino que es mucho más abarcador porque debe constituir un minucioso análisis de los antecedentes para lograr acabado conocimiento de las situaciones, y poder emitir una opinión fundada respecto a las cualidades morales, de carácter, de idoneidad y demás circunstancias que hagan a la personalidad del calificado (artículos 94 de la Ley 715 y 28 del RRCP; Acuerdo 1513/08 en autos "PASMIÑO", entre otros).

En resumen, respondiendo los planteos sobre los cuales se ha estructurado la acción: las normas que rigen la actividad calificadora de los superiores directos no son las mismas que se aplican a la labor de la Junta de Calificaciones; para el encasillamiento como "inepto para las funciones del grado", es necesaria la evaluación de la Junta de Calificaciones; el agente agrupado como "inepto para las funciones del grado" debe ser pasado a retiro obligatorio (cfr. artículo 14, inciso k), de la Ley 1131); la Junta de Calificaciones no asigna la calificación anual, que es función de los superiores directos (artículo 17 del RRCP y artículos 66 a 70 de la Ley 715); para cumplir su función la Junta asigna una puntuación al personal evaluado, que no reemplaza a la calificación anual, sino que simplemente sirve de referencia para determinar el agrupamiento que va a integrar cada agente.

Luego, en el contexto de esta causa, la prueba rendida resulta insuficiente para considerar que ha resultado ilegítima la calificación otorgada por la Junta de Calificaciones, tal como fue postulado en la acción entablada.

4.- Desde otro lado, tampoco se advierte que haya existido la denunciada violación al derecho de defensa y debido proceso administrativo por el hecho de continuarse con la tramitación del Expte. Nº 4207-11468, sin resolver previamente su presentación recursiva ante el Ministerio, en el Expte. Nº 4200-002672/09.

En tal sentido, debe recordarse que el principio general es el de la ejecutoriedad de los actos administrativos, vértice desde el cual la interposición de recursos y reclamaciones no suspende la ejecución del acto (art. 58 de la Ley 1284); de modo que, para el régimen procedimental local, es una facultad de la Administración (sea de la que dictó el acto o la que debe resolver la impugnación) disponer, de oficio o a petición de parte, la suspensión del acto por alguna de las causales enumeradas en el artículo citado.

Luego, más allá del acierto o del error de que la Administración haya recurrido a considerar denegado tácitamente el recurso

(siendo que ello es un remedio que se le acuerda a los interesados para paliar los efectos del silencio y poder proseguir con la instancia recursiva hasta llegar a la máxima autoridad con competencia para resolver y, en su caso, dejar habilitada la instancia judicial) lo cierto es que los argumentos que en este sentido fundan la impugnación no son susceptibles de ocasionar la nulidad de los decretos atacados; repárese que de acuerdo a la forma en que se desarrolló el procedimiento, la actora obtuvo la decisión final que le permitió acceder a la vía judicial, obteniendo el acto administrativo que agotó la instancia administrativa.

Por último, también debe recordarse que en tanto el art. 162 de la Ley 1284 es una herramienta para paliar el silencio, el plazo allí previsto (para que el interesado considere denegada tácitamente la petición) no enerva la facultad de respuesta de la Administración.

En el caso, la postura asumida por la Administración, al darle curso a su presentación impugnatoria ante el Poder Ejecutivo Provincial, atendió a dicha finalidad y al emitir el Decreto Nº 274/10, habilitó a la actora a que trajera la cuestión a sede judicial. En su caso, es aquí donde debió proponer todas las pruebas que estimaba conducentes para demostrar que le asistía el derecho que intentaba hacer valer.

5.- Finalmente, tampoco se advierte de las constancias de autos la animosidad personal por parte de la Junta de Calificaciones, o que la agente haya sido perjudicada en su derecho de defensa y debido proceso.

De las constancias de los expedientes agregados por cuerda se desprende que la Sra. Carrillo tuvo intervención a lo largo del trámite de su retiro obligatorio, interpuso los recursos e impugnaciones que estimó necesarios y obtuvo el acto definitivo que le permitió acudir a este sede.

Luego, no habiéndose acreditado que los actos impugnados resulten arbitrarios o irrazonables, lo dicho es suficiente para sellar la suerte adversa de la demanda impetrada.

IX.- En conclusión, analizado el Decreto Nº 1754/09, no se advierte su ilegitimidad o irrazonabilidad, toda vez que se ha emitido teniendo en cuenta lo dictaminado por la Junta de Calificaciones Policiales, tras analizar todos los antecedentes de la Sra. Carrillo, en el marco de las facultades que le son propias.

Respecto de la propia Junta, el enfoque realizado por la actora respecto de la valoración de sus antecedentes de salud, no han quedado acreditados, imposibilitando deslegitimar la actuación.

Bajo estas consideraciones, se propone rechazar la acción intentada, con imposición de costas a la parte vencida, en función del principio general de la derrota contenido en el Art. 68 del CPCyC. ASI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS 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. Marcela Mabel Carrillo contra la Provincia del Neuquén; 2°) Las costas se imponen a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305); 3°) Regular los honorarios a la Dra. ... –apoderada de la demandada-, en la suma de $3.141,92; al Dr. ..., Fiscal de Estado y patrocinante de la misma parte, en la suma de $7.854,80, según arts. 6, 7, 9, 10, 38 y ccs. 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 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

"MENDOZA BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4763/14) – Acuerdo: 31/17 – Fecha: 02/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Jubilación.

HABER JUBILATORIO. DIFERENCIAS SALARIAS.

Corresponde hacer lugar a la demanda incoada en la que alega que el organismo demandado calcula el haber jubilatorio en función de dos categorías (conforme el art. 56 inc 3° de la Ley 611) y por ello sus haberes previsionales quedan por debajo de la protección constitucional. Luego, deberán abonarse a la actora las diferencias correspondientes en los meses que no se respetó el 80%, respecto de la última categoría que poseía al momento del cese (FUC y posteriormente AD3) más rubros percibidos por personal en actividad de carácter habitual y regular, a partir del mes de junio de 2011.

Texto completo:

ACUERDO N° 31. En la Ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de del año dos mil diecisiete se reúne en Acuerdo la Sala Procesal Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, con la presencia de sus integrantes Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Dra. Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "MENDOZA, BERNABE C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. 4763/14, 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. 3/13 se presenta el Sr. Bernabé Mendoza, por apoderado y con patrocinio letrado, e inicia demanda contra el Instituto de Seguridad Social del Neuquén.

Impugna por ilegítima la omisión de abonarle como haber previsional el porcentual mínimo que en proporción con el sueldo activo garantiza el artículo 38° inc. c) de la Carta Magna neuquina.

Asimismo, impugna por ilegitimidad la Disposición del ISSN N° 1844/12 que si bien aclara que no fue dictada como resolución de los reclamos, se emitió en respuesta a una vieja petición efectuada por el Sr. Mendoza en el año 2012.

Solicita se condene a la demandada a adecuar el haber previsional según los parámetros impuestos por el artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial, hacia el futuro como retroactivamente, más intereses y costas del juicio.

Relata que es jubilado del Instituto de Seguridad Social de Neuquén según Disposición del ISSN N° 157 de fecha 4/08/1992 y que su beneficio profesional se rige por el régimen ordinario de la Ley provincial N° 611.

Expone que se desempeñó durante casi veinte años en el mismo cargo y función: inspector de comercio de la Dirección de Industria y Comercio de la Provincia de Neuquén. Su categoría se mantuvo invariable hasta el cese: FUC. Sobre esta categoría y al 80% se jubiló a partir de agosto de 1992.

Afirma que con el tiempo sus haberes previsionales se encuentran por debajo del 80% de la remuneración del trabajador estatal en actividad que se desempeña en similares funciones.

Indica que el Ministerio de la Producción y Turismo (Actual Ministerio de Desarrollo Territorial) dictó un convenio colectivo de trabajo que estableció un nuevo escalafón, con nuevas denominaciones de categorías que engloban a su personal.

Continúa el relato señalando que el organismo demandado dictó una normativa reglamentaria (Disposición N° 1019/09) adecuando los haberes de los jubilados a tales nuevas denominaciones de las categorías que componen la carrera administrativa dentro del citado ministerio.

Señala que el actor es encuadrado en el agrupamiento administrativo, nivel 3, sin embargo cuestiona que el organismo demandado exige los años de antigüedad no solo al momento del "cese" sino durante los tres años calendarios anteriores al cese, y de ese modo ubica la situación del Sr. Mendoza en un puesto intermedio entre los niveles 2 y 3, calculando 27 meses por el primero y nueve meses por el último, y luego aplica el 80% emergente de la Constitución.

Y así, insiste en que el haber sobre el cual se calcula el 80% constitucional no es sobre el equivalente a la última categoría ostentada –equivalente a AD3-, sino un haber calculado sobre dos categorías diferentes.

Agrega el otorgamiento a los activos de una serie de adicionales salariales "no remunerativos" que generan que el organismo demandado no los considere como base del 80% jubilatorio.

Cita jurisprudencia aplicable al caso y concluye que cuestiona la liquidación de haberes efectuada por dos motivos: 1) porque para determinar la base del cálculo (haber activo) se efectuó una mixtura de categorías que resulta improcedente con relación a la que tenía al cese y a su antigüedad en la administración pública a ese momento, y 2) porque en esa base no se están teniendo en consideración los aumentos otorgados a los empleados activos que, como los del art. 4° del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial

N° 2167/10, fueron calificados como “no remunerativos”.

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

II.- A fs. 28/28 vta. se decreta la admisión de la acción por medio de la R.I. 189/14.

III.- A fs. 33/34 la parte actora opta por el proceso ordinario y ofrece prueba.

IV.- A fs. 36 toma intervención el Sr. Fiscal de Estado.

V.- A fs. 49/57 el ISSN contesta la demanda.

Reconoce el carácter de jubilado del actor.

Luego, efectúa las negativas de rigor.

Sostiene que el actor goza de una jubilación ordinaria Ley 611, otorgada por Disposición N° 157/92 de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN.

Afirma que en julio de 2009 se realizó la adecuación al 80% móvil considerando las categorías y adicionales que durante los tres mejores años de los últimos cinco años calendarios anteriores al cese.

Aclara que las categorías que ostentó el Sr. Mendoza durante los tres mejores años de los últimos cinco calendarios anteriores al cese son: FUC durante 9 meses y FUD durante 27 meses, ambas con 18 años de antigüedad. En función de estos datos se le asignó la categoría AD3, vigente en el CCT aprobado por leyes 2570 y 2574 desde el 1/01/2008, por la categoría FUC y la AD2 por la FUD. La determinación del agrupamiento fue realizada de acuerdo al punto 1 y 2 de los criterios de reencasillamiento aprobados por Disposición N° 1.019/09 emitida por la Dirección de Jubilaciones del ISSN, del mismo modo el nivel fue asignado según el punto 1 de los criterios de determinación de nivel.

Asimismo, indica que se le está liquidando el concepto “Complemento Resolución N° 172/07” que le garantiza al reclamante el 80% móvil.

Reitera que ante el reclamo la Subdirección de Pago y Control de la Dirección de Prestaciones de jubilaciones y Pensiones revisó la adecuación realizada sin encontrar diferencias, rechazándose el reclamo por Disposición N° 1844/12.

Explica que las categorías asimiladas para la adecuación del haber en el nuevo convenio colectivo de trabajo fueron la AD3 por 9 meses y la AD2 por 27 meses, teniendo en cuenta la función que desempeñaba y la antigüedad acreditada el momento del cese.

Concluye que se debe rechazar la demanda -con expresa imposición de costas- atento que el reencuadramiento efectuado por el nuevo Convenio Colectivo de Trabajo de los empleados del Ministerio de Producción y Turismo se ajusta a la Disposición N° 1019/09 de la Dirección de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN y se encuentra adecuado al artículo 38° inc. c) de la Constitución Provincial.

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

VI.- A fs. 60/60 vta. se abrió la causa a prueba. A fs. 152 se clausuró dicho período.

VII.- A fs. 164/169 vta. se agregó el alegato de la parte actora y a fs. 170/173 el de la demandada.

VIII.- A fs. 178/180 vta. dictaminó el Sr. Fiscal General quien propicia se haga lugar a la demanda.

IX.- A fs. 181 se dictó la providencia de autos para sentencia la que, encontrándose firme y consentida, coloca a los presentes en condiciones para el dictado del fallo definitivo.

X.- Ahora bien, el actor obtuvo el beneficio de jubilación ordinaria previsto en la Ley 611 (cfr. Disposición N° 157/92 obrante a fs. 69 del Expte. 2408-93838/9), a partir del 01/08/1992.

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

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

Sentado lo anterior y, tal como lo hiciera en numerosos antecedentes (“Fuentealba” –Ac. 40/10-, “Addy” –Ac.45/10-, “Balboa” –Ac. 15/11 y RI. 25/12- y “Naifleisch” –Ac. 96/15- entre otros) me abocaré al análisis de las cuestiones involucradas, a saber: la debida proporcionalidad y movilidad del haber jubilatorio, la interpretación constitucional del sistema previsional provincial y la aplicación del art. 60° de la Ley 611.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La particularidad del tratamiento constitucional es decisivo, el actual art. 38° inc. c) de la Constitución Provincial es claro y fija un piso insoslayable para el legislador, en tanto determina la proporción infranqueable del 80% con relación al sueldo que percibe el trabajador al momento de cesar su actividad para acogerse al beneficio jubilatorio, proporción que en orden a la movilidad que el mismo precepto establece, debe mantenerse a lo largo de su vida en pasividad, constituyendo una precisa instrucción al legislador, de instrumentar un sistema normativo acorde a dichas directivas.

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

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

En las presentes actuaciones el actor sostiene que con el pasar del tiempo no se garantiza la proporción del 80% establecida en la Constitución Provincial.

Sin embargo, el organismo demandado considera lo contrario.

Así, el art. 56 de la Ley 611, establece que: “El haber mensual de las jubilaciones ordinarias y por invalidez será equivalente a un porcentaje que alcanzará desde un ochenta por ciento (80%) a un ochenta y cinco por ciento (85%) del promedio mensual de las remuneraciones actualizadas de acuerdo con las siguientes pautas: Si todos los servicios computados fueren en relación de dependencia, se promediarán las remuneraciones actualizadas percibidas durante los tres (3) años calendarios más favorables, continuos o discontinuos, comprendidos en el período de cinco (5) años también calendarios, inmediatamente anteriores al año de la cesación en el servicio. En caso de que el afiliado optare por el período de tres (3) años calendarios continuos inmediatamente anteriores al año de cesación en el servicio y hubiere desempeñado durante dicho lapso el mismo cargo, para la determinación del haber se tendrá en cuenta la última remuneración percibida por el agente”.

En efecto, surge la aplicación del citado artículo en la contestación de demanda, el alegato y el expediente administrativo (véanse informes de fs. 80, 85, 96 y 110 del Expte. Administrativo N° 2408-93838/9).

De modo que el haber previsional del demandado –y posterior readecuación- se determinó considerando: “Las categorías que ostentó el Sr. Mendoza durante los tres mejores años de los últimos cinco años calendarios anteriores al cese: FUC durante 9 meses y FUD durante 27 meses, ambas con 18 años de antigüedad…”, luego “se le asignó la categoría AD3, vigente en el Convenio Colectivo de Trabajo aprobado mediante leyes 2570 y 2574 desde el 1/01/2008, por la categoría FUC y AD2 por la FUD”.

Sin embargo, el Organismo demandado insiste en que “Actualmente, se le está liquidando el concepto “Complemento Resolución 172/07” que garantiza el 80% móvil”

No obstante, conforme lo ha señalado este Cuerpo en reiteradas oportunidades, el porcentaje garantizado por la Constitución (80%) lo es con relación a los que hubiere percibido el actor de continuar en actividad (cfr. la doctrina del Acuerdo 920/03, en autos “De la Colina”).

En el caso particular del actor, al momento del cese cumplía la función de “Inspector”, categoría FUC (cfr. informe de fs. 98), situación que coincide con la determinación del haber realizada en sede administrativa a fs. 68 del expte. Administrativo N° 2408-93838/9.

Ahora bien, hay acuerdo entre las partes que la última categoría desempeñada por el actor, luego de la vigencia del nuevo escalafón, es equivalente a la categoría AD3.

En consecuencia, dichas categorías -FUC y luego AD3- son las que corresponde aplicar a los efectos de la determinación del haber y posterior movilidad del haber jubilatorio, considerando la antigüedad al cese de: 18 años, 5 meses y 24 días.

Sentado ello, se analizará si dicha proporcionalidad se ha respetado, debiendo incluirse todos los rubros percibidos por el personal en actividad, con carácter de habituales y regulares, más allá de su denominación (cfr. desarrollo efectuado en “Addy” Ac. N° 45/2010, “Aquín” Ac. 106/10, entre otros, a cuyos fundamentos me remito).

XIV.- La cuestión encierra en este punto un tema probatorio, siendo determinantes la evolución de la percepción salarial de la Categoría AD3 suscripta por la Directora de Sueldos del Ministerio de Desarrollo Territorial (a fs. 86/95) y los recibos de haberes jubilatorios que demuestran lo efectivamente percibido por el actor (ver fs. 99/122).

Al confrontar la documentación mencionada -simulación de las liquidaciones de haberes y recibos de haberes acompañados por el I.S.S.N.- se observan períodos –a partir del mes de junio de 2011- en que los haberes abonados a la actora no han alcanzado el piso del 80% garantizado constitucionalmente –respecto a la categoría y antigüedad que ostentaba al momento del cese-.

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

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

Por ello, deberán abonarse a la actora las diferencias correspondientes en los meses que no se respetó el 80%, respecto de la última categoría que poseía al momento del cese (FUC y posteriormente AD3) más rubros percibidos por personal en actividad de carácter habitual y regular, a partir del mes de junio de 2011.

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

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

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

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

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

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

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

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 3726/2012) – Acuerdo: 32/17 – Fecha: 02/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Acción procesal administrativa.

MUNICIPIO. ASOCIACION PROTECTORA DE ANIMALES. PROTECCION DE ANIMALES. ORDENANZA MUNICIPAL. CUMPLIMIENTO DE LA LEY. FUNCIONES ADMINISTRATIVAS.

1.- Corresponde rechazar la acción procesal administrativa incoada por la Asociación Protectora de Animales contra un municipio, por la que solicita se condene a la demandada a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ordenanza N° 2251/04, que tiende a la protección de animales, y a abonar los gastos irrogados en el cumplimiento de tal norma, en virtud de las funciones que –dice- le fueron delegadas y que eran propias del Municipio, en tanto la propia Ordenanza establece que lo normado se implementará en etapas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario, y no advierte en forma acabada que la actora haya acreditado el incumplimiento que denuncia. En consecuencia, la concreción práctica de lo establecido en la Ordenanza está supeditada, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, a juicios de ponderación con ingredientes discrecionales, que pertenecen a la zona de reserva de la Administración; zona en la que este poder jurisdiccional no puede inmiscuirse.

2.- En punto al reclamo por lo que la actora ha abonado para cumplir con las funciones que dice le fueron “delegadas” por la Municipalidad, se concluye que no ha existido tal delegación, en los términos impuestos por la Ley 1284, teniendo en cuenta que la delegación debe ser

expresa y contener una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de la competencia (conf. art. 9 de la Ley 1284).

Texto completo:

ACUERDO N° 32. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los dos días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Señores Vocales, Doctores RICARDO TOMAS KOHON y OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, Doctora Luisa A. Bermúdez, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ALVAREZ ROSA B. C/ MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 3726/12, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- Que a fs. 166/183 se presenta ROSA B. ALVAREZ, por derecho propio e invocando su calidad de representante de la ASOCIACION PROTECTORA DE ANIMALES DE PLOTTIER, con patrocinio letrado, insta acción procesal administrativa contra la Municipalidad de Plottier. Solicita que se condene a la demandada al cumplimiento de lo normado por la Ley N° 14346, Carta Orgánica de la Municipalidad de Plottier y la Ordenanza N° 2251/04 más la indemnización de los daños y perjuicios cuya omisión y negativa a cumplir ha provocado.

Relata que desde el año 2004 se encuentra vigente en la ciudad de Plottier la Ordenanza Municipal N° 2251/04 en virtud de la cual el municipio asume la obligación a través de la Dirección de Bromatología y el departamento Veterinario de recoger a los animales domésticos que se encuentran en la vía pública por medio del servicio de retiro municipal.

Agrega que por la misma Ordenanza se estipuló que los animales capturados serían llevados a lugares de retención adecuados, esto sin mencionar que en virtud de dicha normativa el municipio asumía la obligación de destinar un predio para la instalación de lo que sería una perrera municipal y la construcción de caniles.

Dice que la organización se viene ocupando desde sus comienzos del cuidado de los animales abandonados en la vía pública, lo que se debió principalmente no sólo a su amor por los mismos sino también porque observaron el estado de abandono y mal trato de los que eran objeto constituyendo un peligro no sólo para la salud de éstos sino también para la población en general.

Agrega que por esta razón a la asociación se le asignaron desde sus comienzos funciones que le eran y son propias del municipio y que éste último, de hecho, trasladó sin ningún tipo de ayuda económica los deberes que le fueran impuestos por la Carta Orgánica y la Ordenanza en cuestión.

Dice que entre dichos deberes se encuentra no sólo el cuidado de los animales sino el llevar adelante campañas de tenencia responsable y castración en el ámbito de la ciudad de Plottier.

Agrega que se encarga, a través de los diferentes miembros de la Asociación, de alimentar a los animales que actualmente se encuentran en condiciones de hacinamiento en una porción de terreno ubicado en Perito Moreno y Roca, lugar en el que fueran ubicados por Bromatología, y el resto distribuido en dos hogares pertenecientes a sus miembros, quienes se encargan de vacunarlos y alimentarlos.

Menciona que es el mismo Municipio el que les lleva a los animales, y a su vez, informa a la población en general que la Asociación es la encargada del cuidado de los animales abandonados, cuestión totalmente alejada de la realidad.

Dice que el 5 de mayo de 2011 en virtud de la Ordenanza N° 3225/11 se les entregó un predio ubicado en el lote 5 de la Fracción C5 de la Colonia 2 de Abril de la localidad de Plottier, pero en la reunión que tuvieron con el Intendente el 13 de febrero de 2012 les manifiesta que renunciarán a la donación aduciendo la inconveniencia del municipio para trasladar los animales a ese lugar.

Señala que la asociación viene desplegando funciones propias de la municipalidad, sin contraprestación alguna.

Como consecuencia de ello, formalizó reclamo administrativo el 12 de mayo de 2011 solicitando que el municipio cumpliera con las obligaciones que le impone la Ordenanza. Ante la falta de respuesta y en razón de una intimación proveniente de un funcionario municipal para que abandonaran el refugio, interpusieron pronto despacho, y fueron trasladados a otro predio.

Dice que con la presente acción lo que busca es que el municipio cumpla con las leyes que tienden a la protección animal, como así también se reparen los gastos irrogados por la asociación ante la omisión del municipio.

Solicita la devolución de los gastos que –dice- injustamente han tenido que afrontar para no dejar desamparados a los animales y para favorecer a una mejor calidad de vida de la ciudad. Estima los daños en la suma de $22.694,12, detallando las facturas que acompaña.

Funda en derecho y ofrece prueba.

II.- A fs. 224 mediante RI 280 se declara la admisión del proceso.

III.- Efectuada la opción por el proceso ordinario, y corrido traslado de la demanda, a fs. 235 toma intervención la Asesora General de Gobierno atento la ausencia del Fiscal de Estado en los términos de la Ley 1575.

A fs. 246/250 contesta demanda la Municipalidad de Plottier efectuando las negativas de rigor.

Opone defensa de falta de legitimación.

Dice que la Municipalidad no delegó ningún tipo de deber y/o función en la ONG demandante, resultando tal delegación, en su caso, nula por inconstitucional, pues es sabido que las funciones estatales son en principio indelegables.

Agrega que una delegación de la magnitud que menciona la actora exigiría una norma específica para su perfeccionamiento.

Dice que son falsas las alegaciones de la actora, que son un intento de vincular a la Municipalidad, en el afán de obtener una solvencia económica para su asociación.

Agrega que la acción intentada carece de causa, no existe relación ni contractual ni de ningún tipo que vincule a las partes, y de allí que se invoque no sólo la falta de legitimación activa sino también, y por la misma causa, una manifiesta falta de legitimidad pasiva.

Refiere que la discrecionalidad del poder ejecutivo en el modo de cumplir la ley, siempre dentro del marco de sus límites y funciones, habilita al mismo a estimar y evaluar los plazos y mecanismos de cumplimiento.

Dice que la falta de causa se manifiesta evidente en la reclamación de gastos efectuada por la actora, quien como ONG destinada a fines precisamente acordes al cuidado de los animales realizó de manera voluntaria los gastos descriptos.

Concluye que, mal puede la actora intentar financiar las actividades propias de la ONG con el respaldo presupuestario de la demandada, quien no delegó ni ordenó jamás la realización de tarea alguna a aquella; por el contrario, la Municipalidad colaboró con la entrega en comodato a la actora de un predio para el cuidado de los canes.

Solicita el rechazo de la demanda.

IV.- A fs. 256 se abre la causa a prueba y a fs. 328 se clausura el período y se colocan los autos para alegar. A fs. 332/346 obra agregado alegato de la actora.

V.- A fs. 349/354 se expide el Sr. Fiscal General quien propicia el rechazo de la demanda.

VI.- A fs. 355 se dicta la providencia de autos para sentencia la que, firme y consentida, coloca a estas actuaciones en estado para el dictado del fallo definitivo.

VII.- Para comenzar cabe señalar que la actora, por sí y en representación de la Asociación Protectora de Animales, solicita se condene a la Municipalidad de Plottier a dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ordenanza N° 2251/04, y a abonar los gastos irrogados en el cumplimiento de tal norma, en virtud de las funciones que –dice- le fueron delegadas y que eran propias del Municipio.

Por su parte, la demandada afirma que no ha delegado funciones en la actora, y que la discrecionalidad del poder ejecutivo en el modo de cumplir la ley, siempre dentro del marco de sus límites y funciones, habilita a estimar y evaluar los plazos y mecanismos de cumplimiento.

Agrega que la falta de causa se manifiesta evidente en la reclamación de gastos efectuada por la actora, quien como ONG destinada a fines precisamente acordes al cuidado de los animales realizó de manera voluntaria los gastos descriptos.

Concretamente, la actora le imputa a la Municipalidad de Plottier responsabilidad por omisión en el cumplimiento de lo dispuesto por la Ordenanza 2251/04, y por otra parte, peticiona se la indemnice por los gastos irrogados en el cumplimiento de la obligación incumplida por la demandada.

VIII.- Fijada aquí la cuestión a resolver, corresponde repasar en primer lugar, cuáles son las obligaciones fijadas por la Ordenanza en relación con lo aquí planteado.

La Ordenanza 2551/04 dispone que se implemente a través de la Dirección de Bromatología y su Departamento de Veterinaria, en coordinación con el Consejo Provincial de Educación, Jardines de Infantes, Escuelas Primarias y Medias de Plottier, un Programa Educativo tendiente a brindar información sobre la tenencia responsable de animales domésticos, los derechos y deberes de cada uno de los tenedores, el accionar del Municipio hacia los mismos y los que se encuentren sueltos en la vía pública.

Crea un Registro Municipal de Identificación y Patentamiento de los animales de compañía obligatoria y progresiva, con el objeto de reconocer la responsabilidad civil del propietario, implementa un plan de castración, destina un predio para la construcción de caniles.

El art. 13 establece: “Los animales domésticos que sean hallados en la vía pública serán recogidos por un Servicio de Retiro Municipal el cual recorrerá regularmente las áreas urbanas y suburbanas del ejido municipal”.

“Todo animal capturado será conducido a instalaciones de retención adecuadas donde permanecerá durante cinco días corridos como máximo, notificando al propietario, si el animal estuviere identificado y patentado”.

Artículo 15: “Transcurrido el plazo del artículo 13 de la presente, sin que los animales hubieran sido reclamados por sus dueños, el

organismo responsable determinará el destino de los mismos, adoptando: 1) El sistema de castración correspondiente. 2) Entrega a Entidades Protectoras de animales reconocidas y con personería jurídica para su transferencia inmediata a un tenedor responsable, las que deberán llevar un registro con fechas de ingreso, egreso, estado del animal y nombre del tenedor responsable".

El art. 25 establece: "El Departamento Ejecutivo a través de la Dirección de Bromatología implementará la presente en etapas, que determinará de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario".

Así las cosas, en lo que a esta causa incumbe conforme lo reclamado por la actora, la demandada se encuentra obligada a recoger los animales domésticos que se encuentren en la vía pública –por un Servicio de Retiro Municipal- y a conducirlos a instalaciones de retención adecuadas donde permanecerá durante cinco días corridos como máximo, notificando al propietario, si el animal estuviere identificado y patentado. Y transcurrido tal plazo, determinar el destino de los mismos, adoptando: 1) El sistema de castración correspondiente.

2) Entrega a Entidades Protectoras de animales reconocidas y con personería jurídica para su transferencia inmediata a un tenedor responsable, las que deberán llevar un registro con fechas de ingreso, egreso, estado del animal y nombre del tenedor responsable.

Por otra parte, la misma ordenanza establece que se implementará en etapas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario.

De la prueba rendida en autos, puede advertirse que una de las testigos que declara cuenta que no era la Municipalidad la que recogía a los perros (pregunta cinco, declaración de fs. 306), y por otro lado, la otra testigo declaró "la gente de bromatología recibía animales … y se los daba a la APA para que los cuiden y mantengan. Desconozco si la Municipalidad abiertamente recolectaba animales de la calle pero sí sé que había gente de la municipalidad que recibía los animales y los llevaba a la protectora" (tex. fs. 307 vta.).

A su vez, del expediente N° 073 A4 (agregado en copia a fs. 197/216) surge que –con deficiencias denunciadas por la actora- se encuentra funcionando un quirófano móvil para esterilización. A fs. 203 el Director de Bromatología informa sobre los horarios en los que se dan los turnos y los requisitos a cumplir para la esterilización. Agrega además que en junio el quirófano comenzaría un recorrido por los barrios de la ciudad para aquellas personas que no tengan medios de movilidad para trasladar a sus mascotas.

Finalmente, en las actuaciones administrativas se hace saber que la Asociación debería ocupar un espacio dentro del sector rural, pero la Municipalidad carece de propiedades en dicha área.

En consecuencia, y atendiendo a que la propia Ordenanza establece que lo normado se implementará en etapas, de acuerdo a la disponibilidad de recursos y personal necesario, no se advierte en forma acabada que la actora haya acreditado el incumplimiento que denuncia.

Del texto de la norma (concretamente art. 25) surge que la autoridad administrativa dispone de cierta libertad de apreciación política para cumplir con la manda dictada por el legislador, al punto que condiciona su cumplimiento a la disponibilidad de recursos y de personal.

Estas circunstancias sólo pueden ser valoradas por la Administración; lo contrario importaría que el órgano jurisdiccional incursionara en el ejercicio de facultades discrecionales, potestad exclusiva de otro poder del Estado.

Porque como se ha dicho "...En base a la división de poderes, cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control judicial recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración ("núcleo interno" de lo discrecional), no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por la Administración, pues ello implicaría "administrar, "sustituir" al órgano administrativo competente y "vulnerar" la división de poderes..."(SESÍN, Domingo Juan, "El juez sólo controla. No sustituye ni administra. Confines del derecho y la política", La Ley, 2003-E-1264).

En consecuencia, la concreción práctica de lo establecido en la Ordenanza está supeditada, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, a juicios de ponderación con ingredientes discrecionales, que pertenecen a la zona de reserva de la Administración; zona en la que este poder jurisdiccional no puede inmiscuirse.

IX.- Luego la actora reclama la suma de dinero que ha abonado para cumplir con las funciones que dice le fueron "delegadas" por la Municipalidad.

Ahora bien, en autos no ha existido tal delegación, en los términos impuestos por la Ley 1284, teniendo en cuenta que la delegación debe ser expresa y contener una clara y concreta enunciación de las tareas, facultades y deberes que comprende la transferencia de la competencia (conf. art. 9 de la Ley 1284).

La Asociación Protectora de Animales de Plottier se ha constituido como una Asociación Civil sin fines de Lucro en fecha 2 de abril

de 2011 (personería jurídica otorgada mediante Decreto N° 1911/11) y sus propósitos son: a) Proteger y hacer respetar los derechos de los animales a través de denuncias; b) vigilar el cumplimiento de ordenanzas y leyes de protección animal; c) realizar actividades en forma conjunta con el Municipio y otras instituciones para garantizar el bienestar de los animales; d) interactuar con entidades que tengan un objeto social similar; e) asesorar gratuitamente a personas que necesiten interiorizarse en relación a leyes de protección animal.

En consecuencia, la actividad desplegada por la actora lo ha sido en cumplimiento del objeto que motivara la creación de la Asociación, y con el aporte de los asociados que voluntariamente la integran.

Como afirma el Sr. Fiscal General en su dictamen, no se configura el enriquecimiento incausado si los gastos que dicen haber soportado fueron producto de acciones voluntarias de la Asociación Protectora de Animales de Plottier para lograr sus objetivos autoimpuestos, sin que se haya demostrado una delegación de facultades municipales, sino únicamente una decisión libre de los socios de contribuir con el bienestar de los animales de propia mano y reclamando a las autoridades que hagan lo mismo.

Por los motivos expuestos, propicio al Acuerdo el rechazo de la demanda.

X.- Con relación a las costas, se imponen en el orden causado en atención a las funciones y roles de la accionante (artículo 68 -segunda parte- del CPCyC, de aplicación supletoria). TAL MI VOTO.

El señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. 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 Sr. Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la demanda interpuesta por ROSA ALVAREZ por sí y en representación de la ASOCIACION PROTECTORA DE ANIMALES DE PLOTTIER contra la MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER. 2º) Imponer las costas en el orden causado (art. 68 del CPCyC -segunda parte- de aplicación supletoria). 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

"ACEVEDO FERMINA NORMA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 113/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. DOCTRINA JUDICIAL. EFECTO VINCULANTE. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE. SEGURO COLECTIVO. SEGURO COLECTIVO DE VIDA. OBLIGATORIO Y ADICIONAL. DERECHOS SOCIALES. INTERPRETACION. CONSTITUCION PROVINCIAL. CONSTITUCION NACIONAL. DEBER DE INFORMACION.

1.- Procede declarar admisible el recurso de inaplicabilidad de ley, pues se advierte que la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Neuquén, al desestimar en todas sus partes la demanda, contradice el precedente "Géliz" -Acuerdo N° 46/2010- que fuera invocado por el recurrente cumpliendo así con lo expresamente previsto en Inc. d), del Art. 15° del Ritual Casatorio -efecto vinculante de la doctrina judicial del T.S.J-, y donde este Cuerpo propugnó la función social, finalidad tuitiva y naturaleza alimentaria de los seguros de vida,

obligatorio y adicional. En los presentes, también corresponde priorizar dicha función, pues una interpretación contraria controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén.

2.- Los contratos de seguros de vida no pueden ser reglados de modo tal que desnaturalicen y contraríen su función social (cfr. Acuerdo Nro. 47/2015 "MONTE", del Registro de la Secretaría Civil).

3.- La información constituye un imperativo de buena fe, y por eso fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato. De allí que resulta inoponible a la accionante la restricción de la cobertura -hasta los 65 años- inserta en la póliza emitida por la aseguradora y de la cual no fue oportuna y debidamente anoticiada.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 01. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los siete (7) días de febrero de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los Sres. vocales doctor OSCAR E. MASSEI y doctora MARÍA SOLEDAD GENNARI, por excusación del Dr. RICARDO T. KOHON, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ACEVEDO FERMINA NORMA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Expte. Nro. 113 - año 2014) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 451/459 vta., obra sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad -Sala I-, que revoca el fallo de Primera Instancia obrante a fs. 407/410 vta., y en consecuencia, desestima en todas sus partes la demanda interpuesta.

Contra este decisorio, la actora deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley a fs. 463/479.

A fs. 499/501 vta., a través de la Resolución Interlocutoria N° 281/2015 se declara admisible el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado, con sustento en el inciso d), del Art. 15°, de la Ley Casatoria y se inadmite por las restantes causales.

El señor Fiscal General propicia que se declare procedente el remedio deducido, porque la decisión de Alzada contradice la doctrina sentada por este Tribunal Superior a partir del caso "GELIZ" (fs. 503/506).

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad deducido? 2) En caso afirmativo, ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el doctor OSCAR E. MASSEI, dice:

I. Liminarmente, realizaré una síntesis de los hechos relevantes para la resolución de este recurso.

1. A fs.75/82, FERMINA NORMA ACEVEDO promueve demanda por cumplimiento de contrato de seguro de vida colectivo obligatorio y adicional contra CAJA DE SEGUROS S.A., por el cobro de la suma de $72.286,60.- y/o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con intereses, gastos y costas.

Manifiesta que se desempeñó bajo relación de dependencia en el ámbito del Ministerio de Desarrollo Social. Afirma que en el transcurso de la relación laboral padeció dolencias de orden psicofísico y que tales afecciones -conforme dictamen de la Junta Médica del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (I.S.S.N.)- le ocasionaron una incapacidad absoluta y permanente del 70% e irreversible para todo tipo de tareas. Así, a partir del 1 de julio de 2009, se acoge a los beneficios de la jubilación por invalidez psicofísica.

Dice ser beneficiaria de dos seguros colectivos de vida: uno obligatorio y otro adicional, ambos por el riesgo de muerte y por incapacidad total y permanente que fueron contratados por su ex empleadora con la demandada.

Agrega que no intervino en las tratativas con la compañía aseguradora y, por ende, desconoce los términos del contrato de seguro. Además, que nunca se le hizo entrega de copia de los contratos y/o pólizas respectivas.

Asevera que abonaba mensualmente las primas, por descuento que efectuaba su empleadora de sus remuneraciones.

Indica que la aseguradora, mediante carta documento, declinó la cobertura porque la edad límite para hacerse acreedor del

beneficio es hasta los 65 años y en su caso, a la fecha del siniestro -30/6/2009- superaba el máximo establecido en la póliza de referencia.

2. A fs. 133/145 vta. contesta la demandada, quien realiza una negativa general y particularizada de los hechos afirmados por su contraria.

Como cuestión preliminar, admite que contrató con la Administración Central de la Gobernación de la Provincia del Neuquén dos pólizas de seguro colectivo de vida, uno obligatorio y otro adicional. Refiere que dicha contratación fue instrumentada mediante las pólizas N°5120-9998583-01 y N°5120-9998589-01.

Luego, afirma que las indemnizaciones reclamadas fueron rechazadas porque, respecto del seguro obligatorio fue abonado tempestivamente, y en cuanto al adicional invocaron inexistencia de cobertura porque a la fecha del siniestro -30/6/2009- la señora Acevedo había superado la edad límite de 65 años para la cobertura adicional de incapacidad, conforme los expresos términos del Art. 1° de la Cláusula 87 de Incapacidad Física Total Permanente e Irreversible de la Póliza N°5120-9998589-01.

Apunta que la edad de 65 años se tiene en cuenta al momento del cese laboral; que el capital asegurado del seguro adicional es de $19.000.- y que a partir de dicha edad sólo continuó la cobertura por muerte, además, que el capital asegurado se redujo.

En forma subsidiaria, plantea que las dolencias que presenta la actora no integran el riesgo asegurado. Manifiesta que, al estar claramente determinados el riesgo y las exclusiones de cobertura, y al no existir ninguna cláusula que las contravenga, la extensión de la garantía debe interpretarse literalmente a fin de respetar la autonomía de la voluntad negocial. Sostiene que no debe responder más allá del alcance del contrato de seguro pactado, toda vez que su parte, al momento de efectivizar esa contratación tuvo en mira un determinado riesgo.

Ofrece prueba, funda en derecho y solicita que se desestime la pretensión, con costas.

3. A fs. 407/410 vta., la Jueza de Primera Instancia acoge la demanda interpuesta, y condena a la aseguradora al íntegro pago del capital reclamado –readecuado- de $70.246, con más los intereses a tasa activa del B.P.N. S.A.

4. Contra dicho pronunciamiento se alza la demandada, expresa agravios a fs. 436/442 vta., y son contestados por su contraria a fs. 444/449.

5. A fs. 451/459 vta., la Sala I de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, revoca la sentencia de grado y, en consecuencia desestima en todas sus partes la demanda interpuesta por la actora e impone las costas en ambas instancias por su orden, puesto que –considera- la circunstancia que se le haya descontado a la actora la prima en forma íntegra pudo generar una determinada apariencia que la indujo a creerse con derecho para reclamar.

Argumenta que un seguro de vida e incapacidad, aún el adicional y dada su función social, no puede interpretarse con la estrictez que requieren los restantes contratos de seguros, sobre todo si se tiene en cuenta que quien paga las primas, el asegurado, ni siquiera es el tomador en sentido estricto, toda vez que la compañía aseguradora es elegida por el Estado sin participación alguna por parte de los empleados a quienes se descuenta obligatoriamente las primas del sueldo.

A ello suma que tampoco se notifica ni de la compañía aseguradora ni de los términos de la póliza y que no se entrega certificado alguno.

Precisa que dicha nota distintiva de los seguros bajo examen hace que el asegurado sea ajeno a la discusión del alcance de la cobertura, su determinación, su delimitación y, por consecuencia, de las exclusiones de cobertura.

En el caso concreto explica que, en la pericia médica se determinó que la accionante comenzó con sus dolencias en 2006; que tiene una incapacidad física del 53.45% según Baremo y que su incapacidad por ley 24.241 asciende a 62,65%.

Entonces –concluye-, desde este primer aspecto, el caso se encontraría excluido de la cobertura, al no alcanzar el porcentaje exigido para que la incapacidad se encuentre cubierta. Sin embargo –agrega-, aun soslayando este extremo, no es posible sortear que el riesgo cubierto era sólo el de muerte y no el de incapacidad absoluta y permanente, por así estar previsto en forma clara, expresa y sin ambigüedades en la póliza contratada, al establecer que la edad límite para acceder a la cobertura adicional por incapacidad era de 65 años.

Juzga que no se está ante una situación dudosa que determine que al interpretar el contrato, deba definirse a favor de mantener el amparo del beneficiario y que tampoco la cláusula se presenta como de un contenido abusivo. Se explaya sobre el tópico.

Por dichos fundamentos revoca la decisión anterior.

6. Contra dicho resolutorio, la accionante obtiene la apertura de la etapa extraordinaria que se transita, por vía de Inaplicabilidad de Ley, en virtud de la causal contenida en el Inc. d), del Art. 15°, del Ritual Casatorio (cfr. fs. 499/501vta.).

La impugnante señala que el Ad-quem se apartó de la jurisprudencia sentada por este Tribunal Superior en materia de seguros colectivos de vida a partir de la causa “Géliz”.

Añade que es inoponible a la actora toda cláusula de exclusión de cobertura que limite o exonere de responsabilidad a la

Aseguradora, toda vez que ésta fue adjudicataria de la licitación pública con la finalidad de proveer la cobertura de los seguros de vida colectivo obligatorio y adicional, en tanto la Sra. Acevedo, en su calidad de dependiente del Ministerio de Desarrollo Social, se incorporó a dichos seguros, sin reserva alguna y abonó la totalidad de las primas.

Destaca que su parte fue ajena a las negociaciones contractuales, en las cuales no tuvo ingerencia alguna, ni en la reserva de reducción del precio de la prima o reducción de los capitales asegurados, además de no haber sido notificada de la exclusión de cobertura por la que, a la postre, el Ad-quem desestimó la demanda.

Agrega, que los seguros colectivos exigen ser interpretados de acuerdo con los principios indisponibles en materia de contratos de adhesión que ordenan estar a la interpretación favorable a la parte no predisponente.

II. Que los puntos planteados y debatidos en la presente causa resultan sustancialmente análogos a los resueltos por este Tribunal en la causa: “GÉLIZ ANA MARÍA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" -Expte. N° 107-2009-, del Registro de la Secretaría Civil. Por lo que adelanto opinión en el sentido de que el recurso por Inaplicabilidad de Ley ha de prosperar y así también la pretensión de la accionante, respondiendo a las cuestiones propuestas en primer y segundo lugar.

Para ello, ha de seguirse la postura sustentada en el Acuerdo N° 46/2010 dictado en los autos citados, reproduciendo la línea argumental allí desarrollada, y que llevó a este Cuerpo a propugnar la función social, finalidad tuitiva y naturaleza alimentaria de los seguros de vida, obligatorio y adicional.

En los presentes, también corresponde priorizar dicha función, pues una interpretación contraria controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén.

Como ya se dijo en el precedente “GÉLIZ” el seguro de vida obligatorio debe ser situado en el ámbito laboral. Su objeto consiste en cubrir toda la gama de contingencias y necesidades que afectan individualmente a un sujeto, pero se proyecta socialmente en sus efectos (cfr. Germán BIDART CAMPOS, Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, Editorial Ediar, Bs. As. 1986, pág. 429, citado en Acuerdo N°46/10).

Y que, similares reflexiones resultan aplicables al seguro de vida adicional contratado en el marco expuesto, pues, si sus estipulaciones se hallan vinculadas con el contrato de trabajo, estamos en presencia, sin duda alguna, de un seguro que debe ser situado también dentro del ámbito del Derecho Laboral. Ello es así, por su innegable naturaleza tuitiva y protectora destinada a resguardar al trabajador, en caso de producirse el siniestro que de lugar a la protección del riesgo cubierto.

Los contratos de seguros de vida no pueden ser reglados de modo tal que desnaturalicen y contraríen su función social (cfr. Acuerdo Nro. 47/2015 “MONTE”, del Registro de la Secretaría Civil).

Por otra parte, es determinante que el asegurado, a pesar de su condición de destinatario final de la prestación a cargo del asegurador, no interviene ni influye en el contenido contractual, en sus condiciones particulares, ya que, dada la formación del contrato del seguro, jamás participa en la creación de las condiciones generales.

Por esto, como en ningún otro riesgo es indispensable que, como mínimo conozca el contenido del contrato y todas las modificaciones que se le introduzcan a través de una información clara y precisa (cfr. Rubén S. STIGLITZ, Derecho de seguros, Tomo I, Editorial ABELEDO PERROT, Bs. As., 1998, pág. 609 y s.s.).

El derecho a la información consagrado en el Art. 42 de la Constitución Nacional fue elevado al carácter de principio general del Derecho del Consumidor y, como tal, incide en la interpretación legal y permite cuestionar normas y decisiones que lo afecten (cfr. BARBADO, Patricia Bibiana, “Los principios de confianza y transparencia en las relaciones de consumo, Revista de Derecho de Daños 2016-1 Consumidores, RUBINZAL CULZONI Editores, Santa Fe, 2016, pág. 159 y s.s.)

El deber de información, que es su contracara, está estrechamente vinculado con la confianza y la transparencia que debe existir en estas relaciones (Ibíd.).

En este sentido, cobra fundamental importancia la buena fe, pues el asegurado o el beneficiario es un profano que desconoce gran parte de las cuestiones técnicas de los seguros. Por ello, las aseguradoras deben cumplir con una detallada explicación de la cobertura contratada.

Sentado ello, cabe consignar que, en el sub-judice, la contingencia incapacidad total y permanente se encuentra verificada. Tal hecho es de suma relevancia de cara a la acción promovida, pues la incapacidad laborativa es el presupuesto fáctico que debe concurrir para que el beneficiario tenga derecho a las prestaciones previstas en un seguro de vida por incapacidad. También se constató, que la demandada continúo en la percepción de la prima no obstante la edad de la actora.

Sin embargo, la accionada plantea la exclusión de cobertura con sustento en el límite de edad estipulado en las cláusulas contractuales por ella predispuestas, cuya debida información a la beneficiaria no acreditó. A su vez, se probó que la accionante, desde el comienzo de la cobertura superaba dicho límite, pese a lo cual no se rechazó su incorporación ni se le descontó de sus haberes un porcentaje menor en función de la cobertura parcial –sólo muerte- que aquí se esgrime.

La actora afirmó, al demandar, que nunca tomó conocimiento del contrato de seguro, de sus condiciones y que tampoco se le entregó copia de la póliza. Por su parte, la demandada no aportó prueba alguna tendiente a acreditar tal extremo.

Esta carga pesaba sobre ella, habida cuenta que el Art. 25.3.1 de la Resolución N° 33.463 dictada por la Superintendencia de Seguros –sustitutiva de otras resoluciones anteriores- le impone a la aseguradora, en los casos de pólizas colectivas, el deber de entregar a cada asegurado un certificado de incorporación. Dicha norma reza:

"En las pólizas colectivas deberá entregarse, por cada [...] persona asegurada, un 'Certificado de Incorporación' que contendrá como mínimo los siguientes datos, sin perjuicio de los requeridos en función del riesgo cubierto: a) Número de Póliza; b) Número de Certificado Individual de Cobertura; c) Fecha de emisión; d) Fechas de inicio y fin de la cobertura; e) Nombre, CUIT, CUIL, o DNI y domicilio del Asegurado y/o Tomador consignado en la póliza colectiva; f) Nombre, CUIT, CUIL o DNI del Asegurado -individual—; g) Riesgos cubiertos por cobertura; h) Suma asegurada por cobertura (o base de cálculo para los seguros de Vida Colectivo); i) Franquicias para cada cobertura, en caso de corresponder; j) Carencias para cada cobertura, en caso de corresponder; k) Beneficiarios designados (seguros de personas), en caso de corresponder; l) Premio total correspondiente al bien o persona en cuestión (excepto en los seguros de Vida).

"Cada 'Certificado de Incorporación' deberá numerarse en forma cronológica como un endoso de la póliza respectiva".

Retomando el vértice inicialmente expuesto, en autos se acreditó que la accionante ha sufrido las contingencias que el contrato de seguro debe cubrir, y que la limitación que se pretende aquí hacer valer no fue debidamente informada a la actora (Arts. 42 de la Carta Magna de la Nación y 55 de la Constitución de la Provincia del Neuquén). Por ello, corresponde que la señora Acevedo sea indemnizada.

La información constituye un imperativo de buena fe, y por eso fundamental en todas las etapas de la negociación, desde los preliminares hasta la extinción del contrato. De allí que resulta inoponible a la accionante la restricción de la cobertura inserta en la póliza emitida por la aseguradora y de la cual no fue oportuna y debidamente anoticiada.

No existen dudas de que la información debe brindarse en forma completa, cierta, objetiva, adecuada y gratuita al consumidor. En tanto que el consumidor de seguros se encuentre perfectamente informado sobre sus deberes, cargas, obligaciones, derechos y facultades o sobre los efectos del contrato; lejos de causar problemas en el seguro otorga claridad en el negocio; en la contratación, evita abusos y disminuye la litigiosidad (cfr. PIEDECASAS, Miguel A., "Consumidor y seguros", LA LEY 2014-D, 621, cita online: AR/DOC/1833/2014).En el caso, además, la ejecución del contrato dista de los términos contractuales invocados en su favor por la accionada pues, tal como señala la Jueza de Primera Instancia, la incorporación de la señora Acevedo no fue rechazada y se le descontó la prima de sus haberes en forma total y oportuna.

Una correcta interpretación debe tener en cuenta las conductas que en relación al contrato han tenido las partes, antes, durante o con posterioridad a su celebración.

A mi juicio, la Cámara sentenciante ha infringido las reglas que rigen la interpretación en esta específica materia, y en especial, la buena fe y la equidad, como principios rectores y fundamentales que la dominan. Así, no otorga relevancia al deber de información y, con ello, a la finalidad tuitiva y naturaleza alimentaria de estos seguros.

En este contexto, corresponde declarar procedente el recurso impetrado por la parte actora, por aplicación de lo dispuesto por los Arts. 42 de la Carta Magna de la Nación y 55 de la Constitución de la Provincia del Neuquén, en punto al deber de información, y los argumentos vertidos in re "Geliz", "Camargo" y otros, a los que brevitatis causae me remito, y casar la decisión de Alzada bajo examen, de conformidad con los fundamentos desarrollados.

En consecuencia, por imperio de lo dispuesto en el Art. 17º, inc. c) de la Ley 1.406, y en virtud de los fundamentos expuestos, ha de recomponerse el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación deducido por CAJA DE SEGUROS S.A., pues admitido entonces que pesaba sobre la demandada el deber de información, y el incumplimiento de tal obligación, debe confirmarse, en un todo, la solución emergente del pronunciamiento de Primera Instancia.

III. Con respecto a la tercera cuestión planteada, propongo se impongan las costas de todas las instancias a la demandada vencida (Arts. 68° del Código Procesal y 12° de la Ley Casatoria). MI VOTO.

La señora vocal doctora MARIA SOLEDAD GENNARI, 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, de conformidad Fiscal, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado por la actora a fs. 463/479, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de esta ciudad –Sala I-, obrante a fs. 451/459vta, CASANDO dicho fallo en virtud de la causal invocada y sobre la base de las razones vertidas en los considerandos del presente. 2°) Por imperio de lo dispuesto en el Art. 17°, inc. c), del ritual casatorio, RECOMPONER el litigio mediante el rechazo del recurso de apelación interpuesto por la demandada, confirmando en su totalidad

la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 407/410 vta. 3°) Imponer las costas de Alzada y las de esta instancia a la demandada perdidosa (Arts. 68° del C.P.C.y C. y 12º de la Ley 1.406). 4°) REGULAR los honorarios de los profesionales intervinientes doctores ... –apoderado de la actora-, ... –patrocinante de igual parte-, ... –apoderado de la accionada- ... y ... –patrocinantes de idéntica parte- por sus intervenciones ante la Alzada y en esta etapa Casatoria en un 30% y un 25%, respectivamente, de lo que les corresponda por su actuación en idéntico carácter en primera instancia y según su intervención en una y/u otra instancia (Art. 15° de la Ley Arancelaria). 6°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

Dra. MARÍA SOLEDAD GENNARI - Dr. Oscar E. Massei

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN – Subsecretaria

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

"A.C.U. de N. C/ AMX ARGENTINA S.A. CLARO S/ REPETICIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 26/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de conocimiento.

PROCESO SUMARISIMO. RECURSO DE APELACION. INTERPOSICION DEL RECURSO. EXPRESION DE AGRAVIOS. TRASLADO DEL RECURSO. PLAZOS PROCESALES. CASACION. RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. ERRONEA APLICACION DE LA LEY. JURISPRUDENCIA CONTRADICTORIA. UNIFORMIDAD DE LA JURISPRUDENCIA.

El plazo para interponer, fundamentar y sustanciar el recurso de apelación en los procesos sumarísimos es de dos días.

Antecedente: "SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA" (Expte. N° 8003 - Año 2014).

Texto completo:

ACUERDO N° 2: En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los siete (07) días de febrero de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada por el Sr. vocal doctor RICARDO T. KOHON y el Sr. vocal doctor OSCAR E. MASSEI, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "A.C.U. de N. C/ AMX ARGENTINA S.A. CLARO S/ REPETICIÓN" (Expte. N° 26 - Año 2013) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 244/266 la parte actora –A.C.U. de N.- deduce recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley contra la resolución de fs. 230/240, dictada por la Cámara de Apelaciones local –Sala II-, que revoca parcialmente la resolución dictada por la instancia de grado a fs. 196/198 vta. y, de tal modo, hace lugar a la excepción de litispendencia opuesta por la parte demandada.

Conferido el pertinente traslado a la contraria, a fs. 274/275 vta. contesta solicitando el rechazo del recurso casatorio con costas. A fs. 278/vta. se elevan las actuaciones a este Tribunal Superior.

A través de la Resolución Interlocutoria Nro. 132/15, se declaran admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley -Arts. 18°, apartado 2 y 15°, incisos a) y b), de la Ley 1.406- deducidos por A.C.U. de N.

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

CUESTIONES: a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario, y en el supuesto negativo, resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley?, b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar?, c) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. OSCAR E. MASSEI, dijo:

I. 1. La asociación actora –A.C.U. de N.-, inicia demanda contra AMX AGENTINA S.A. con el objeto de que restituya los montos incorrectamente facturados en concepto de "cargo de factura impresa" a todos los consumidores de la provincia, con más los intereses, y se le imponga una multa en concepto de daños punitivos de $500.000.-; considerando la calidad especializada de la demandada en el rubro, el conocimiento de fallos que declaran la ilegalidad del precio que pretenden cobrar, la magnitud del daño ocasionado y la clandestinidad de la maniobra.

Respecto de su legitimación para accionar, refiere que obtuvo la personería jurídica N° 1133/2010 y está inscripta en el registro legal pertinente, por lo cual viene en representación de todos los consumidores de la Provincia del Neuquén que hayan contratado el servicio prestado por la demandada bajo la modalidad de abono mensual y no se hayan adherido al sistema de facturas electrónicas.

Invocan la gratuidad del trámite prevista en el artículo 53 de la Ley 24.240 (modificada por la Ley 26.361), que la establece para las asociaciones de defensa de consumidores en las acciones de intereses colectivos que inicien.

2. Al dar curso a la acción incoada, se le imprime al proceso el trámite sumarísimo y se exime a la actora del pago de sellados.

3. Al contestar, la accionada interpone como excepciones de previo y especial pronunciamiento, las de incompetencia y litispendencia. En subsidio, contesta la demanda.

4. En primera instancia, la Jueza de grado resuelve (fs. 196/198 vta.) rechazar ambas defensas e imponerle a la excepcionante las costas generadas por la incidencia.

Para así resolver, considera que nos encontramos ante una típica relación de consumo concertada entre particulares. Y tanto la Ley de Telecomunicaciones como el Reglamento de Servicio de Telefonía Móvil, han dejado a la esfera del derecho común la regulación de las relaciones originadas entre prestador y prestatario con motivo u ocasión del consumo del servicio telefónico.

Por lo tanto, entiende que solo cabe admitir que la jurisdicción competente para el caso es la ordinaria común, debiendo sustanciarse la causa en el ámbito local del fuero civil y comercial.

En orden a la excepción de litispendencia, considera que no se encuentra cumplido el requisito formal previsto por el artículo 349 inciso 2° del C.P.C. y C.

Así, refiere que la documentación acompañada es copia simple y no un testimonio propiamente dicho como exige el código de rito. Pero más allá de eso, entre los procesos no se configura la triple identidad requerida, toda vez que si bien la causa es la misma y los sujetos coincidirían -de encontrarse efectivamente legitimada Proconsumer para reclamar judicialmente en nombre de todos los consumidores del país-, el objeto de ambos resulta sustancialmente distinto.

Sobre este último aspecto, apunta que Proconsumer persigue la declaración de nulidad del cargo por factura impresa percibido por la demandada, que se disponga el cese definitivo de dicho concepto, que se restituyan las sumas indebidamente percibidas más los intereses y que se imponga a la accionada una multa civil a favor de todos los consumidores afectados; en cambio, aquí A.C.U. de N. reclama la repetición de los fondos cobrados en exceso por AMX Argentina S.A. y la imposición de una multa civil a favor de la entidad representativa de los consumidores –no a favor de estos individualmente considerados-.

Por lo que, concluye, si bien los objetos de ambos procesos son similares, no son idénticos, lo que obsta el acogimiento de la excepción de litispendencia.

5. La accionada interpone recurso de apelación contra el decisorio de grado dentro del plazo de cinco días, que es concedido en relación y sustanciado con la contraria por idéntico lapso.

6. La parte actora contesta los agravios -en el plazo de dos días- y plantea la inadmisibilidad formal del recurso, solicitando que se lo declare mal concedido toda vez que la acción tramita bajo las normas del proceso sumarísimo –tal como lo establece el artículo 53 de la Ley 24.240 y la Ley 2.268- que se rige por las disposiciones del artículo 498 del C.P.C. y C. y, por lo tanto, todos los plazos son de dos días –a excepción de aquél previsto para contestar demanda y el de prueba- y solo resultan apelables las sentencias definitivas y las providencias que decreten medidas cautelares.

De modo tal que –a criterio de la actora- se impone la declaración de inadmisibilidad del recurso de apelación, desde que ha transcurrido en exceso el plazo de dos días previsto por el ritual al momento de la interposición del remedio por la accionada.

En subsidio, la demandante contesta los agravios de la contraria.

7. La Sala II de la Cámara de Apelaciones local, por mayoría, revoca parcialmente la resolución dictada por la Jueza de grado y hace lugar a la excepción de litispendencia incoada por la demandada.

Primeramente, refiere que tal como se ha señalado en "ACUDEN c/ C.A.L.F." "con relación a la improcedencia de la apelación -con base en lo dispuesto en el art. 498 del ritual- que no obstante ello, tal principio debe ceder en los casos excepcionales en que se resuelven cuestiones ajenas al estricto trámite del proceso abreviado y cuando se produce un agravio insusceptible de ser

reparado… o cuando, agregamos, se deniega el fuero federal oportunamente reclamado por el apelante". Por lo que, encontrándose discutida la competencia de la justicia provincial para resolver el reclamo de autos, se da aquella situación excepcional que habilita el tratamiento del planteo como de previo y especial pronunciamiento y el análisis del recurso formulado por la demandada.

A continuación, trata la excepción de incompetencia y la rechaza por entender que estamos en presencia de una relación de consumo y toda vez que no se discuten normas de naturaleza federal, resulta competente la justicia provincial.

En orden a la excepción de litispendencia, considera que la accionada suplió la presentación del testimonio con el pedido de remisión del expediente, indicando el juzgado y secretaría donde tramita. Además, respecto del fondo, establece que se encuentran reunidas las identidades de causa, sujeto y objeto, en tanto este último recaudo en el caso de autos queda comprendido en el más amplio del juicio pendiente, al igual que sucede con el colectivo de consumidores. Por lo tanto, la sentencia que se dicte en el juicio pendiente tiene la virtualidad de ser invocada por los usuarios de cualquier lugar del país y, consecuentemente, corresponde hacer lugar a la defensa planteada por la demandada toda vez que mediando triple identidad se correría el riesgo de obtener pronunciamientos contradictorios sobre un mismo colectivo social.

8. La parte demandante interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley –incisos a) y b) del artículo 15°, de la Ley 1.406- y de Nulidad Extraordinario -artículo 18, apartado 2, de la ley citada-, contra la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones local –Sala II-.

Como fundamento de su planteo, expone que la Alzada ha aplicado e interpretado erróneamente el artículo 498, inciso 2°, del C.P.C. y C. y su doctrina legal.

En efecto, sostiene que la demandada interpuso fuera de término el recurso de apelación -en tanto dejó transcurrir en exceso el plazo de dos días establecido en la norma mencionada precedentemente-, pese a lo cual la Cámara trató los agravios de la quejosa en el entendimiento de que aquél era temporáneo.

Del mismo modo –dice la impugnante-, en el fallo en crisis se omitió toda consideración acerca de la extemporaneidad del recurso deducido por la accionada, apuntada en la contestación de agravios.

Manifiesta que el vicio alegado se presenta en autos por cuanto la norma contenida en el artículo 498, inciso 2°, del Ritual, establece claramente que todos los plazos en el proceso sumarísimo serán de dos días, salvo el de contestación de demanda y el periodo de prueba, toda vez que la naturaleza de los derechos en juego justifica la necesidad de obtener un pronunciamiento jurisdiccional expedito y rápido.

A continuación, expone los distintos criterios sustentados por las Cámaras de Apelaciones de Zapala y local, acerca del plazo de interposición del recurso de apelación en los procesos sumarísimos, y concluye que el criterio sostenido por esta última importa una modificación sustancial del texto legal del artículo 498 del C.P.C. y C., que conlleva un grave desmedro del principio de división de poderes.

Ello, por cuanto la Alzada aquí interviniente ha entendido que el plazo para apelar en los procesos sumarísimos es de cinco días debido a que el inciso 2° del artículo citado regla el procedimiento de primera instancia, y en las instancias superiores la cuestión debe regirse por las normas procedimentales específicas en la materia, esto es, el artículo 246 del rito.

Además –dice la quejosa-, hay una falta de razón sustantiva en el razonamiento que formula la Cámara en aquel antecedente, desde que la mera interposición del recurso no abre la segunda instancia y por lo tanto debe aplicarse el plazo de dos días previsto normativamente. Y agrega que el argumento ensayado en torno a la reforma legislativa operada a nivel nacional ningún efecto tiene sobre nuestro ordenamiento local.

A continuación, relata los criterios sustentados sobre el tema en distintas Cámaras de Apelaciones y Tribunales del país, y concluye que el plazo para interponer el recurso de apelación en los juicios sumarísimos es de dos días al igual que el plazo para fundarlo, desde que una correcta interpretación de los artículos 498 y 244 del Rito así lo impone.

Por último, aclara que el reducido término previsto en los procesos sumarísimos de ninguna manera afecta el derecho de defensa de las partes, toda vez que no implica la veda del recurso sino la limitación del plazo para su interposición.

Solicita se case la sentencia de la instancia anterior, uniformando la jurisprudencia sobre el plazo para apelar en los procesos sumarísimos (estableciéndolo en dos días) y declarando extemporáneo el remedio deducido por la demandada en autos.

Por otro lado, a través del carril de Nulidad Extraordinario, la recurrente sostiene que la sentencia en crisis importa un acto judicial arbitrario descalificable por cuanto no constituye una derivación razonada del derecho vigente.

Particularmente, expone que de la lectura del decisorio cuestionado surge que la magistrada preopinante juzga que no se ha negado la existencia del juicio pendiente pese a que de las constancias de la causa surge lo contrario.

Es decir –sostiene la quejosa-, el voto de la mayoría arriba a una conclusión inexplicable y manifiestamente contradictoria con las

constancias del legajo, en tanto se funda en actos de mera conjetura.

Además, expresa que es arbitraria la decisión en crisis por cuanto se basa en documentos cuya autenticidad se desconoce y hace lugar a la defensa incoada por la accionada sin que se cumplan los requisitos rituales previstos para tener por acreditada la existencia del litigio, afectando su derecho de defensa.

Y sobre el particular, considera la recurrente que debió declararse la nulidad de la resolución y ordenar la sustanciación de la prueba en forma previa a decidir, por razones de seguridad jurídica y encontrarse menguada la garantía del Juez natural.

9. Que, como ya se consignó, a través de la Resolución Interlocutoria N° 132/15, se declararon admisibles los recursos de Nulidad Extraordinario y por Inaplicabilidad de Ley interpuestos por la quejosa –A.C.U. de N.- por las causales previstas en los artículos 18°, apartado 2 y 15°, incisos a) y b), de la Ley Casatoria.

II. Que al ingresar al tratamiento de la cuestión debatida, se advierte que el punto controvertido esencial que motiva la intervención de este Cuerpo –de cara a los agravios expuestos-, finca en primer término en dilucidar la correcta interpretación de la ley con relación al ejercicio de la facultad apelatoria en los procesos sumarísimos –plazo para la interposición, expresión de agravios y sustanciación del recurso-. Esto es, si resultan aplicables las normas específicas contenidas en el Libro II, Título III, Capítulo II, destinadas a este tipo de trámites (conf. Art. 498, inciso 2°, del C.P.C. y C.) o, las del Libro I, Título IV, Capítulo IV, del mismo cuerpo legal, que rigen lo atinente a los medios de impugnación en general (conf. Arts. 238 y ss.).

Luego, advirtiendo que los agravios expuestos por la recurrente pueden hallar un adecuado tratamiento y respuesta jurisdiccional a través del recurso por Inaplicabilidad de Ley, en virtud de lo prescripto por el Art. 19° de la Ley 1.406, corresponde, a mi juicio, desestimar el remedio de Nulidad Extraordinario incoado (cfr. Acuerdo Nº 22/11 del Registro de la Actuaria).

III. Señalados como han sido los motivos casatorios vertidos por la parte recurrente, en estrecha vinculación con la apertura de esta etapa para uniformar el criterio interpretativo de la normativa aplicable, cabe destacar que una de las funciones esenciales de la casación consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas sin violarlas, ni desinterpretarlas (cfr. HITTERS, Juan Carlos; Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata: 1998, págs. 166 y 259, y en Ac. 12/12, entre otros).

Ahora bien, analizados los puntos planteados y debatidos en esta etapa, se advierte que resultan sustancialmente análogos a los resueltos recientemente por este Tribunal en la causa: “SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA” (Expte. Nro. 8003 – Año 2014), Acuerdo N° 33/16, de trámite ante esta Secretaría Civil, cuyos fundamentos corresponde reiterar aquí en lo sustancial.

IV. En oportunidad de analizar el caso “SMG LIFE” antes referido, se estableció que en los procesos sumarísimos se aplican las reglas generales que en materia procesal correspondan, así como los derechos y garantías contemplados por la Constitución Nacional y su par local.

Dentro de aquellas normas generales, se encuentran los principios procesales que constituyen las directivas u orientaciones genéricas en que se inspira cada ordenamiento jurídico adjetivo.

Ellas tienen por objeto fundamental, servir de base para la estructuración de las instituciones del proceso y constituyen instrumentos interpretativos de gran utilidad.

Uno de esos principios es el de economía procesal, y comprende a todas aquellas previsiones que tienden a la abreviación y simplificación del proceso, evitando que su irrazonable prolongación haga inoperante la tutela de los derechos e intereses comprometidos en él.

Sobre este aspecto, se ha dicho que “como principio general, la economía procesal es el principio informador del proceso, por medio del cual se busca atemperar, coordinar y transformar aquellos conflictos o aparentes contradicciones que surgen entre diversos principios procesales, con la finalidad de armonizar el proceso y lograr que se desenvuelva dentro de un término razonable” (PEYRANO, Jorge W.; Principios procesales, Tomo I, Santa Fe: 2011, pág. 653).

Sus variantes están constituidas por los principios de concentración –tendiente a reunir a la actividad procesal en la menor cantidad de actos-; de eventualidad –en cuya virtud, todas las alegaciones que son propias de cada uno de los periodos preclusivos deben plantearse en forma simultánea-; de celeridad –representado por todas las normas que impiden la prolongación de los plazos y eliminan trámites procesales superfluos u onerosos- y de saneamiento –que acuerda al juez facultades suficientes para resolver in limine todas aquellas cuestiones susceptibles de entorpecer el pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o de determinar en su caso, la inmediata finalización o abreviación del proceso-.

Si bien el proceso configura jurídicamente un fenómeno conceptualmente único, puede presentarse legalmente regulado con distintas modalidades y características, lo cual da lugar a la formulación de distintas clasificaciones.

Así, desde un punto de vista estructural, puede distinguirse el trámite ordinario del especial. El primero de ellos, está regulado por

el artículo 319 del C.P.C. y C. que establece: “Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autoriza al juez a determinar la clase de proceso aplicable”.

El proceso ordinario está estructurado atendiendo a que la ley le asigna la posibilidad de que en él se planteen y decidan, en forma definitiva, la totalidad de las cuestiones jurídicas que pueden derivar de un conflicto entre partes.

Por otro lado, los especiales son todos aquellos procesos judiciales contenciosos (de conocimiento, de ejecución y cautelares) que se hallan sometidos a trámites específicos, total o parcialmente distintos a los del ordinario.

Y concretamente, se caracterizan por la simplificación de sus dimensiones temporales y formales, y en su consecuencia, por la mayor celeridad con que son susceptibles de sustanciarse y resolverse.

Dentro de los procesos especiales se ubican los denominados sumarísimos, que en nuestro ordenamiento ritual se encuentran normados por el artículo 498.

Entonces, cabe referir que el legislador ha regulado los procesos sumarísimos con el objeto de permitir un conocimiento suficiente de la controversia –similar a la de los diseñados por la ley procesal, como el juicio ordinario y el juicio sumario-, aunque con el eje puesto en la celeridad de los tiempos procesales –acortamiento de los plazos, mayor exigencia y concentración de cargas-.

Tal es así, que en la exposición de motivos del Código Procesal nacional se ha consignado:

“En el juicio sumarísimo el factor predominante es la celeridad. Los trámites se han reducido al mínimo indispensable […]”.

Por ello, en esta clase de proceso no serán admisibles las excepciones de previo y especial pronunciamiento, ni tampoco la reconvención.

Y sin dejar de considerar que es necesario un procedimiento ágil como el analizado para que las demandas de los interesados encuentren cauce apropiado, no debe perderse de vista el respeto al derecho de defensa en juicio.

Así,

“… la economía procesal resguarda la máxima tutela de los derechos de los justiciables con el mínimo esfuerzo posible, lo que no quiere decir que se busque la aceleración del proceso como un valor en sí mismo. Por el contrario, tal como señala Cristina Riba Trepat, el principio de economía procesal tiene la virtualidad de ser un principio bidimensional. No observa la aceleración o la rapidez del proceso de forma gratuita, sino que, en función de las necesidades de satisfacción legítima y del principio general de seguridad jurídica, fija el periodo de tiempo adecuado para la correcta realización de cada fase” (PEYRANO, Jorge W.; aut. ya citado Principios procesales, Tomo I; Santa Fe: 2011, pág. 652/653).

Sobre este aspecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado que el particular tiene derecho constitucional a una rápida y eficaz decisión jurisdiccional y advirtió que la garantía de la defensa en juicio no se compadece con la indebida prolongación de la tramitación de los juicios (CSJN Fallos: 269:131; 244:34; 261:132; 265:147).

En la especie, nos convoca el análisis de la correcta interpretación de la ley en punto al ejercicio de la facultad apelatoria en los procesos sumarísimos –plazo para la interposición, expresión de agravios y sustanciación del recurso-.

A tales efectos, la norma contenida en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C., establece que en los procesos sumarísimos “Todos los plazos serán de dos días, salvo el de contestación de la demanda que será de cinco días y el de prueba, que fijará el juez”.

Por otra parte, en el capítulo que regula el trámite de los recursos –concretamente, el de apelación-, se dispone que “No habiendo disposiciones en contrario, el plazo para apelar será de cinco días” (cfr. Art. 244 del C.P.C. y C.).

Esta última regla constituye el principio general que recibirá aplicación en todos los casos, salvo que medie una disposición que establezca lo contrario –esto es, plazos especiales que configuren una excepción al plazo general-.

Y la importancia de precisar el plazo que regirá en el caso para interponer el recurso de apelación radica en su carácter perentorio, de modo que producido su vencimiento sin haberse interpuesto el recurso, la sentencia o resolución respectiva queda firme.

Es que nuestro sistema, organiza al proceso en estadios preclusivos conforme a los cuales, cada grupo de actividades procesales se cierra en un período y una vez concluido no se puede volver sobre él. Esto es lo que se denomina principio de preclusión procesal.

Sobre este aspecto, el artículo 155° del C.P.C. y C. establece:

“Los plazos legales o judiciales son perentorios salvo acuerdo de las partes establecido por escrito en el expediente con relación a actos procesales específicamente determinados.

Cuando este Código no fijare expresamente el plazo que corresponda para la realización de un acto, lo señalará el juez de conformidad con la naturaleza del proceso y la importancia de la diligencia”.

Es decir, el plazo -lapso o período fijado para una determinada actividad- es perentorio cuando la actividad procesal se agota con el vencimiento, al término del plazo de modo fatal, en tanto fija un momento final para el ejercicio de ciertos derechos. Precluye de

tal modo la facultad procesal concedida y caduca el derecho a realizarla en lo sucesivo.

El fundamento de tal disposición radica en que, sostener una solución contraria habilitaría la reapertura de asuntos definitivamente consolidados en el proceso, generándose así una situación de inseguridad acerca de la firmeza de los actos procesales cumplidos. Esto atiende a conducir el pleito en términos de estricta igualdad, en salvaguarda de la garantía constitucional respectiva.

De allí, la necesidad de clarificar la cuestión suscitada en torno al plazo de apelación aplicable en los procesos sumarísimos.

Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades que reúne este tipo de trámite y la finalidad que ha tenido en mira el legislador al regularlo de tal modo -contemplando situaciones que ameritan una solución rápida-, considero que el plazo contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C y C. configura un claro supuesto de excepción al principio general para apelar, establecido por el artículo 244 del mismo cuerpo legal.

De modo tal que, corresponde que en el trámite de apelación de los procesos sumarísimos, se aplique el plazo especial de dos días contenido en el inciso 2° del artículo 498 del C.P.C. y C.

En idéntico sentido, es dable sostener que a los efectos de la fundamentación del recurso y su sustanciación con la parte contraria, también resulta aplicable el plazo de dos días.

Ello así, toda vez que, si bien el artículo 246 del C.P.C. y C. que regla la apelación en relación, en orden a la oportunidad de la fundamentación como a su traslado –único supuesto procedente en los procesos sumarísimos, conf. inciso 4° del artículo 498 del Ritual, que versa: "[…] El recurso se concederá en relación y en efecto devolutivo"-, no contiene una disposición similar a la del artículo 244 en cuanto a que el plazo general rige "no habiendo disposiciones en contrario", lo cierto es que no media en el caso ningún supuesto de excepción -de los establecidos en el inciso 2° del artículo 498- al plazo general de dos días previsto para el proceso sumarísimo.

Asimismo, tal solución se compadece con el espíritu del trámite abreviado en cuestión y resulta congruente de tal modo con el sistema del Código Procesal vigente.

Por lo expuesto, de acuerdo al tratamiento dado al tema debatido en el precedente citado, entiendo que en el caso no ha mediado una correcta interpretación de la normativa aplicable por parte del Tribunal de Alzada, configurándose el vicio alegado por la recurrente.

Ello así, en razón de que la Cámara de Apelaciones local ha admitido el remedio deducido por la demandada como temporáneo y ha tratado la cuestión de fondo planteada, pese a que de las constancias de la causa (cfr. notificación de la resolución apelada de fs. 201 vta., 20-10-11) surge que el mismo ha sido interpuesto habiendo transcurrido el plazo legal (27-10-11, cfr. fs. 211).

Por tal motivo, y más allá del argumento sustentado por la Alzada para ingresar a tratar el recurso -pese al agravio planteado por la actora (cfr. fs. 232 vta., 3° párrafo)-, corresponde acoger el recurso por Inaplicabilidad de Ley incoado por la parte actora y tener por deducida fuera de término la apelación interpuesta por la demandada a fs. 202/211 contra la resolución de grado de fs. 196/198 vta.

Consecuentemente, firme que se encuentre el presente, deberá procederse al desglose del escrito recursivo y a la continuación del trámite en la instancia de grado de acuerdo a su estado.

V. Con relación a la tercera cuestión planteada, las costas de esta etapa y ante la Alzada, atento a las distintas posturas existentes con relación a la temática aquí tratada y la necesidad de unificar la jurisprudencia sostenida por las Cámaras de Apelaciones de la provincia, propicio se impongan en el orden causado (Arts. 68 – 2do. párrafo – del C.P.C.y C. y 12, Ley 1.406); (cfr. Ac. 40/06 del Registro de la Actuaria).

VI. Que con arreglo al criterio expuesto, corresponde declarar procedente el remedio de Inaplicabilidad de Ley intentado por A.C.U. de N. y revocar en todos sus términos la sentencia recurrida por basarse en un recurso de apelación que fue deducido fuera del plazo legal, debiendo declararse extemporánea su interposición y devolverse los autos al Juzgado de origen a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado.

En virtud de todas las consideraciones expuestas, propongo al Acuerdo: 1) Declarar IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario por los fundamentos expuestos en el considerando respectivo. 2) Declarar PROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley impetrado; revocar la sentencia de fs. 230/240, en todas sus partes y su aclaratoria de fs. 243/vta. 3) Imponer las costas en el orden causado. MI VOTO.

El señor vocal doctor RICARDO T. KOHON, dijo: Adhiero a lo manifestado por el doctor OSCAR E. MASSEI, votando en consecuencia en idéntico sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, oído el Sr. Fiscal General, por unanimidad SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Nulidad Extraordinario interpuesto por la actora por los fundamentos expuestos en el considerando respectivo. 2°) DECLARAR PROCEDENTE el recurso de Casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por idéntica parte, en virtud

de los fundamentos vertidos en los considerandos del presente pronunciamiento, revocándose, en consecuencia, la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones local –Sala II-, obrante a fs. 230/240, y su aclaratoria fs. 243/vta. debiendo declararse extemporáneo el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 202/211 y devolverse los autos al Juzgado de origen, a fin de que retome las actuaciones y continúe el trámite de la causa según su estado. 3°) Imponer las costas de esta etapa y ante la Alzada, atento lo considerado en el punto V., en el orden causado (Arts. 68, 2° apartado, del C.P.C. y C. y 12° de la Ley Casatoria) y diferir la regulación de los honorarios correspondientes para su oportunidad. 4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos.

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

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

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - SUBSECRETARIA

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

"FERNANDOIS ERNESTO FABIÁN C/ MENDOZA JOAQUÍN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 427413/2010) – Interlocutoria: 03/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. LEY NACIONAL DE EMPLEO. DECRETO REGLAMENTARIO. AMBITO DE APLICACION. TRABAJADORES RURALES. EXCLUSION. INCOSTITUCIONALIDAD. PRINCIPIO PROTECTORIO. PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACION. DESPIDO INDIRECTO. EMPLEO NO REGISTRADO. INDEMNIZACION AGRAVADA.

1.- La Ley 24.013 fue dictada con el objeto de paliar, como política de Estado, el empleo clandestino, sin efectuar distinción alguna entre trabajadores, por lo cual, el Poder Ejecutivo al dictar el Decreto N° 2725 y excluir al sector agrario, conforme expresa mención del Art. 1°, ha contrariado la letra de la ley que intentaba reglamentar y desnaturalizado su espíritu, excediéndose en las facultades que la Constitución Nacional le otorga en su Art. 99, Inc. 22°.

2.- Le asiste razón al actor en su impugnación constitucional del Art. 1° del Decreto N°2.725/91 -Reglamentario de la Ley Nacional de Empleo N° 24.013-, por haber mediado violación al principio protectorio contenido en el Art. 14° bis, y de no discriminación reconocido en el Art. 16°, ambos de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con igual jerarquía, toda vez que si el actor es un trabajador rural dependiente, hecho que llega a esta instancia sin controversia, y por tanto, pasible de tutela constitucional, no resulta justa ni razonable la decisión de excluir a la actividad agraria del ámbito de protección regulado por la Ley N° 24.013.

3.- A la luz de lo prescripto por el Art. 17°, Inc. c). de la Ley 1.406, habrá de recomponerse el litigio, por lo tanto resulta procedente la multa prevista por el Art. 15° de la Ley 24.013 - duplicación de la indemnización-, al encontrarse configurado en el caso el supuesto objetivo que prevé la norma, desde la negativa rotunda de relación laboral sostenida por el accionado al

contestar la demanda.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 3. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los siete (7) días de febrero de dos mil diecisiete, 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 Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "FERNANDOIS ERNESTO FABIÁN C/ MENDOZA JOAQUÍN S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACIÓN" (Expte. Nro. 427413 - Año 2010) del Registro de la mencionada Secretaría.

ANTECEDENTES: A fs. 484/528 vta. el actor –ERNESTO FABIÁN FERNANDOIS- interpone recurso por Inaplicabilidad de Ley, contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción Judicial -Sala II-, obrante a fs. 471/481. que modifica parcialmente el fallo dictado en la instancia anterior a fs. 346/353 vta., reduciendo el monto de condena a la suma de $4.775,42 en concepto de indemnización por despido indirecto y rechazando la demanda en lo referente al accidente de trabajo alegado.

Corrido traslado, la demandada lo contesta a fs. 532/539 vta, peticionando se rechace el recurso intentado.

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 resolvió plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. Ante todo, resulta necesario resumir los antecedentes relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria bajo examen.

1. Estas actuaciones fueron iniciadas en procura del cobro de las indemnizaciones derivadas del despido indirecto en que se colocó el actor, en el marco de la Ley 22.248, y las multas previstas por las leyes N° 25.323 y N° 24013. Plantea en subsidio, la inconstitucionalidad del Decreto 2725/91.

Conjuntamente, reclama el reconocimiento e indemnización del accidente de trabajo padecido.

El actor relata que ingresó a trabajar para el demandado en el mes de agosto del año 2008, en el establecimiento rural de su propiedad, ubicado en Valentina Sur, realizando tareas de limpieza de cuadros, desmalezado, tala de vegetales, alambrado y mantenimiento, entre otras.

Sostiene que desde su ingreso el vínculo se mantuvo en la total clandestinidad, no obstante sus reiterados reclamos a fin de su regularización, habiendo padecido en ese contexto el accidente de trabajo que denuncia, y por el cual obtuvo cobertura médica en el hospital regional.

Refiere que en marzo del año 2009, intimó fehacientemente por su registración, y denuncia del siniestro padecido, a los fines de continuar con la cobertura correspondiente, habiéndose considerado despedido ante la falta de respuesta por parte del hoy accionado.

Finalmente, y frente al incumplimiento del abono de lo que por derecho le corresponde, inició el presente reclamo judicial.

Culmina practicando planilla de liquidación, ofreciendo prueba, fundando en derecho su presentación y peticionando en consecuencia.

2. A fs. 59/66 vta. contesta demanda el Sr. JOAQUÍN MENDOZA, negando los hechos en general y particular. Expone que el actor jamás trabajó en su chacra, careciendo –dice – de actividad comercial a la época que el accionante denuncia haber desarrollado su tareas.

En ese contexto cuestiona la totalidad de los rubros e importes reclamados en la demanda ante la inexistencia de relación laboral con el Sr. Fernandois.

Por último cita jurisprudencia, ofrece prueba, funda en derecho y peticiona se rechace la demanda en su totalidad, con expresa imposición de costas.

3. En la sentencia de Primera Instancia, obrante a fs. 346/353 vta. se hace lugar parcialmente a la demanda y se condena al accionado a abonar al actor la suma de $104.758,62 en concepto de indemnización por antigüedad, por daño moral, por accidente de trabajo con más intereses.

Por su parte, rechaza las multas previstas en las leyes N° 24.013 y N° 25.323, por no ser aplicables a la actividad agraria

desarrollada por el actor.

4. Ambas partes apelan. A fs. 354/364 vta. obra expresión de agravios del actor, mientras que a fs. 370/401 vta. hace lo propio la demandada.

5. A fs. 471/481, la Cámara de Apelaciones local –Sala II- modifica el decisorio del A-quo, haciendo lugar únicamente a los agravios deducidos por el demandado, referidos al accidente de trabajo, reduciendo el monto de condena, al rechazar la indemnización pretendida del siniestro.

Con relación a la alegada inconstitucionalidad del Art. 1° del Decreto 2725/91, y aplicación de la Ley 24.013, coincide con los argumentos brindados en la instancia de grado, resaltando que, la especificidad de la actividad agraria, justifica –a su entender- la diferencia sustentada en la norma, en relación a aplicación de la multa prevista en le ley nacional de empleo citada.

Por último, rechaza los demás agravios sostenidos por el actor en su apelación.

6. En su impugnación extraordinaria, el actor recurrente invoca las causales contempladas en el Art. 15°, incisos a), b), c) y d) de la Ley 1.406.

Denuncia que la sentencia cuestionada resulta violatoria de principios y derechos constitucionales, en especial el protectorio -Art. 14 bis– y de no discriminación –Art. 16-; como también tratados y Convenciones Internacionales en rango constitucional al desproteger al trabajador rural de las sanciones e incrementos indemnizatorios con que se penaliza el trabajo clandestino.

Sostiene que el Decreto 2425/91, reglamentario de la Ley N° 24.013 resulta inconstitucional, en tanto excede en el ejercicio de la facultad delegada y contraría el espíritu de la legislación que reglamente.

Expresa que se ha infringido el Art. 9, inciso 2° de la L.C.T. referida a la duda sobre la apreciación de la prueba.

Por último, aduce que lo resuelto contradice la doctrina sentada por este Tribunal en la causa in re: “Salinas”.

7. A fs. 543/544 vta. dictamina el Fiscal General, propiciando se desestime el planteo de inconstitucionalidad introducido por el actor.

8. Mediante Resolución Interlocutoria N° 35/2016 –fs. 546/549 vta.- esta Sala Civil declara admisible el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por el actor, circunscripto a la infracción constitucional denunciada en orden al Decreto N° 2725/91 reglamentario de la Ley 24.013, e inadmisibles con respecto a los demás agravios.

II. Para resolver el remedio impetrado, dentro del marco establecido por la impugnación y su réplica, corresponde analizar la constitucionalidad del decreto que dispuso la exclusión, con la salvedad contenida en el Art. 12 de su cuerpo, del ámbito de aplicación de la Ley N° 24.013, a los trabajadores regulados por el Régimen nacional de trabajo Agrario.

1. Pues bien, cabe consignar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal constituye la más delicada de las funciones encomendadas a un tribunal de justicia.

Es que, configura un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico. Por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional (cfr. C.S.J.N., D. 1703. XXXVIII, “Droguería del Sud S.A. c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, 20/12/05, T. 328, P.,E.D. 17-04-05,nro.53.955).

Que además la Corte Suprema tiene dicho en forma reiterada que:

“La misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes ni suplir las decisiones que deben adoptar para solucionar el problema y dar acabado cumplimiento a las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional, todo ello sin perjuicio del ejercicio a posteriori del control destinado a asegurar la razonabilidad de esos actos y a impedir que se frustren derechos cuya salvaguarda es deber indeclinable del Tribunal” (C.S., B. 675. XLI. ROR, “Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ reajustes varios”, 8/08/06, T. 329).

Dentro de este marco debe ser analizada la disposición legal cuestionada.

2. El Decreto N° 2725/91 dictado por el Poder Ejecutivo el 26/12/1991 (tex. Decreto 688/92), resulta reglamentario de la Ley Nacional de Empleo (L.N.E.), estableciéndose en el artículo 1°:

[…] “Los trabajadores a los que se refiere el Capítulo 1 del Título II de la Ley 24.013 son los comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo (L.C.T. t.o. 1976), excepto el Art. 12 de esa ley, que será aplicable además a los trabajadores regulados por el Régimen Nacional del Trabajo Agrario”.

Por su parte, la L.N.E., dedica el Capítulo 1 del Título II, al tratamiento de la regularización del empleo no registrado, sistematizando allí unos de los objetivos para los cuales fue dictada, cual es, la promoción de la regularización de las relaciones laborales, desalentado las prácticas evasoras. (cfr. Art. 2°, Inc. j.).

De este modo, a fin de provocar una disuasión de las prácticas laborales evasivas, y en procura del cumplimiento de esos objetivos, en el mencionado capítulo, la norma se encarga de regular los supuestos en los que existe el “trabajo en negro”, o,

también llamado “trabajo clandestino”, partiendo de determinar con claridad, las hipótesis en las cuales se encuentra correctamente registrado la relación o el contrato de trabajo.

Así, el Art. 7° de la Ley N° 24.013 establece:

[…] “Se entiende que la relación o contrato de trabajo ha sido registrado cuando el empleador hubiere inscripto al trabajador: a) En el libro especial del art. 52 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) o en la documentación laboral que haga sus veces, según lo previsto en los regímenes jurídicos particulares; b) En los registros mencionados en el art. 18, inc. a) Las relaciones laborales que no cumplieren con los requisitos fijados en los incisos precedentes se considerarán no registradas.”

Por su parte, en los artículos 8°, 9°, 10° y 15°, se prevén multas pecuniarias, con naturaleza indemnizatoria, con una clara finalidad persuasiva de esas conductas irregulares que conllevan al trabajo clandestino.

Es más, la propia ley dispone, tal como surge del antes citado Art. 7° L.N.E., que la correcta registración no sólo resulta de los libros contables regulados por el Art. 52 L.C.T., sino también, de los previstos por los regímenes jurídicos particulares.

En este marco, no puede concluírse que la intención del legislador haya sido excluir a los trabajadores agrarios del plan de regularización del empleo clandestino previsto por la Ley N° 24.013, siendo el Poder Ejecutivo, a través del Decreto reglamentario de esa ley, quien dispuso, infundadamente discriminarlos.

En este sentido, entiendo que corresponde revisar la posición expuesta por la Alzada, que encuentra razonable la distinción, sobre la base de las particularidades de la actividad agraria.

Se sostuvo a fs. 474 vta.:

[…] “el planteo en relación a las indemnizaciones derivadas de las leyes 24013 y 23523 e inconstitucionalidad del Art. 1 del Decreto 2725/91 no tendrán acogida toda vez que el trabajador se encuentra amparado por otro régimen jurídico distinto al previsto en la ley de contrato de trabajo y su especificidad, reconocida por el distinto tratamiento jurídico, justifica la diferencia en relación a las multas previstas en la normativa que, como toda sanción, debe ser aplicada restrictivamente”.

Sobre el tópico, no desconozco las opiniones, si bien referidas a las exclusiones previstas por el Art. 2° de la Ley de Contrato de Trabajo, que sostienen que “una situación regulada por un estatuto particular excluye la posibilidad de aplicar la LCT” (cfr. VÁZQUEZ VIALARD, Ley de Contrato de Trabajo comentada, 1° ed. RUBINZAL-CULZONI, T°I, págs. 75 y 77,) mas, no puede compartirse la excepción efectuada por el Decreto cuestionado por carecer de sustento razonable.

Es que la actividad agraria, regulada por la Ley 22.248, también posee naturaleza laboral, y como tal, los trabajadores agrarios son sujetos del derecho del trabajo, alcanzados por la tutela del Art. 14 bis. de la Constitución Nacional en cuanto impone proteger al trabajo, “…en sus diversas formas…”.

Al respecto, ya lo ha dicho el máximo Tribunal Nacional:

“sostener que el trabajador es sujeto de preferente atención constitucional no es conclusión sólo impuesta por el art. 14 bis, sino por el renovado ritmo universal que representa el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que cuenta con jerarquía constitucional a partir de la reforma de 1994 (C.N., art. 75, inc. 22). Son prueba elocuente de ello la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 23/25), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XIV), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (arts. 6 y 7), a lo que deben agregarse los instrumentos especializados, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (art. 11) y la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 32)” (CSJN en autos “Vizzoti, Carlos Alberto c. AMSA S.A.") La Ley 24.013 fue dictada con el objeto de paliar, como política de Estado, el empleo clandestino, sin efectuar distinción alguna entre trabajadores, por lo cual, el Poder Ejecutivo al dictar el Decreto N° 2725 y excluir al sector agrario, conforme expresa mención del Art. 1°, ha contrariado la letra de la ley que intentaba reglamentar y desnaturalizado su espíritu, excediéndose en las facultades que la Constitución Nacional le otorga en su Art. 99, Inc. 22°.

Es que, “cuando una disposición reglamentaria desconoce o restringe irrazonablemente derechos que la ley reglamentada otorga, o de cualquier modo subvierte su espíritu y finalidad, contraria el principio de jerarquía normativa, y configura un exceso en el ejercicio de atribuciones que el Congreso concede al Ejecutivo” (CSJN, Fallos 327:1932).

Sobre el particular, se ha destacado que la arbitrariedad reglamentaria desreguladora propia de aquella época, posibilitó que lo sustancial de la Ley Nacional de Empleo, en cuanto a la protección dirigida a conseguir la registración de todos los trabajadores clandestinos, les haya sido negada por vía del artículo 1° del decreto 2725/91 al sector agrario, resultando manifiesta la desigualdad con el resto de los obreros, con el agravante de que, pese a que por mandato constitucional el sujeto protegido debe ser el trabajador, en el caso se presentó que el único doblemente beneficiado es el empleador, tanto por lo indicado, como por el hecho de no verse contenido en la posibilidad de las intimaciones que persiguen la regularización registral bajo las sanciones indemnizatorias para el supuesto de inobservancia. (Cfr. Cristian REQUENA, “El estatuto del trabajador agrario y sus

particularidades frente al régimen laboral común, RDL Actualidad – Año 2008-N° 1- pág. 123, RUBINZAL-CULZONI.)

3. Por último estimo relevante destacar que en la actualidad se encuentra vigente el Nuevo Estatuto del Peón Rural, regulado mediante Ley N° 26.727, sancionada y promulgada el 27 de diciembre del año 2011, y cuyo Art. 108° expresa:

[…] "Serán de aplicación supletoria al presente régimen las disposiciones establecidas en las leyes 24.013, 25.013, 25.323 y 25.345 o las que en el futuro las reemplacen".

Tal como puede extraerse del diario de sesiones extraordinarias llevadas adelante el 21 y 22 de diciembre del año 2011, el proyecto de esta ley, "fue presentado con la intención de eliminar toda desigualdad entre el obrero rural y el resto de los trabajadores del sector privado" -senadora Sra. Corradi de Beltran-. Y también, que "se están violando igualdades constitucionales, no solamente la que rigen en materia laboral, sino también, la de igual tarea, para tener a través de la legislación una igual inclusión en el sistema previsional" –senador Sr. Sanz-.

4. A partir de estos conceptos, entiendo que la respuesta jurisdiccional, en este caso, debió ser compatible con el mandato constitucional de proteger el trabajo en sus diversas formas, reforzado por las tutelas consagradas en los instrumentos Internacionales sobre Derechos Humanos Fundamentales. Trabajo que incluye a la actividad agraria.

Entonces, si el actor es un trabajador rural dependiente, hecho que llega a esta instancia sin controversia, y por tanto, pasible de tutela constitucional, no resulta justa ni razonable la decisión de excluir a la actividad agraria del ámbito de protección regulado por la Ley N° 24.013.

En igual sentido lo ha entendido también el Máximo Tribunal de Justicia de la provincia de Corrientes, en los autos in re "Sosa, Rafael y otro vs. Maidana Ulises y otros s/ indemnización, declarando la inconstitucionalidad del Art.1° del Decreto 2725/91 (cfr. cita online RC J 8963/14, RUBINZAL ONLINE).

Por todo lo expuesto, considero que le asiste razón al actor, en su impugnación constitucional.

III. Que, en consecuencia, propongo al Acuerdo: 1) Se declare la procedencia del recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor –ERNESTO FABIÁN FERNANDOIS- por haberse configurado la infracción constitucional alegada en orden al Art. 1° del Decreto N°2.725/91, por haber mediado violación al principio protectorio contenido en el Art. 14° bis, y de no discriminación reconocido en el Art. 16°, ambos de la Constitución Nacional y Tratados Internacionales con igual jerarquía. 2) Casar la sentencia de la Cámara de Apelaciones de la ciudad de Neuquén en el aspecto analizado.

IV. Que a la segunda cuestión planteada. Y a la luz de lo prescripto por el Art. 17°, Inc. c). de la Ley 1.406, habrá de recomponerse el litigio.

A tal fin, y sobre la base de los argumentos expuestos en los considerandos que anteceden, corresponde hacer lugar a la apelación deducida por el actor en lo relativo a la declaración de inconstitucionalidad del Art. 1° del Decreto N° 2.725/91. En consecuencia, tendrá que revocarse lo resuelto sobre este particular en los decisorios de Primera y Segunda Instancia, resultando por tanto procedente la multa prevista por el Art. 15° de la Ley 24.013, al encontrarse configurado en el caso el supuesto objetivo que prevé la norma, desde la negativa rotunda de relación laboral sostenida por el accionado al contestar la demanda.

V. La multa aquí admitida será liquidada en origen, sobre la base de la indemnización determinada a fs. 348 vta., en los términos del Art. 76° de la Ley 22.248, que ha quedado firme en las instancias anteriores.

VI. A la tercera cuestión planteada, atento a la forma que se resuelve, corresponde mantener la imposición de costas de las instancias anteriores por su orden (fs. 481), en razón de la procedencia parcial del recurso de apelación (Art. 68°, segunda parte, 279° C.P.C.C. y 17 Ley 921). Y las de esta etapa, imponerlas al accionado en su calidad de vencido, con relación al recurso casatorio aquí deducido por el actor. (Art. 12° de la Ley 1.406). MI VOTO.

El señor vocal Dr. OSCAR E. MASSEI dice: Comparto los fundamentos y la solución propuesta por el Dr. RICARDO T. KOHON en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

VII. De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Declarar PROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por el actor -ERNESTO FABIÁN FERNANDOIS- a fs. 484/528 vta., por haber mediado las causales previstas en los incisos a) y b) del Art. 15° de la Ley 1.406, en orden a la infracción constitucional alegada del artículo 1° del Decreto 2.725/91, y, de consiguiente, CASAR el pronunciamiento dictado a fs. 471/481 por la Cámara de Apelaciones local –Sala II- en el tópico analizado, por haber mediado violación al principio protectorio contenido en el Art. 14° bis y de no discriminación reconocido en el Art. 16°, ambos de la Constitución Nacional y tratados Internacionales con igual jerarquía. 2º) A la luz de lo dispuesto por el Art. 17º, Inc. c), del ritual, REVOCAR lo resuelto sobre este particular en las instancias anteriores. DECLARAR la inconstitucionalidad del Art. 1° del Decreto 2.725/91, y consecuentemente, HACER LUGAR al reclamo de la multa prevista en el Art. 15° de la Ley N°24.013 que deberá liquidarse en origen conforme lo determinado en el considerando pertinente. 3º) MANTENER la imposición de las costas de las instancias anteriores por su orden, en atención a lo expuesto en el considerando

respectivo. Y las de esta etapa, imponerlas al accionado en su calidad de vencido, con relación al recurso casatorio aquí deducido por el actor. (Art. 12° de la Ley 1.406).4) DEJAR SIN EFECTO los honorarios regulados en las instancias anteriores, los que deberán readecuarse al nuevo pronunciamiento y REGULAR los emolumentos de los letrados intervinientes, doctores ... y ... apoderados del actor-; y ... –patrocinante del demandado- ante la Alzada y en la etapa Casatoria en un 30% y un 25% respectivamente, de la cantidad que corresponda en su caso, por la actuación en igual carácter al asumido en sendas etapas, y conforme oportunamente se regule en Primera Instancia por la labor en dicha sede (Arts. 15 y 20 de la Ley de Aranceles). 5) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"VÁZQUEZ DOMINGO DE LA CRUZ C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 121/2013) – Acuerdo: 04/17 – Fecha: 07/02/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. DAÑOS Y PERJUICIOS. COLISION DE UN TREN A UN AUTOMOVIL. CUPLA DE LA VICTIMA. DOCTRINA LEGAL. ABSURDO. PRUEBA.

1.- Resulta improcedente el recurso de Inaplicabilidad de ley articulado contra la sentencia de Cámara que rechazó la demanda por la aplicación del art. 1113 segundo párrafo in fine del Código Civil de Vélez al entender que existió culpa exclusiva de la víctima al trasponer el paso a nivel en donde resultó colisionada por el tren, toda vez que lo relevante para la resolución del caso, esto es, que la conducta asumida por la víctima generó la interrupción total de la cadena causal entre el hecho y el daño. Ello así, más allá de lo informado por la C.N.R.T (…), esto es, que el paso a nivel de marras es un cruce no habilitado, pues esa circunstancia no tuvo incidencia causal en la producción del evento dañoso, en un todo de acuerdo a lo sostenido en los pronunciamientos dictados en la presente (…). En suma, si el actor conocía la existencia del paso a nivel, la visibilidad el día del accidente era buena, y vio a la locomotora antes de emprender el cruce, la conclusión a la que arriba la Alzada resulta razonable. Y esto es así porque la prueba rendida evidencia que la causa del accidente fincó en la temeraria conducta del conductor del rodado que colisionó con el tren, siendo éste el factor desencadenante del evento dañoso.

2.- Resulta insuficiente para configurar la doctrina del absurdo en la apreciación del material fáctico de la causa en casación, intentar confrontar la propia ilación –preciada como correcta- con la otra hecha por quien sentenció, para concluir en la inexactitud de esta última. Ello, desde que tal método ignora la tarea intelectiva plasmada en la sentencia, limitándose a anteponer sólo una posición diferente. Consiguientemente, no se advierte que en la tarea ponderativa y

las consiguientes conclusiones, volcadas en la sentencia en crisis, se incurra en absurdidad.

Texto completo:

ACUERDO NRO. 4. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los siete (7) días de de febrero de dos mil diecisiete, 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 Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios, doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "VÁZQUEZ, DOMINGO DE LA CRUZ C/ FERROSUR ROCA S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nro. 121 - año 2013) del Registro de la Actuaria.

ANTECEDENTES:

A fs. 634/640 vta. la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta ciudad –Sala II- confirma la sentencia de Primera Instancia obrante a fs. 572/579 vta., que rechaza la demanda interpuesta por el accionante. Ello así, porque considera que existió culpa exclusiva de la víctima en el evento dañoso.

Contra dicho resolutorio, el actor, a fs. 644/671 vta., interpone recurso por Inaplicabilidad de Ley con base en las causales previstas por el Art. 15°, incisos a), b) y c), de la Ley 1.406, y obtiene la apertura de la instancia mediante Resolución Interlocutoria N° 190/15 (fs. 711/712 vta.).

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que este Tribunal resuelve plantear y votar las siguientes

CUESTIONES: I) ¿Resulta procedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido? II) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? III) Costas.

VOTACIÓN: conforme al sorteo realizado, a las cuestiones planteadas, el Dr. RICARDO T. KOHON dice:

I. En primer lugar realizaré una breve reseña de lo acontecido en autos.

1) A fs. 94/117 vta. la parte actora demanda a Ferrosur Roca S.A. y al Sr. Carlos Alberto Palomeque, con fundamento en el Art. 1113, 2do. párrafo, del Código Civil (Vélez Sarfield), por los daños extrapatrimoniales y patrimoniales sufridos por su parte, como consecuencia del accidente ocurrido el 7 de julio de 2008. Posteriormente desiste de la acción contra el Sr. Palomeque a fs. 240.

Explica que ese día, aproximadamente a las 15 horas, circulaba en el vehículo marca Volkswagen, modelo Saveiro, dominio TWT 501, hacia el acceso a la planta de la empresa Capex S.A. a la altura del paraje China Muerta (kilómetro 1246) y en el momento en que se encontraba cruzando el paso a nivel ferroviario es embestido por la locomotora de la empresa Ferrosur Roca S.A., conducida por el Sr. Palomeque.

Indica que la locomotora era conducida marcha atrás, sin luces, ni bocina, a velocidad excesiva y en un paso a nivel sin barreras ni medidas de seguridad apropiadas –a pesar de ser zona de paso obligado para ingresar a Capex S.A.-.

Denuncia que, a raíz del hecho, fue internado en el Hospital Regional Neuquén con el diagnóstico de traumatismo encéfalo craneano con hematoma subdural y encefálico, con pérdida de conocimiento y secuela en memoria, traumatismo de ATM derecha con secuela funcional, signos de stress post traumático y secuela en hombro derecho. Su médico tratante determina una incapacidad del 36%.

Reclama que la accionada le indemnice el daño material por la incapacidad física, el daño moral, psíquico y la frustración de chances y posibilidades de desarrollo. Asimismo, pide se le paguen los gastos que demande el tratamiento psicoterapéutico, gastos médicos, de farmacia, kinesiología y de traslados.

2) A fs. 166/177 contesta demanda FERROSUR ROCA SA. quien esgrime como eximente de su responsabilidad la culpa exclusiva de la víctima.

Sostiene que la locomotora circulaba a velocidad reglamentaria, que hizo sonar la bocina en forma continua y que, al llegar al kilómetro 1218, el rodado del actor colisionó con el tren al intentar cruzar el paso a nivel.

Indica que, de las fotografías adjuntadas por el propio reclamante, surge que la locomotora no transitaba en reversa, que no existían arbustos y que el accidente no tuvo la magnitud alegada.

Refiere que el paso a nivel tiene la señalización que manda la normativa vigente de la Secretaría de Transporte S.E.T.O.P. N° 7/81 y Decreto n° 747/1988, sin que sea necesario la colocación de barreras.

3) Producida la prueba ofrecida, se ponen los autos para alegar.

4) A fs. 572/579 vta. la Jueza de Primera Instancia rechaza la demanda porque entiende que se probó la eximente de responsabilidad culpa de la víctima.

Considera que, conforme el curso natural de los acontecimientos, el actor debió advertir la presencia de la locomotora porque no

existen pruebas que indiquen que la visibilidad estuviera obstaculizada y, además, el cruce está advertido con la cruz blanca, lo que imponía detenerse.

En esa senda, sostiene que la Ley N° 24.449, Arts. 41, inciso b), y 48, inciso k), exigían al actor una mayor diligencia en el cruce ferroviario, pues no es posible exigir al conductor del tren que se detenga cuando un automotor cruce el paso, desde que no es esa la manda legal.

Expresa que no se acreditó que el cruce no estuviera debidamente advertido o que sus características impusieran mayores precauciones.

Concluye que la conducta negligente del actor ha sido la determinante para la existencia del accidente.

5) A fs. 634/640 vta. se expide la Cámara sentenciante, la cual confirma lo resuelto en la instancia de origen pues comparte que existió culpa exclusiva de la víctima en el evento dañoso.

Considera que el actor conocía el camino a recorrer para llegar a Capex S.A. y que ese conocimiento incluía el cruce ferroviario y su ubicación.

Además, advierte que del informe de fs. 406/407 surge que dicho cruce contaba con señalización vertical tipo cruz. Y si bien la Comisión Nacional de Regulación del Transporte informa (a fs. 410) que se trata de un cruce no habilitado, la Alzada juzga que ello no incidió en la producción del accidente pues se encontraba señalizado y era conocido por el conductor del vehículo.

Agrega que la condición de paso no habilitado no tiene más relevancia que la adopción de medidas especiales por parte de la empresa ferroviaria, en el caso, reducción de la velocidad.

En punto a las deficiencias en la señalización que parece indicar el perito a fs. 406/407, entiende que carecen de importancia por el conocimiento del camino que tenía el actor.

Asimismo, señala que tampoco surge de la legislación vigente que sea la demandada quien deba asumir la señalización activa del cruce ferroviario, toda vez que de acuerdo con el Art. 3°, inciso b), del Decreto N°747/1988 –reglamentario de la Ley Nacional N° 2873- dicha obligación se encuentra a cargo de las entidades viales.

En cuanto a la velocidad en la circulación del tren, la Cámara considera que, si bien existen divergencias entre las velocidades indicadas por el perito y el testigo Ávalos, lo cierto es que el Reglamento General de Ferrocarriles (Decreto N° 90.325/36) establece en los 70 km/hora el límite máximo de circulación para locomotoras diesel. Además, el Art. 33° del mentado reglamento autoriza la circulación indistinta de las locomotoras hacia adelante o atrás.

En suma, la velocidad de circulación de la locomotora, o la variación del sentido de circulación, no hubieran impedido el impacto, pues fue la imprudencia del actor la causa exclusiva del hecho dañoso.

6) Disconforme con este pronunciamiento la parte actora interpone recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley con fundamento en el Art. 15°, incs. a), b) y c), de la Ley 1.406.

En cuanto a las dos primeras causales citadas, expresa que la sentencia recurrida viola y aplica erróneamente los Arts. 1113, 1109, 512 y 902 del Código Civil (Vélez Sarsfield), 41, Inc. b) de la Ley N° 24.449; Art. 3°, Inc. b) del Decreto N° 747/1988 reglamentario de la Ley Nacional N° 2873; y el Reglamento General de Ferrocarriles (Decreto N° 90.325/36).

Sostiene que la Alzada pone el énfasis sólo en la conducta del actor para, al propio tiempo, liberar de responsabilidad al dueño de la cosa riesgosa quien tenía a su cargo la adopción de medidas de seguridad para evitar la producción de accidentes como el de marras.

En ese orden, entiende que la culpa de la víctima, con aptitud de romper el nexo causal, no fue fehacientemente acreditada por la demandada.

En punto a la causal prevista en el inciso c) del Art. 15° del ritual casatorio, afirma que la sentencia en crisis no constituye una derivación razonada de la valoración de la prueba porque arriba a conclusiones insostenibles.

Para sustentar ello, la quejosa argumenta que la Cámara se limita a un estudio parcial y aislado de los diversos elementos probatorios sin integrarlos ni armonizarlos debidamente en su conjunto, razón por la cual el fallo atacado deviene arbitrario.

Así, denuncia que la Alzada yerra al restarle importancia al hecho de que el paso a nivel no se encontraba habilitado por la C.N.R.T. y sostener que ello carece de incidencia en la producción del accidente.

A continuación, desbroza los argumentos brindados por el Ad- quem y los refuta con su propio análisis del material probatorio.

En suma, sostiene que deviene absurdo el razonamiento utilizado por la Cámara para considerar que, en el caso, la culpa exclusiva de la víctima ha sido probada.

Trae a colación el estándar elaborado por este Cuerpo en orden a la interpretación que cabe otorgarle al Art. 1113 (Código de Vélez) e insiste con que hubo una valoración irrazonable del plexo probatorio, pues del mismo no surge acreditado que el hecho de la víctima –cruzar la vía férrea- reúna los recaudos de imprevisibilidad e inevitabilidad.

II. Previamente al análisis del recurso y conforme lo dispuesto por este Cuerpo en el Acuerdo Nro. 7/16, al dictarse esta sentencia luego de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, sancionado por Ley 26.994 –y modificado parcialmente en cuanto a su sistema de derecho transitorio por Ley 27.077- corresponde establecer que este litigio se juzgará con el marco legal en el cual nació.

Ello así, en tanto en lo que respecta al derecho de daños, éstos se deben dirimir acorde al contexto en el cual acontecieron, lo que nos conduce a aplicar las disposiciones anteriores. Doctrina y jurisprudencia coinciden en que la responsabilidad civil se rige por la ley vigente al momento del hecho antijurídico dañoso. (Cfr. AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Editorial Rubinzal-Culzoni Editores, págs. 100 a 104, 158 y 159 citado en Acuerdo Nro. 7/16 del registro de esta Secretaría Civil).

Por lo que el análisis de la responsabilidad habrá de revisarse a la luz del Código Civil de Vélez Sársfield.

III. Sentado lo expuesto, respecto del recurso por Inaplicabilidad de Ley planteado, la vía fue declarada admisible por las causales del Art.15º, incisos a), b) y c), de la Ley Nº 1.406, a saber: violación e interpretación errónea de la ley y doctrina legal y, absurdo probatorio

1. Como es sabido, el carril antedicho (comprensivo de los incisos a) y b), constituye una de las principales funciones de la casación y consiste en el control del estricto cumplimiento de la ley y de la doctrina legal. Es la más antigua misión que lleva a cabo dicho instituto, e implica cuidar que los Tribunales de grado apliquen las disposiciones normativas, sin violarlas ni desinterpretarlas (cfr. Acuerdos Nº 6/11, 34/15, 52/15, 19/16, del registro de esta Secretaría Civil).

En este orden de ideas, una norma jurídica puede ser infringida de diversos modos o maneras, ya sea aplicándola a casos que no están subsumidos en ella; sea dejando de aplicarla a los supuestos que la misma abarca; o estableciendo erróneamente los elementos fácticos, es decir diversamente a como aparecen en el proceso […] Todos estos defectos quedan englobados en el concepto genérico de infracción, en tanto cada uno de ellos constituye una especie dentro del género. (Cfr. Juan Carlos HITTERS, Técnicas de los recursos extraordinarios y de la casación, 2ª Edición, Librería Editora Platense, La Plata, 1998, pág. 200)

En síntesis, "la ley se viola cuando media desconocimiento de una norma jurídica, sea en su existencia, en su validez o en su significado […]" (Cfr. Acuerdo 10/11, de idéntico registro).

Por lo expuesto, para la procedencia del recurso por Inaplicabilidad de la Ley por dicho motivo, es deber ineludible de la recurrente impugnar idóneamente los elementos que sustentan el fallo, explicando, sobre la base de los presupuestos del pronunciamiento, en qué ha consistido la infracción de la norma jurídica.

Es que, la potestad revisora en esta etapa está circunscripta, por un lado, al contenido de la sentencia y por otro, a la concreta impugnación contra ella formulada.

De ese modo, deberá examinarse en autos si a través del recurso incoado ha logrado acreditarse que la Cámara sentenciante ha incurrido en el yerro interpretativo que denuncia el recurrente.

2. Como primer medida, conforme los vicios denunciados por la quejosa, se analizará el agravio referido a la aplicación errónea del Art. 1113, segundo párrafo in fine del Código Civil Veleziano (actuales Arts. 1757 y 1769 del C.C.y C.N.) de manera concurrente con la absurdidad alegada, pues, en el caso, los motivos en que se sustentan ambas causales se encuentran estrechamente vinculados entre sí al aludir a la acreditación –o no- (en la especie) de la culpa exclusiva de la víctima.

El citado Art. 1113 establecía que, en los supuestos de daños causados por el riesgo o vicio de la cosa, la parte actora es la encargada de probar el hecho y su relación de causalidad con el daño, mientras que el demandado a los fines de eximirse de responsabilidad, debe demostrar la culpa de la víctima o la de un tercero por quien no debe responder (C.S.J.N. Fallos: 321:3519; citado en Ac. 45/15).

Así, en el campo de esta responsabilidad objetiva se deja de lado la concepción de culpa, que constituye un elemento ajeno al caso. La ley toma en cuenta el riesgo creado como factor de atribución de responsabilidad y prescinde de toda apreciación de la conducta del dueño o guardián, desde el punto de vista subjetivo.

En el orden procesal, la presunción de responsabilidad contenida en la norma bajo examen invierte la carga de la prueba.

Por ello, se exige a quien invoca la concurrencia de alguna de las causales de

exoneración de la responsabilidad, la acreditación eficaz y concluyente de la existencia de los supuestos que tal disposición legal prevé como eximentes.

Pues de otro modo, quedará firme la liminar y objetiva responsabilidad impuesta por ella.

El artículo que analizamos establece distintos casos de responsabilidad objetiva, entre ellas, por riesgo creado: tal el caso que nos ocupa, pues un tren en movimiento es una cosa riesgosa.

Luego, estando acreditada la participación activa de la cosa riesgosa de propiedad de la demandada –Ferrosur Roca S.A.- como

así también su conexión causal con el daño producido –lesiones del actor-, cabe presumir que éste se produjo por el riesgo o vicio de la cosa.

Por lo que debe examinarse si, de conformidad con la plataforma fáctica fijada, el demandado ciertamente ha logrado demostrar la eximente en la producción del hecho dañoso y, en tal caso, determinar, conforme las cargas probatorias y las presunciones legales del Art. 1113 del Código Civil Vélez Sarsfield aplicables, si la misma alcanza para eximirlo -total o parcialmente- de responsabilidad.

3. Siguiendo esta tesitura, Ferrosur Roca S.A. considera que se configura en el caso el supuesto de culpa exclusiva de la víctima porque el actor -pese a que vio a la locomotora– emprendió el cruce por el paso a nivel. Ese hecho, vale decir, que la víctima efectivamente vio a la locomotora antes de emprender el cruce, se encuentra probado con el testimonio del Sr. Ávalos –ayudante del maquinista- (fs. 387/390).

Y ello es así, más allá de la crítica expuesta por la quejosa en su expresión de agravios –y aquí reiterada- en cuanto a la parcialidad del testigo Ávalos, quien es dependiente de la demandada y no declaró en sede penal.

Es que, no debe perderse de vista que existe una punición legal para el testigo que miente, además de un método de interrogación cumplido por la judicatura y por los litigantes, quienes, por otra parte, tuvieron la oportunidad de formular preguntas para poner en evidencia la mendacidad o falta de comprensión de los hechos en que hubiera incurrido quien declaró, puntualmente, el Sr. Ávalos (fs. (fs. 387/390).

No obstante ello, la Cámara ponderó su testimonio en forma conjunta con otras pruebas, atendiendo especialmente al contenido de sus respuestas y a la razón de sus dichos.

En esa senda, cabe remarcar también que la Alzada analizó en su conjunto los distintos testimonios que daban cuenta de la buena visibilidad del lugar (testigo Flores, cfr. fs. 382vta. y Ávalos fs. 388), asimismo lo informado al respecto por el perito ingeniero mecánico (fs. 406/407).

Además, conforme se desprende de las actuaciones penales labradas a raíz del accidente de marras: “Palomeque, Carlos Alberto s/ lesiones culposas agravadas” Expte. N° 56409, tramitados ante el Juzgado de Instrucción N° 3 de la ciudad de Neuquén, agregado por cuerda, en la sentencia obrante a fs. 97/98, el día del hecho había buena visibilidad, el camino por el cual transitaba la camioneta era de ripio y se encontraba debidamente señalizado. En suma, era visible la presencia del paso a nivel.

También surge acreditada la buena visibilidad al momento del accidente y la señalización de la existencia del paso a nivel en las fotografías obrantes a fs. 94/95 del mentado expediente penal.

La quejosa denuncia que la señalización vertical tipo cruz no era apta para cumplir con su función y que el Sr. Vázquez jamás pudo percatarse de la presencia del ferrocarril ya que no existía ningún elemento o indicio que le indicara la existencia de la locomotora en el sentido hacia Senillosa.

Empero, tal afirmación se contrapone con la citada testimonial del Sr. Ávalos fs. 388, de la cual surge que el actor advirtió la presencia de la locomotora y, de todos modos, emprendió el cruce.

Otro punto que no se encuentra controvertido es que el Sr. Vázquez era contratista de Capex S.A., razón por la cual conocía la existencia del paso a nivel (fs. 401).

Entonces, si Vázquez conocía la existencia del paso a nivel, la visibilidad el día del accidente era buena, y vio a la locomotora antes de emprender el cruce, la conclusión a la que arriba la Alzada resulta razonable. Y esto es así porque la prueba rendida evidencia que la causa del accidente fincó en la temeraria conducta del conductor del rodado que colisionó con el tren, siendo éste el factor desencadenante del evento dañoso.

Al propio tiempo, las críticas introducidas por la recurrente en orden a los incumplimientos legales por parte de Ferrosur Roca S.A. no han sido demostrados.

Concretamente, no se encuentra acreditada en autos la excesiva velocidad a la que circulaba la locomotora.

Veamos. La quejosa denuncia absurda valoración de la pericia mecánica (fs. 403/407) en cuanto a la velocidad de circulación de la locomotora y, a las medidas de seguridad a adoptar en el paso a nivel donde ocurrió el accidente.

El citado informe, en lo que aquí interesa, dice: “[…] 5)de acuerdo a los daños de los hechos la máquina locomotora circulaba a una velocidad de 40 a 30 km/h.

8) motivado por ser un cruce a distinto nivel con la calle que lo cruza y ser una calle transitada por vehículos de distinto peso y variados tipos de carga, es que hubiera necesitado existir un tipo de señalización lumínica/semaforización del tipo indicar un peligro inminente al paso de trenes. 12) la elevación de las vías del sistema ferroviario es del tipo no muy importante, no dificultando los conos de visibilidad de las partes intervinientes en los hechos. 13) la instalación de semaforización intermitente permanente es lo que sería conveniente instalar dada la escasa fluidez de los trenes que circulan en el lugar de los hechos y el costo estimado sería

de no más de $30.000 […]"

Luego, al momento de analizar tal prueba –impugnada por la demandada- la Cámara concluye que el perito no explicó qué operaciones realizó para establecer la velocidad que indica en la pericia, esto es, 40 a 30 km/h. y, en orden a las posibles deficiencias en la señalización, expresa que no surge de la legislación vigente que su instalación sea obligación de la demandada.

Cabe aquí recordar que, la prueba pericial requiere para su procedencia que existan hechos controvertidos sobre los cuales sea necesario algún conocimiento especial en alguna ciencia, arte, industria o actividad técnica especializada (Art. 459 C.P.C. y C.) (cfr. Roland ARAZI- Jorge A. ROJAS, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Tercera edición ampliada y actualizada, Tomo II, Artículos 238 a 485, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe 2014, pág. 904/905).

A su vez, la fuerza probatoria del dictamen pericial debe ser estimada por la judicatura teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica, las observaciones formuladas por los consultores técnicos o los letrados y los demás elementos de convicción que la causa ofrezca (Art. 476 del C.P.C. y C.). Tal lo acontecido en la especie en el que se lo apreció teniendo en cuenta la impugnación hecha por la demandada junto con el resto del material probatorio.

Merece destacarse que el peritaje en el juicio de daños es de gran trascendencia. Por ello, resulta imprescindible garantizar a las partes tanto el control en su producción, así como también exigir al experto el estricto cumplimiento de las exigencias fundamentales de su cometido. El dictamen debe ser claro, sencillo, pero concluyente. Ahora bien, el Juez -o Jueza- debe valorarlo de cara a la realidad objetiva que fue sometida a su estudio. Y si bien puede apartarse de sus conclusiones –con los debidos fundamentos- dicha facultad debe ser ejercida con suma prudencia.

En los presentes, la Cámara sentenciante juzgó que la respuesta del perito sobre la velocidad de la locomotora al momento del siniestro no estaba fundada y, en cambio, consideró eficaz el testimonio del Sr. Ávalos –ya analizado-, quien señaló la velocidad estimada en la que circulaban, esto es, 10km/h aproximadamente (fs. 387vta.).

En suma, a contrario de lo postulado por la recurrente, no se encuentra acreditado en autos el exceso de velocidad por parte de la locomotora tal como lo juzgó la Cámara sentenciante.

De otro lado, en orden a la queja referida a la incidencia en el evento del sentido de circulación de la locomotora, la crítica no se hace cargo del argumento dado por la Alzada al analizarla, esto es, que conforme la reglamentación que rige la materia –Art. 33 del Reglamento General de Ferrocarriles –Aprobado por Decreto n° 90.325/36- las locomotoras diésel pueden circular indistintamente hacia adelante o hacia atrás.

Recuérdese que, conforme doctrina de este Cuerpo, la causal de arbitrariedad, aquí analizada, debe ser entendida en torno a la figura del absurdo en la valoración de los hechos y pruebas.

Dicha causal refiere a un vicio descalificante, que se configura cuando la judicatura de grado al sentenciar incurre en una operación intelectual que la lleva a premisas o conclusiones que transgreden las leyes de la lógica o del raciocinio (cfr. Acuerdo N° 7/2013 - "ROMERO" del Registro de la Actuaria) o por una insostenible desinterpretación de las pruebas (cfr. Acuerdo N° 12/2012 "ÁLVAREZ CLARAMUNT").

Este Alto Cuerpo lo ha caracterizado como:

[…] el error grave y ostensible que se comete en la conceptualización, juicio o raciocinio, al analizar, interpretar o valorar pruebas o hechos susceptibles de llegar a serlo con tergiversación de las reglas de la sana crítica en violación de las normas jurídicas procesales aplicables, de todo lo cual resulta una conclusión contradictoria o incoherente en el orden lógico formal o insostenible en la discriminación axiológica" (Cfr. T.S.J.N., Ac. N°19/98, "CEA").

El vicio invocado se presenta como un defecto en el razonamiento del juzgador –o juzgadora- para determinar los hechos sobre los que se aplica el derecho. Por ende, para demostrar el error es necesario explorar el iter intelectual volcado en la sentencia (sus premisas y conclusiones), y no basta con exponer un criterio distinto.

De allí que resulte insuficiente a esos efectos -como hace el aquí impugnante- que se confronte la propia ilación –preciada como correcta- con la otra hecha por quien sentenció, para concluir en la inexactitud de esta última. Ello, desde que tal método ignora la tarea intelectiva plasmada en la sentencia, limitándose a anteponer sólo una posición diferente.

Así, conforme los citados lineamientos, de lo hasta aquí analizado no se advierte que en la tarea ponderativa y las consiguientes conclusiones, volcadas en la sentencia en crisis, se incurra en absurdidad. Y al propio tiempo, a la luz del análisis efectuado, tampoco se constata la errónea aplicación del Art. 1113 del Código Civil de Vélez.

Luego, siguiendo con el examen de la infracción denunciada, cabe consignar que el Art. 41 inc. c) de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449/95 dice:

"[..] Prioridades. Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del

que viene por la derecha es absoluta, y sólo se pierde ante: ……b) los vehículos ferroviarios; […]"

Ello así, debido a la imposibilidad de maniobras de desvío o evasión por parte de las locomotoras, la mayor complicación de frenado y detención y sus mayores implicancias dañosas en caso de accidente.

Es que, los trenes transitan por una vía exclusiva, esto es, la férrea, razón por la cual los vehículos que pretendan atravesarla deben hacerlo con suma precaución, prudencia y atención, más aun en los paso a nivel sin barreras. Tal el caso de autos.

En consonancia, la mentada Ley de Tránsito, en su Art. 48, inciso k), dice:

"[…] Prohibiciones. Está prohibido en la vía pública: ….. k) cruzar un paso a nivel si se percibiera la proximidad de un vehículo ferroviario, o si desde el cruce se estuvieran haciendo señales de advertencia […]".

Asimismo, en su Art. 51 reza:

"[…] Velocidad Máxima. Los límites máximos de velocidad son: e) límites máximos especiales: 2) en los paso a nivel sin barrera ni semáforos: la velocidad precautoria no superior a 20 km/h y después de asegurarse el conductor que no viene un tren; […]".

Merece recordarse, que la C.S.J.N. ha dicho que: "[…] la inexistencia de barreras obliga a quien traspone las vías a asumir mayores precauciones, ya que debe cerciorarse por sí mismo si se aproxima alguna locomotora y detenerse para darle el paso [..]" ("Savarro de Caldaro, Elsa Inés c. Ferrocarriles Argentinos", Fallos 320:536).

Cabe aquí preguntarse, si el actor respetó la mentada normativa en orden a las debidas precauciones que debió tomar al intentar cruzar el paso a nivel. Luego de un detenido análisis sobre la totalidad de las pruebas y hechos obrantes en la causa, y tal como lo juzgaron los anteriores sentenciantes, la respuesta es negativa.

Veamos porqué: Conforme ya se señaló, de las pruebas rendidas en autos surge que era visible la presencia del paso a nivel, que estaba señalizado y que el Sr. Vázquez vio a la locomotora antes de emprender el cruce. A pesar de ello, no detuvo la marcha de su vehículo para cederle el paso al tren en infracción a lo previsto por los Arts. 41 inc. c) y 48, inciso k) de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial N° 24.449/95.

Lo precedentemente expuesto resulta relevante para la resolución del caso, esto es, que la conducta asumida por la víctima generó la interrupción total de la cadena causal entre el hecho y el daño. Ello así, más allá de lo informado por la C.N.R.T a fs. 410, esto es, que el paso a nivel de marras es un cruce no habilitado, pues esa circunstancia no tuvo incidencia causal en la producción del evento dañoso, en un todo de acuerdo a lo sostenido en los pronunciamientos dictados en la presente (cfr. fs. 572/579 y 634/640).

En consecuencia, la Alzada no ha incurrido en la infracción legal denunciada.

Y esto es así, pues el accidente se produjo como consecuencia del accionar del actor, quien, pese a divisar el ferrocarril no le cedió el paso, -como ya se dijo- en clara violación de los Arts. 51, inc. e) punto 2, 48, inciso k) y 41 inc. b) de la Ley N° 24.449.

Es que,

"Si la causa exclusiva del daño es el hecho de quien lo padece, tiene lugar la plena liberación de responsabilidad del demandado, pues es absolutamente ajeno a las consecuencias lesivas" (Ricardo Manuel CASTRO DURÁN, "El hecho o "culpa" de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor", Revista de Derecho de Daños 2006-2 Eximentes de Responsabilidad - II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe 2006, pág. 210)

La culpa exclusiva de la víctima es suficiente para excusar la responsabilidad porque corta el nexo causal (C.S.J.N. Fallos: 321:1776, citado en Acuerdo Nro. 30/06 y 19/16 del registro de esta secretaría).

En otras palabras, debe ser un hecho importante, guardar nexo de causalidad con el daño y tener las características de inevitabilidad e imprevisibilidad propias del caso y esta evaluación se debe realizar bajo el criterio de normalidad de las cosas. (Cfr. Jorge MOSSET ITURRASPE, Miguel A. PIEDECASAS, Código Civil Comentado, Responsabilidad Civil, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, pág. 314).

La Corte Suprema de Justicia de Buenos Aires en un caso de similares aristas al aquí analizado, ha resuelto que:

"[..] resulta absurda la conclusión del fallo que atribuye responsabilidad (aún a modo parcial) a la empresa ferroviaria por un accidente ocurrido en un paso a nivel sin barrera, cuando de las constancias de la causa surge que existía un cartel que anticipaba con suficiente distancia la localización del cruce, una " Cruz de San Andrés" y un semáforo con luz intermitente y, además, los pastizales no impedían la debida visualización al conductor quien, al avanzar sin la previa comprobación de que no se aproximaba ningún tren…..a través de esa conducta y en esas circunstancias, ha interrumpido totalmente el nexo de causalidad (Conf. Ac. N° 2078 del 5/06/13 en la causa: "Ocampo, Juan Antonio c/ Ferrosur Roca S.A. y otros s/daños y perjuicios").

Conforme las referidas pautas interpretativas, luego de analizadas las pruebas producidas en autos y la normativa aplicable al caso, se reitera, fue la conducta asumida por la víctima –Sr. Vázquez- la determinante en la producción del accidente, configurándose, de ese modo, la eximente de responsabilidad prevista por el Art. 1113, segundo apartado, segundo párrafo del Código Civil de Vélez Sarsfield pues se fracturó totalmente el nexo causal entre el hecho y el daño.

En suma, carece de razón la recurrente en cuanto no se han configurado, en la especie, las infracciones denunciadas. Por ello, la pretensión recursiva analizada deviene improcedente, confirmándose así lo resuelto por la Cámara sentenciante.

3. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de esta instancia serán a cargo de la parte vencida (Arts. 17° L.C. y 68° del C.P.C. y C).

4. Por todo lo hasta aquí expuesto, propongo al Acuerdo: a) Declarar improcedente el recurso por Inaplicabilidad de Ley articulado por el actor. b) Las costas de esta etapa serán a cargo del recurrente vencido (Arts. 17°, L.C. y 68° del C.P.C.y C.). c) Confirmar en todos sus términos la sentencia de la Alzada. VOTO POR LA NEGATIVA.

El vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dice: comparto la línea argumental desarrollada por mi colega preopinante y la solución propiciada, por lo que expreso el mío en igual sentido. VOTO POR LA NEGATIVA.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley interpuesto, a fs. 644/671 vta. por el actor –Domingo de la Cruz VÁZQUEZ- y en su consecuencia, CONFIRMAR el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Primera Circunscripción –Sala II-, obrante a fs. 634/640 vta., atento lo considerado. 2°) IMPONER las costas de esta etapa al actor en su calidad de vencido (Arts. 17° de la Ley 1.406 y 68° del C.P.C.y C.). 3°) REGULAR los honorarios profesionales devengados en esta etapa a los doctores ... y ... –apoderado y patrocinante del actor-, ... y ... –apoderado y patrocinante de Ferrosur Roca S.A.- en un 25% de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter que el aquí asumido, en primera instancia (Art. 15° de la Ley de Aranceles). 4°) Disponer la pérdida del depósito obrante a fs. 643 y 705, conforme lo establecido por el Art. 10° Ley 1.406 dándole el destino previsto por la Ley de Autarquía Financiera. 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN – Subsecretaria

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

"PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE JULIÁN Y FARRECH CAMILO S/ APREMIO" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 21310/2013) – Acuerdo: 07/17 – Fecha: 15/02/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. EJECUCION FISCAL. PLAN DE FACILIDADES DE PAGO. INCUMPLIMIENTO. PRESCRIPCION. INICIO DEL CÓMPUTO. INTERRUPCION. NOTIFICACION ADMINISTRATIVA. DOMICILIO FISCAL. NOTIFICACION A LOS HEREDEROS.

1.- Es improcedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley dirigido contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en la ciudad de Zapala, en cuanto confirma la sentencia de grado que decide hacer lugar a la excepción de prescripción opuesta por quienes fueron demandados en una ejecución fiscal iniciada a raíz de la caducidad de un plan de facilidades de pagos, pues el hito inicial del plazo prescriptivo se establece a partir de la caducidad de la moratoria suscripta. Consecuentemente, la prescripción comenzó a correr a partir de dicha fecha y el efecto liberatorio se consolidó con anterioridad al inicio de la presente ejecución e, incluso, al cálculo de las liquidaciones practicadas y de la confección de la boleta de deuda.

2.- [...] como el régimen de financiación de deudas se regula en una norma especial (Ley 2320 y su decreto reglamentario) y ella establece taxativamente el momento en que el Fisco tiene expedita la vía judicial para su cobro, no le son aplicables las pautas generales establecidas en el Código Fiscal, las cuales han de ceder frente a la específica regulación.

3.- Tampoco encuentro viable el agravio que ensaya la Provincia del Neuquén en punto a los efectos interruptivos que pretende atribuir a la notificación administrativa. Ello es así, toda vez que el contribuyente falleció el 25 de abril de 2006 en la ciudad de Zapala y se inició juicio sucesorio, dictándose la correspondiente declaratoria de herederos el 18 de febrero de 2008. Sin mucho esfuerzo, se puede advertir que, al momento de practicar la notificación en sede administrativa, el contribuyente requerido no existía por haber fallecido; es decir, la comunicación se pretendía dirigir contra una persona inexistente.

4.- Vale recordar que la función principal del domicilio fiscal, como tal, es constituir y servir de lugar en donde se pueda encontrar y/o notificar a la persona en su calidad de contribuyente y/o responsable en el marco de la relación tributaria. Pero ¿cómo puede ser notificado el contribuyente en su domicilio si, éste último, como atributo de la personalidad ha desaparecido con la muerte de su titular? Por ello, la notificación se debe hacer en cabeza de los herederos, como continuadores del “de cujus” y lo que se busca lograr es que los primeros tengan conocimiento cierto del acto y que queden debidamente informados de la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses. Caso contrario, se vulneraría la garantía de defensa en juicio y debido proceso prescriptas constitucionalmente.

Texto completo:

ACUERDO N° 7. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los quince (15) días de febrero de dos mil diecisiete, 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 subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ SUCESORES DE JULIÁN Y FARRECH CAMILO S/ APREMIO” (Expte. N° 21310 - año 2013), del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES: A fs. 251/268 vta. la actora interpone recurso Inaplicabilidad de Ley contra el decisorio dictado a fs. 231/244 vta. por la Cámara de Apelaciones del fuero con asiento en la ciudad de Zapala, que confirma la sentencia de grado en cuanto hace lugar a la excepción de prescripción opuesta por los demandados y rechaza la demanda de apremio incoada en su contra.

Corridos los traslados de ley, a fs. 271/285 vta. obra la réplica de la actora.

A fs. 296/298 vta. por Resolución Interlocutoria N° 254/15 este Cuerpo declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido.

A fs. 300/304 obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propicia que se declare improcedente el recurso incoado por la actora.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad planteado? 2) En la hipótesis afirmativa, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. 1. Que a fs. 4 se presenta la PROVINCIA DE NEUQUÉN e inicia formal demanda de apremio contra JULIAN Y FARRECH CAMILO por el cobro de la suma de $261.788,75 que se reclama en concepto de capital, con más sus intereses, gastos y costas del juicio.

El monto pretendido surge de la boleta de deuda Nro. 108516 que acompaña por caducidad de moratoria Ley 2320.

2. A fs. 33 y en virtud del fallecimiento del demandado, la actora solicita la readecuación de la demanda contra la esposa e hijos del causante y procede a individualizarlos con sus respectivos documentos de identidad y domicilios, conforme –dice- se desprende de

la declaratoria de herederos en el Expediente Nro. 5149/7 en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería de Zapala, secretaría Nro. 1.

3. A fs. 51 se declara incompetente para seguir entendiendo en las presentes actuaciones la titular de Familia y Juicios Ejecutivos Nro. 2 de Zapala en virtud del fuero de atracción derivado del sucesorio en trámite.

4. Remitidas las actuaciones al Juzgado donde tramita el proceso universal, a fs. 63 se ordena librar mandamiento de intimación de pago y embargo contra los herederos denunciados.

5. A fs. 64/67 la actora comunica la fecha de caducidad de los planes de facilidades de pago y adjunta original de la Nota Nro. 1298/DPR/13 y copia certificada de la cédula de notificación.

6. A fs. 107/117 comparecen Teresa de Jesús Salina, Patricia Cristina Julián y Raúl Horacio Julián -con patrocinio letrado- y acusan la caducidad de instancia del proceso y subsidiariamente, oponen excepción previa de inhabilidad de título y prescripción.

Por su parte, la demandada Andrea Gabriela Julián se presenta a fs. 130/139 vta. con su propio derecho y patrocinio letrado, se notifica del inicio de las presentes actuaciones y opone idénticas defensas que las deducidas por sus litisconsortes.

Los accionados expresan que la instancia se inicia a fines del año 2009 con la interposición de la demanda de apremio en la cual identifican al Sr. Camilo Julián como legitimado pasivo, pese a que en octubre de 2009 se había comunicado fehacientemente a la D.G.R. el fallecimiento del nombrado, acompañando la documentación que así lo acreditaba. Agregan que desde el 22 de diciembre de 2010 –en el que se libra intimación de pago y citación de remate en la persona del occiso- hasta la denuncia de fallecimiento en el expediente -marzo de 2013-, transcurrieron dos años sin actividad útil.

Respecto de la prescripción plantean que la caducidad del plan de pagos operó el 16 de abril de 2004, de allí que la deuda que se reclama extrajudicialmente el 20 de octubre de 2009 ya estaba prescripta.

Citan la doctrina sentada por la C.S.J.N. en las causas “FILCROSA” y “VERDINI” y plantean la inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126 y 127 del Código Fiscal.

Con relación a la excepción de inhabilidad de título señalan que se identifica como legitimado pasivo al Sr. Camilo Julián cuando se había comunicado fehacientemente a la administración su fallecimiento y la apertura del sucesorio. Además, sostienen que se omite establecer en el concepto de deuda exigible, la fecha de caducidad del plan de pagos que se pretendía ejecutar y que dicha omisión no es inocente porque al momento de la liquidación y de la emisión del título ejecutivo la deuda ya estaba prescripta y, por consiguiente, los actos posteriores no cumplieron con los efectos interruptivos pretendidos por la D.G.R., resultando la interposición de la acción de apremio un acto fuera de término.

7. A fs. 158/176 vta. la actora contesta –en forma espontánea- los planteos formulados por los demandados.

Aduce que de las actuaciones surge que no se ha cumplido el plazo de perención de la instancia y que la demandada tendría que haber especificado cuál es el periodo sin impulso procesal.

Luego, respecto de la inhabilidad de título expresa que la boleta de deuda que se ejecuta es un instrumento público que goza de presunción de legitimidad, por lo que cabe tener por ciertos todos los hechos alegados en ella.

Sobre el restante planteo manifiesta que la prescripción de un título expedido por la D.G.R. se debe regir por los Arts. 125, 126 y 127 del Código Fiscal. Que en planes de financiación caducos la prescripción comienza a correr el 1° de enero de 2005 y no el 16 de abril de 2004 como argumentan los herederos.

Además, destaca que el plazo de prescripción se interrumpe por la notificación administrativa que cursa la D.G.R. al domicilio fiscal del demandado el 19 de marzo de 2009.

Efectúa consideraciones en torno al carácter restrictivo que impera en materia de prescripción. Rechaza el planteo de inconstitucionalidad.

8. A fs. 181/191 luce el pronunciamiento de grado que rechaza el planteo de caducidad de instancia y declara la inconstitucionalidad de los Arts. 141, 142, 143 del Código Fiscal, desestima la excepción de inhabilidad de título y hace lugar a la excepción de prescripción incoada, declarando prescriptos los periodos reclamados y, en consecuencia, no hace lugar a la demanda promovida por la Provincia del Neuquén.

En primer lugar, concluye en el rechazo de la caducidad de instancia planteada en base a la doctrina sentada por este Tribunal en la que se establece que si el impulso ha sido realizado luego de transcurrido el plazo legal, si provino de la parte y no del órgano judicial, la contraria no puede oponerse a los efectos de aquel, debiendo reputarse el acuse de perención formulado en tales circunstancias como extemporáneo.

Luego, continúa con el análisis de la excepción de inhabilidad de título opuesta.

Expresa que la sucesión no es una identidad distinta a los herederos, ni tiene personería propia, en consecuencia las demandas entabladas en su contra deben dirigirse hacia la persona de los herederos por ser los verdaderos titulares de los derechos y

obligaciones que emanan del difunto.

Por lo que –agrega- sea que en el título se consignase el nombre del causante –como efectivamente se hizo- o el de "los sucesores de…", cierto es que éste no adolece de vicio alguno que permita inferir su inhabilidad, pues cualquiera de las dos acepciones no hace sino referenciar que la deuda que se pretende ejecutar fue contraída por Camilo Julián y Farrech a quien le continúan sus herederos, quienes son los únicos titulares de los derechos y obligaciones que reciben del causante.

Más aún –añade- los herederos forzosos que entran en la posesión de la herencia desde el día de la muerte del causante sin ninguna formalidad o intervención de los jueces y señalando al respecto, que no se ha negado la calidad de heredero de ninguno de ellos.

Por otro lado, respecto del planteo efectuado en torno a la omisión en el título de consignar la fecha en la que operó la caducidad del plan de pagos, expresa que no se advierte de las disposiciones del Código Fiscal que ello sea un requisito esencial para la inhabilidad del título ejecutivo, por lo que entiende que la excepción impetrada en estos términos también debe ser rechazada.

Sentado ello, ingresa al análisis de la excepción de prescripción y al planteo de inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126 y 127 del C. Fiscal. Reproduce la postura sostenida en la causa "PROVINCIA C/ SUCESORES DE IRIZAR".

También transcribe lo decidido en la causa "PROVINCIA DE NEUQUÉN C/ ERIZEZ" con relación a que el cómputo del plazo debe nacer al momento de la caducidad del plan y no al año siguiente de tal acontecimiento.

Bajados estos conceptos al caso particular, considera que, en el sub-lite, la notificación de fs. 65/66 no reviste virtualidad suficiente para interrumpir el curso de la prescripción porque resulta un acto administrativo ineficaz ya que nunca pudo concretarse fehacientemente ante el deceso previo del causante (año de apertura de la sucesión es 2007). También agrega que lo expresado no se ve conmovido por la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "Provincia c/ Fuentes Néstor R. s/ apremio" por cuanto en el caso de autos se trata de una persona fallecida, resultando nulas todas y cada una de las notificaciones que se le hicieren al mismo a título personal, independientemente que se trata de domicilio fiscal o no.

En este sentido, considera contrario a derecho y los principios vigentes en nuestro ordenamiento jurídico pretender constituir obligaciones en cabeza de quien ya no existe, dado que conforme el Art. 103 del Código Civil de Vélez Sársfield la existencia de la persona y la aptitud para adquirir derechos y contraer obligaciones cesa con su muerte. Caso contrario -dice-, se afectarían los derechos de los herederos a quienes en calidad de continuadores de la persona del causante, correspondería fuera cursada la intimación a fin de que ellos pudieran ejercer su defensa.

De lo indicado, declara que el plazo de prescripción comienza a correr desde la caducidad del plan de facilidades conforme criterio sustentado en la causa "PROVINCIA C/ ERIZES" ya citada, por lo que éste fenecía el 16 de abril de 2009 y, al interponerse la demanda el 4 de diciembre de 2009 y no existiendo actos interruptivos o suspensivos, la presente acción se encontraba prescripta.

Por lo que hace lugar a la excepción de prescripción, con costas a cargo de la actora.

9. Disconforme con dicho pronunciamiento, la actora apela. La parte demandada hace lo propio respecto del rechazo de la excepción de inhabilidad de título, pero luego a fs. 222 vta. desiste del recurso incoado.

A fs. 195/205 vta. funda su impugnación la Provincia del Neuquén.

10. Corrido el pertinente traslado, los accionados contestan agravios a fs. 209/220.

11. A fs. 231/244 vta. la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, Sala I, confirma, por los argumentos que expone, el acogimiento de la excepción de prescripción, con costas a la recurrente vencida y modifica los honorarios de la Dra. Julián.

Primeramente, examinan el agravio referido a los efectos de la notificación administrativa y exponen que se desvanece el argumento de la recurrente en cuanto a que la notificación administrativa produce efectos suspensivos o interruptivos, en tanto el causante ya había fallecido y la notificación no cumplió su finalidad.

Entienden que también carece de peso la circunstancia de que no se había notificado el fallecimiento del contribuyente al organismo recaudador, toda vez que conforme surge del expediente sucesorio -que tiene a la vista- los edictos fueron publicados el 27, 28 y 29 de octubre de 2007. Al respecto, resaltan que el edicto es un medio de citación de personas determinadas o indeterminadas y lleva la enunciación de todos los caracteres del juicio y su situación de modo que permita al interesado localizarlo.

Asimismo, consideran que la función de los edictos es dar publicidad a la iniciación de la sucesión de una persona a los efectos de que los interesados puedan comparecer a ejercer sus derechos. Entonces, valoran que al abrirse la sucesión y publicado los edictos en el año 2007, mal puede el ejecutante aducir que no estaba en conocimiento de la circunstancia del fallecimiento del ejecutado. Y por tal motivo encuentran acertado el fundamento del A-quo en punto a que la notificación efectuada administrativamente con fecha 19/03/09 no logró su cometido, por la inexistencia de la persona a notificar y, por tal razón, ella

carece de virtualidad para otorgarle carácter interruptivo o suspensivo de la prescripción.

Seguidamente, analizan el planteo efectuado del cómputo del plazo de la prescripción y a tales efectos transcriben el precedente de la Sala Civil de este Tribunal Superior en la causa "PROVINCIA C/ FERRARI S/ APREMIO".

Sostienen que traspolando los lineamientos sentados en dicho antecedente a la situación de autos, el dies a quo del plazo de prescripción comienza a partir del día 16 de abril de 2004, en tanto se produce la caducidad del plan de pagos y la mora es automática, siendo exigible a partir de allí la deuda, con lo que el plazo quinquenal se cumplió en fecha 16 de abril de 2009.

Manifiestan que la confección de la boleta de deuda que da origen a la presente ejecución data del 13/11/09 con lo que a tal fecha la acción ya se encontraba prescripta, por lo que mal puede interrumpir o suspender plazo alguno.

Seguidamente, entienden que atento a la forma en que se resolvió la cuestión de autos, los demás argumentos esgrimidos por la recurrente devienen abstractos.

Por lo que concluye en la confirmación del acogimiento de la excepción de prescripción, con costas a la recurrente.

12. Que dicha resolución es cuestionada por la actora a fs. 251/268 vta.

Considera que la violación a la ley se configura porque: a) la Cámara no aplica lo dispuesto en el Art. 127, Inc. 1°, del Código Fiscal; b) equivoca la jurisprudencia aplicada porque en el acuerdo dictado por este Tribunal Superior en los autos "Provincia del Neuquén c/ Ferrari s/ apremio", del registro de la Secretaría Civil, no se tuvo en cuenta el planteo que su parte efectúa en las presentes respecto de la correcta aplicación, al caso, de lo dispuesto en el precepto señalado supra y c) por no aplicar la norma tributaria, declarando erróneamente la inconstitucionalidad de los Arts. 125, 126 y 127 del Código Fiscal que regulan lo atinente a la prescripción.

En igual sentido, alega que la sentencia en crisis: a) aplica erróneamente el Art. 32 del C.F. que prevé de manera expresa los deberes de los responsables de pago y/o sus herederos; b) no aplica las normas específicas que regulan el instituto de la prescripción en las obligaciones fiscales; c) interpreta incorrectamente las normas atinentes a la caducidad de planes de pagos.

Luego, cuestiona que la judicatura considere inválida la notificación administrativa del 19/03/09 por cuanto su parte no estaba constituyendo obligaciones en cabeza de quien ya no existía, sino que intimaba al responsable de pago a abonar la deuda tributaria que él había contraído. Pues –añade- que, conforme el Art. 21 del C.F. quienes deberían haber informado el deceso y continuado con el pago del tributo eran sus herederos.

Por otra parte, destaca que el nuevo Código Civil y Comercial -en su libro 6 Título 1, capítulo 1- legisla sobre las disposiciones comunes a la prescripción liberatoria y adquisitiva y dispone que las legislaturas locales podrán regular el plazo de prescripción. Con ello –agrega-, queda finiquitado el eterno debate respecto de la autonomía del derecho público local para el dictado y la aplicación de sus normas en materia prescriptiva.

Consiguientemente, considera que el fallo en crisis debe ser revocado por cuanto –entiende- arriba a una solución incorrecta e ilegal al imposibilitar la aplicación de los artículos locales que fueran declarados inconstitucionales erróneamente con base en el citado fallo "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ FERRARI S/ APREMIO" y en contraposición con lo históricamente sostenido por este Tribunal en los autos "CORVIN S.A.", "CONTAL" y "CAMUZZI GAS DEL SUR S.A.", del registro de la Secretaría de Demandas Originarias.

Finalmente, sostiene que la declaración de inconstitucionalidad de normas locales -que se amparan en las previsiones de los Arts. 121, 122 y 123 de nuestra Carta Magna nacional- tiene carácter sumamente restrictivo y es considerada la última ratio del orden jurídico, más aún en un proceso ejecutivo donde se encuentra limitado el ámbito de conocimiento de la judicatura.

Manifiesta hacer reserva del Caso Federal y requiere que, en caso de revocación de las sentencias de grado, se aplique en materia de costas el Art. 558 del C.P.C.y C.

II. Entrando al análisis de la cuestión traída aquí en casación, cabe señalar que este Tribunal se ha expedido en torno al cómputo de la prescripción en materia de caducidad de planes de facilidades de pago fiscales, in re: "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ FERRARI, JORGE ALBERTO S/ APREMIO" (Acuerdo Nro. 13/2014); "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ ERIZEZ, JOSÉ LEÓNIDAS S/ APREMIO" (Acuerdo 17/2014); "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ KOOPMANN LAURA S/APREMIO" (Acuerdo Nro. 23/2015) y "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ LUCERO, EVA S/ APREMIO" (Acuerdo nro. 48/15). Por lo que corresponde dar aquí por reproducidos sus fundamentos.

1. Que, en los argumentos allí reseñados se expresó que la suscripción de la moratoria por parte del contribuyente –y su posterior aceptación por el órgano recaudador- conlleva el sometimiento a las condiciones impuestas en dicho régimen de excepción, en lo referente al cálculo del quantum de cada cuota, a los plazos y modalidades de sus pagos, a la mora especial (automática) que produce y a la exigibilidad de la deuda que surge de sus términos y vencimientos.

De ahí, que se estableció que el cómputo prescriptivo –que se encontraba previamente interrumpido por haberse acogido a la

moratoria respectiva- comenzó nuevamente a correr a partir de la caducidad de dicho régimen en virtud de su inobservancia. Ello, en atención a que el acaecimiento de la mentada caducidad opera de pleno derecho, sin necesidad de intervención administrativa alguna, al verificarse los extremos referenciados por la reglamentación.

También se expuso que, al ser la prescripción un medio de extinción de la obligación, su cómputo comienza a correr desde que la pertinente acción puede ejercerse. Por ello, para determinar el inicio del plazo de tal medio extintivo, corresponde precisar cuándo el sujeto pasivo de la relación tributaria estuvo obligado al pago y, consiguientemente, cuándo el Fisco pudo iniciar el proceso de cobro.

Estos extremos –se dijo- surgen con claridad de la normativa local que establece el régimen de regularización de deudas y facilidades de pago.

Consiguientemente, se concluyó que la deuda reclamada se tornó exigible a partir de la caducidad del plan suscripto entre las partes. Pues, con la postura defendida por la actora a la luz de lo prescripto en el primer párrafo del Art. 126 y penúltimo del 127 del Cod. Fiscal (T.O. 1997), resultaría fácil desnaturalizar, en el supuesto de mediar una refinanciación de deuda, el límite del plazo de 5 años impuesto por la normativa de rigor, ya que al diferirse al 1º de enero siguiente al año en que se produzca el vencimiento, en algunos casos -sino en su gran mayoría-, se extiende en forma unilateral e indebida el plazo prescriptivo, otorgándole a la administración pública un privilegio que se encuentra reñido con las disposiciones establecidas por el Art. 3951 del Código Civil de Vélez [actual Art. 2534 del C.C. y C. N.], según el cual, tanto el Estado nacional como las provincias están sometidas a las mismas prescripciones que los particulares, vulnerándose con ello, la garantía de igualdad consagrada constitucionalmente.

2. La Ley provincial Nº 2.320 estableció un régimen de regularización de obligaciones fiscales, con condonación de multas e intereses para las deudas originadas en impuestos, sus anticipos, tasas retributivas de servicios, contribuciones, infracciones impositivas, deudas de planes caducos o no, y demás conceptos que recauden: la Dirección Provincial de Rentas, otros organismos del Estado que perciban tributos de cualquier naturaleza incluido el canon minero; y para las tasas que recauda el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS), devengadas al 31 de mayo de 2000 y que se encontraren impagas a la fecha de acogimiento (cfr. Art. 1º, ley cit.).

3. Por añadidura, el Decreto Reglamentario de la norma referida, en su artículo 28º, fija los efectos de la caducidad del plan de pagos previsto por la ley mencionada supra, en los siguientes términos:

"[…] La falta de pago de tres (3) cuotas consecutivas o alternadas, de la penúltima o última cuota del plan de pagos solicitado, producirá de pleno derecho y sin necesidad de interpelación previa, la caducidad del plan de regularización, quedando expedita la vía judicial de apremio para su cobro […]" (cfr. Decreto Nro. 1660/2000)

4. Por lo que, a la luz de la postura fijada por este Tribunal en los citados precedentes, que son perfectamente aplicables a la situación fáctica de la presente, el hito inicial del plazo prescriptivo se establece a partir de la caducidad de la moratoria suscripta, esto es el 16 de abril de 2004 (cfr. fs. 64). Consecuentemente, la prescripción comenzó a correr a partir de dicha fecha y el efecto liberatorio se consolidó el 16 de abril de 2009. Es decir, con anterioridad al inicio de la presente ejecución (4 de diciembre de 2009) e, incluso, al cálculo de las liquidaciones practicadas (30 de octubre de 2009) y de la confección de la boleta de deuda obrante a fs. 3 (13 de noviembre de 2009).

5. Desde tales lineamientos, no se configura en la especie la infracción al Art. 127, inciso 1°, del Código Fiscal -actual Art. 144- puesto que, como bien se ha expuesto en los antecedentes citados, dicha norma no resulta aplicable al supuesto de autos por tratarse de una obligación derivada de la caducidad de un plan de pagos.

6. En otras palabras, como el régimen de financiación de deudas se regula en una norma especial (Ley 2320 y su decreto reglamentario) y ella establece taxativamente el momento en que el Fisco tiene expedita la vía judicial para su cobro, no le son aplicables las pautas generales establecidas en el Código Fiscal, las cuales han de ceder frente a la específica regulación.

7. Por tanto, la posición aquí plasmada, en modo alguno desconoce la postura mantenida por este Cuerpo, mediante su Sala Procesal administrativa, en las causas: "CORVIN S.A. Y CORVIN NEUQUÉN S.A. C/I.P.V.U. s/acción procesal administrativa" (Ac. 1.366/07); "Contal S.A. y SENTRA S.A. s/acción procesal administrativa" (Ac. 7/10) y "CAMUZZI GAS DEL SUR SA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN S/acción procesal administrativa" (Ac. 1/14), en punto a la pretérita discusión respecto de las facultades de los Estados Provinciales para establecer plazos de prescripción distintos a los legislados en las leyes nacionales. Posición la de este Cuerpo que se fortifica y consolida a través de las disposiciones de los Arts. 2532 y 2560 del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

8. Tampoco encuentro viable el agravio que ensaya la Provincia del Neuquén en punto a los efectos interruptivos que pretende atribuir a la notificación administrativa agregada a fs. 65/66.

La cédula en cuestión fue diligenciada en la persona del Sr. Camilo Julián y Farrech en su domicilio fiscal: "Luis Monti Nro. 45 de la

localidad de Zapala", el 19 de marzo de 2009.

Conforme constancias de fs. 39 vta. el contribuyente falleció el 25 de abril de 2006 en la ciudad de Zapala y se inició juicio sucesorio, dictándose la correspondiente declaratoria de herederos el 18 de febrero de 2008.

Sin mucho esfuerzo, se puede advertir que, al momento de practicar la notificación en sede administrativa, el contribuyente requerido no existía por haber fallecido; es decir, la comunicación se pretendía dirigir contra una persona inexistente.

Ello en tanto conforme reza el Art. 103 del Código Civil de Vélez Sarsfield (Actual Art. 93 del C.C. y C. N.) la existencia de las personas físicas termina por la muerte natural de ellas. Concluye, pues, de esta forma, la imputabilidad a la persona de derechos y obligaciones.

Asimismo, fallecida la persona, se opera la transmisión de los derechos y obligaciones del causante a los herederos forzosos en forma inmediata y automática, sin mediación de tiempo alguno, ello conforme a la doctrina que dimana de los artículos 3262, 3263, 3265 y nota al artículo 3282 del Código Civil de Vélez Sarsfield. Como consecuencia de ello, la sucesión no tiene personalidad jurídica propia, ni es sujeto de derecho sino que lo son las personas físicas de los herederos forzosos quienes se encuentran investidos de la posesión hereditaria por la ley de forma automática. Por lo tanto, la Administración tenía la obligación de notificar a los herederos de la contribuyente, puestos que son ellos los que deben responder por los impuestos a que hace referencia la liquidación y en la parte que cada uno tenga en la herencia; es a ellos a quienes se debe emplazar.

Incluso, al abrirse el juicio sucesorio y producirse el llamado a los acreedores del causante con anterioridad a la notificación en cuestión, no podía haber desconocimiento por parte del fisco del proceso sucesorio.

Es que, el fin inmediato de la publicación de edictos -tanto en el Boletín Oficial como en un diario de mayor circulación en la circunscripción judicial en el que tramiten los autos- es el de dotar de publicidad el proceso judicial y permitir que todo aquél que posea un interés legítimo en el caso, tome conocimiento del juicio y pueda hacer efectivo su derecho dentro de los treinta días hábiles desde su publicación.

Por consiguiente, la notificación cuya copia luce a fs. 65/66 no pudo tenerse por cumplida pues, por entonces, el contribuyente había fallecido y el domicilio fiscal por él constituido no puede hacerse extensivo a sus causahabientes, a quienes para darles una efectiva posibilidad de que se defiendan, es necesario localizarlos de manera real (no ficta) dondequiera que se encuentren.

Vale recordar que la función principal del domicilio fiscal, como tal, es constituir y servir de lugar en donde se pueda encontrar y/o notificar a la persona en su calidad de contribuyente y/o responsable en el marco de la relación tributaria.

Pero ¿cómo puede ser notificado el contribuyente en su domicilio si, éste último, como atributo de la personalidad ha desaparecido con la muerte de su titular?

Por ello, la notificación se debe hacer en cabeza de los herederos, como continuadores del "de cujus" y lo que se busca lograr es que los primeros tengan conocimiento cierto del acto y que queden debidamente informados de la posibilidad de defensa de sus derechos e intereses. Caso contrario, se vulneraría la garantía de defensa en juicio y debido proceso prescriptas constitucionalmente.

9. Sumado a lo expuesto, no puede admitirse como excusa de la Administración la manda impuesta por el Art. 32 del Cod. Fiscal, pues mal se puede hacer extensiva la carga allí establecida a los demandados cuando ellos no ostentan el carácter de contribuyentes –personas a cuyo respecto se verifica el hecho generador de la obligación- sino que su participación viene dada por su calidad de sucesores a título universal.

Y si bien la legislación en materia tributaria los califica como obligados al pago (Art. 21 del C.F.) ello no es óbice para que se los emplace en el domicilio real y se les otorgue la debida intervención en el expediente administrativo, en tanto el principio del debido procedimiento adjetivo, de raigambre constitucional por estar receptado en el Art. 18 de la Ley fundamental nacional e igualmente en el Art. 8 de la Convención Americana sobre los derechos humanos resulta de aplicación plena en cualquier tipo de proceso o procedimiento, entre los que se incluye el administrativo y, más específicamente, el tributario.

10. Consecuentemente, se comparte lo expuesto por la judicatura de grado en cuanto a que resulta inaplicable la doctrina sentada por este Tribunal in re "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/FUENTES RUBÉN SOBRE APREMIO" (Ac. 37/13) pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquel caso al mediar el fallecimiento del contribuyente.

11. Para finalizar, al coincidir la solución brindada por la Cámara de Apelaciones con la establecida por este Tribunal es que corresponde declarar la improcedencia de la vía recursiva analizada y responder negativamente al primer punto que abre este Acuerdo, con lo que queda enervado el segundo.

III. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas, se dispone que las costas devengadas en esta etapa sean soportadas por la recurrente perdidosa (Arts. 12º y 17° de la Ley 1.406 y 558 del C.P.C. y C.).

En consecuencia, corresponde ordenar la pérdida del depósito conforme constancias de fs. 290/291, en virtud de lo dispuesto por

el Art. 10º de la Ley Casatoria, dándosele el destino fijado por la Ley de Autarquía Judicial Nº1.971. ASÍ VOTO.

El señor Vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor Ricardo T. Kohon y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, de conformidad con el Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR IMPROCEDENTE el recurso de Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora –PROVINCIA DE NEUQUÉN- a fs. 251/268 vta., CONFIRMANDO, en consecuencia, el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones del Fuero con sede en la ciudad de Zapala, obrante a fs. 231/244 vta., con base en los fundamentos aquí expuestos. 2°) IMPONER las costas de esta etapa a la recurrente en su condición de vencida (Arts. 12º y 17° de la Ley 1.406 y 558 del C.P.C. y C.); 3°) Regular los honorarios de la Dra. ... –patrocinante de los demandados- en un 25% de lo que perciba por su actuación en idéntico carácter en la instancia de origen (Arts. 15°, 20° -modificado por Ley N° 2933- 40° de la Ley de Aranceles). 4º) Disponer la pérdida del depósito cuyas constancias obran a fs. 290 y 291, conforme lo establecido por el Art. 10° Ley 1.406 dándole el destino previsto por la Ley de Autarquía Financiera. 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos.

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

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

Dra. MARÍA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"QUINTRILEO MAGDALENA KARINA C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS" - Tribunal Superior de Justicia – Sala Civil – (Expte.: 142/2014) – Acuerdo: 08/17 – Fecha: 01/03/2017

DERECHO PROCESAL: Extraordianarios locales.

RECURSO DE INAPLICABILIDAD DE LEY. MALA PRAXIS. FALLECIMIENTO DEL ESPOSO DE LA ACTORA. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. PRESCRIPCION. PLAZO BIANUAL.

Procede declarar la inadmisibilidad del recurso de inaplicabilidad de la ley, pues la actora no explica concretamente cuál es el sustento en las constancias de la causa del cual –según su genérica alegación- surgiría que entre su persona y el establecimiento sanatorial existió un contrato previo, que le permita fundar en la responsabilidad contractual, el reclamo por los daños ocasionados a raíz del lamentable fallecimiento de su esposo. Por lo tanto, se advierte acertado el criterio de las instancias anteriores en cuanto a que en los presentes actuados, la pretensión resarcitoria de daños deducida por la actora por derecho propio, contra el Policlínico Neuquén, se enmarca en el régimen de la responsabilidad extracontractual. Luego, el plazo de prescripción aplicable en este caso concreto es el bianual y conforme la plataforma fáctica de la causa resulta ajustado a derecho el acogimiento de la excepción de prescripción deducida por la aseguradora citada en garantía, pues al tiempo de deducirse esta acción el plazo se encontraba cumplido largamente (el deceso tuvo lugar el 19/6/00 y la demanda se presentó el 17/4/08).

Texto completo:

ACUERDO NRO. 8. En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, al primer (01) día de marzo de dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia, integrada –conforme el artículo 4° del Reglamento de División en Salas- por los Sres. vocales doctores RICARDO T. KOHON y OSCAR E.MASSEI, con la intervención de la Subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora MARÍA ALEJANDRA JORDÁN, para dictar sentencia en los autos caratulados: "QUINTRILEO MAGDALENA KARINA C/ POLICLÍNICO NEUQUÉN S.A. Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS - MALA PRAXIS" (Expte. N° 142 - año 2014) del Registro de la Secretaría actuante.

ANTECEDENTES:

A fs. 548/553 vta. la actora MAGDALENA KARINA QUINTRILEO interpone recurso extraordinario de 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 II-, obrante a fs. 538/544, que confirma el acogimiento de la excepción de prescripción opuesta por la aseguradora citada en garantía y el consecuente rechazo de la demanda decidido en Primera Instancia.

Corrido el traslado de ley, la contraria lo contesta a fs. 558/565. Pide se desestime el recurso, con costas.

A fs. 574/575 vta., por Resolución Interlocutoria N° 349/15 este Cuerpo declara admisible el recurso deducido por la actora.

Firme la providencia de autos, efectuado el pertinente sorteo, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia, por lo que esta Sala Civil resuelve plantear y votar las siguientes:

CUESTIONES: 1) ¿Resulta procedente el recurso de casación por Inaplicabilidad de Ley incoado? 2) En caso afirmativo, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? 3) Costas.

VOTACIÓN: Conforme al orden del sorteo realizado, a la primera cuestión planteada el Dr. RICARDO T. KOHON, dice:

I. Ante todo, considero necesario efectuar una síntesis de los hechos relevantes aquí debatidos.

1. Que las actuaciones fueron iniciadas el 17/04/08 por Magdalena Karina Quintrileo, cónyuge del Sr. Carlos Javier Calvo, quien sufrió graves heridas en un accidente de tránsito el día 16 de junio del año 2000, fue asistido primeramente en el Hospital de Choele Choel y derivado al Policlínico Neuquén, donde recibió asistencia médica desde las 21.30hs de ese mismo día, produciéndose su deceso el 19/6/00.

La demanda se dirige contra el médico CARLOS BASSANO y el POLICLÍNICO NEUQUEN S.A., en reclamo de resarcimiento de daños y perjuicios, imputando mala praxis médica al facultativo y a la institución sanatorial incumplimiento del deber de seguridad y no haber proveído al paciente una prestación médica diligente e idónea.

2. Corrido el traslado de la demanda, a fs. 25/41 la co-demandada Policlínico Neuquén S.A. contesta, solicita el rechazo de la pretensión, y cita en garantía a SMG COMPANÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A.

3. A fs. 75/136 el co-demandado Bassano se presenta y opone excepción de prescripción de la acción de la actora en su contra, resolviéndose favorablemente a fs. 152/153.

4. A fs. 168/191 vta. se presenta la aseguradora y opone la prescripción de la acción de la actora contra Policlínico Neuquén S.A.

5. A fs. 196/201 la accionante contesta solicitando el rechazo de la defensa planteada.

6. A fs. 508/516 la Jueza titular del Juzgado Civil N°2 hace lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la aseguradora y rechaza la demanda.

Sostiene, que siendo que en caso de una condena al asegurado, la sentencia se hace extensiva a la aseguradora en base al contrato de seguro y en función de lo dispuesto por el Art. 118 de la Ley 17.418, ésta puede hacer valer los derechos y defensas que asisten a su asegurado frente al tercero reclamante, ya que de otro modo se vulneraría su derecho de defensa.

Luego considera que el reclamo se enmarca en la responsabilidad extracontractual, que prescribe a los dos años ya que la actora no tuvo con el demandado una relación contractual sino que reclama por las consecuencias del deceso de quien en vida fuera su marido, en carácter de damnificada directa, razón por la cual hace lugar a la excepción de prescripción.

7. Disconforme la actora apela, expresando agravios a fs. 533/535, que no son replicados por la demandada ni la citada en garantía.

8. La Cámara se pronuncia a fs. 538/544, confirmando la decisión de Primera Instancia.

Señala que atento que se demandó por daños y perjuicios derivados del fallecimiento de un familiar, imputando mala praxis a los profesionales médicos que lo atendieron, la responsabilidad es extracontractual y el plazo de prescripción es el bianual del Art. 4037 del C.C.

Sostiene que en virtud del Art. 118 de la Ley de Seguros la aseguradora tiene el deber de indemnidad respecto del patrimonio del asegurado y en razón de ese deber comparece al juicio, e incluso detenta el derecho de asumir la conducción del proceso, a la vez que debe cumplir la condena judicial en la parte a su cargo.

En función de ello, afirma que la aseguradora citada en garantía puede oponer defensas omitidas por el asegurado demandado –

conforme lo ha señalado la a quo- y que el resultado favorable de esas defensas se hace extensivo al asegurado.

9. A fs. 548/553 vta. la actora deduce recurso de casación por considerar que se interpretan erróneamente las normas del Código Civil (de Vélez Sárfield) relativas a la responsabilidad civil de médicos y profesionales del arte de curar con pacientes y derecho habientes, al aplicar el plazo de prescripción de la responsabilidad extracontractual, en lugar del de diez años y a la vez denuncia que se desinterpreta el régimen de la citación en garantía de la aseguradora y el del litisconsorcio.

Afirma que la demanda se funda en la responsabilidad contractual. Sostiene que si en su origen la relación fue contractual no puede mutarse en extracontractual y alega que siempre hay un vínculo obligacional previo en la prestación médica.

Señala que cuando una persona inconciente a consecuencia de un accidente es ingresado a un ente sanatorial, calificar como contractual la relación no es más que una ficción y que si se les reconoce a los familiares la facultad de disponer la internación, decidir sobre las operaciones a realizar y se le factura a los deudos, es incongruente luego negar toda vinculación con esos familiares.

En segundo lugar denuncia que el fallo desinterpreta el régimen de la citación en garantía de la aseguradora. En ese aspecto sostiene que es errónea la interpretación del decisorio de Cámara sobre el deber del asegurador de mantener la indemnidad del asegurado. Explica que la compañía aseguradora citada en garantía puede asumir la dirección de la defensa y eventualmente excluir de tal labor hasta al propio asegurado, pero cuando el cliente ha incumplido el contrato haciendo más difícil o imposible su indemnidad, esto no es responsabilidad de la aseguradora y no puede ni debe la administración de justicia velar por la indemnidad del asegurado como equivocadamente interpreta el fallo.

Entiende que, en el caso, no cabe duda que la demandada renuncia tácitamente a la prescripción al no oponerla cuando se presenta. Y en ese sentido destaca que voluntariamente dicha parte y la citada en garantía adoptaron posturas diferenciadas, ya que los mismos profesionales representan a ambas.

Solicita que en caso de mantenerse la prescripción, sus efectos se limiten exclusivamente a la parte que la invocó, es decir la compañía aseguradora.

10. A fs. 580/582 vta. dictamina el Señor Fiscal General quien propicia que se desestime la alegada violación a la ley por considerar que la actora no detentaba ningún vínculo contractual con la clínica accionada y que en consecuencia corresponde aplicar el límite temporal de dos años previsto en el Art. 4037 C.C.

Se expide también en sentido contrario al vicio denunciado en segundo término respecto del alcance de la prescripción deducida por la aseguradora. Ello, por considerar que cuando se trata de una obligación solidaria, encontrándose conformado un litisconsorcio pasivo voluntario, los actos realizados por el listisconsorte respecto a la obligación sustancial han de beneficiar al otro, no por efecto de la relación procesal sino de la relación sustancial.

En definitiva, propicia se declare improcedente el recurso de inaplicabilidad deducido por la actora.

2. Corresponde en primer lugar abordar el motivo casatorio de infracción legal denunciada en torno a la aplicación del Art. 4037 del Código Civil, correspondiente al régimen de la responsabilidad extracontractual.

Sabido es, que la potestad revisora en esta etapa está circunscripta, por unlado, al contenido de la sentencia y por otro, a la concreta impugnación formulada.

Por tal motivo, debe examinarse en autos si a través del recurso interpuesto se ha logrado acreditar que la Cámara sentenciante ha incurrido en el vicio que denuncia la recurrente.

En pos de tal cometido, cabe precisar que la prescripción liberatoria tiene por efecto la pérdida de la acción por el transcurso del tiempo y la inactividad del acreedor. Es decir, que constituye un medio de liberarse de una obligación por el mero transcurso del tiempo y la presunción del desinterés evidenciado por su titular para entablar dicha acción y con ella, ejercer el derecho inherente.

Entonces, puede afirmarse que la prescripción liberatoria se fundamenta en la inactividad del acreedor –elemento subjetivo- en el ejercicio de la acción durante el tiempo fijado por la ley –elemento objetivo- (cfr. Acuerdo Nro. 1/2015 -“CAMPOS”- del Registro de la Secretaría Civil).

Ahora bien, el Código Civil de Vélez Sárfield, aplicable al caso bajo análisis, distingue el régimen de la responsabilidad civil según la fuente del deber de reparar el daño: en contractual o extracontractual, y entre otras diferencias, establece un distinto plazo de prescripción de la acción, correspondiendo el de diez o dos años, según el encuadre.

Art. 4023: “Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial […]”.

Art. 4037: “Prescríbese por dos años, la acción por responsabilidad civil extracontractual”.

Para dilucidar la cuestión deberá estarse a la situación fáctica que sirve de fundamento a la pretensión resarcitoria. Ya que, como lo ha expresado la Corte Suprema Nacional, conviene tener presente que la prescripción liberatoria no puede separarse de la pretensión jurídicamente demandable (FALLOS: 330:5306, 335:1684, entre otros).

2. 1. Examinada la decisión que se cuestiona a la luz de lo expuesto, se concluye que no se advierte configurado el vicio que se denuncia.

Pues, la judicatura anterior considera que la actora reclama iure propio los daños y perjuicios ocasionados por la muerte de su esposo, imputando mala praxis por la atención médica recibida como consecuencia del accidente de tránsito que sufrió.

Así, determina que la acción entablada se sitúa en el campo de la responsabilidad extracontractual y por ende resulta correcta la aplicación del plazo de prescripción de dos años previsto en el Art. 4037 del Código Civil de Vélez.

Lo cierto es que la recurrente no ha logrado en su embate demostrar el vicio que denunciara al considerar errónea la aplicación del plazo de prescripción bianual por responsabilidad extracontractual.

En efecto, si bien pretende la aplicación del plazo de prescripción decenal, no explica concretamente cuál es el sustento en las constancias de la causa del cual –según su genérica alegación- surgiría que entre su persona y el establecimiento sanatorial existió un contrato previo, que le permita fundar en la responsabilidad contractual, el reclamo por los daños ocasionados a raíz del lamentable fallecimiento de su esposo.

Entonces, emerge acertado el criterio de las instancias anteriores en cuanto a que en los presentes actuados, la pretensión resarcitoria de daños deducida por la actora por derecho propio, contra el Policlínico Neuquén, se enmarca en el régimen de la responsabilidad extracontractual.

Luego, el plazo de prescripción aplicable en este caso concreto es el bianual y conforme la plataforma fáctica de la causa resulta ajustado a derecho el acogimiento de la excepción de prescripción deducida por la aseguradora citada en garantía, pues al tiempo de deducirse esta acción el plazo se encontraba cumplido largamente (el deceso tuvo lugar el 19/6/00 y la demanda se presentó el 17/4/08).

Finalmente se debe abordar el planteo subsidiario de la quejosa, quien solicita que en caso de mantenerse la prescripción, sus efectos se limiten a la parte que la dedujo e invocó, es decir la compañía aseguradora.

Y a todo evento plantea que se acoten los efectos de la prescripción al límite patrimonial en que se responsabiliza la aseguradora, dándose curso a la acción por el exceso.

Cabe recordar que el Policlínico Neuquén, contesta demanda y cita en garantía a SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A.

Luego, a fs. 168/191vta. la aseguradora se presenta y opone la prescripción de la acción de la actora Magdalena Karina Quintrileo contra la demandada Policlínico Neuquén SRL (asegurada), defensa que es acogida favorablemente en la primera instancia, que en consecuencia rechaza la demanda, lo que a la postre resulta confirmado por la Alzada.

Resulta necesario enfatizar, que nos encontramos ante una única acción, impetrada por la actora Magdalena Karina Quintrileo, contra la demandada Policlínico Neuquén SA.

En ese marco, la participación de la aseguradora, citada en garantía por la demandada tiene lugar en virtud del contrato de seguro y de conformidad a los Art. 109, 110, 116 y 118 de la Ley de Seguros.

Obviamente al declararse prescripta la acción de la actora contra la demandada, se extingue el derecho y finiquita el proceso. Es así, más allá de que la defensa haya sido deducida por la citada en garantía.

Así, la pretensión de la quejosa de limitar el alcance de la prescripción solo a la aseguradora, violenta el razonamiento lógico, porque -tratándose de una única acción- no se puede afirmar que la acción esta prescripta y no lo está al mismo tiempo y en el mismo sentido.

Las razones antedichas conducen, entonces, al rechazo de la solicitud de la quejosa para que la prescripción decretada beneficie únicamente –en todo caso- a la citada en garantía.

Cabe reiterar que la potestad revisora en esta etapa está circunscripta a la concreta impugnación formulada.

En el recurso bajo examen, se presenta una disconformidad con lo decidido en las instancias anteriores, empero no se logra poner en evidencia que lo resuelto haya infringido los preceptos legales denunciados ni se controvierten de manera eficaz las consideraciones en que se apoyó la sentencia en crisis.

Es necesario tener presente que constituye un deber del impugnante efectuar una precisa demostración de los vicios que afectan la sentencia, lo que no ocurre en el sublite.

En definitiva, y como colofón de lo desarrollado, no se constatan configuradas las infracciones legales invocadas por la recurrente respecto al instituto de la prescripción liberatoria.

De este modo, la pretensión recursiva analizada deviene improcedente, confirmándose por ende lo resuelto por la Cámara sentenciante por los argumentos aquí expuestos.

II. Que, con relación a la tercera de las cuestiones planteadas y sometidas a escrutinio en este Acuerdo, las costas de esta

instancia serán a cargo de la parte vencida (Arts. 17° L.C. y 68 del C.P.C. y C.). MI VOTO.

El señor vocal doctor OSCAR E. MASSEI, dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Ricardo T.KOHON y la solución a la que arriba en su voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. ASI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, por unanimidad, de conformidad Fiscal, SE RESUELVE: 1°) Declarar IMPROCEDENTE el recurso por Inaplicabilidad de Ley deducido por la actora –MAGDALENA KARINA QUINTRILEO-, a fs. 548/553 vta. 2°) CONFIRMAR la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones de Neuquén, obrante a fs. 538/544, de conformidad con los fundamentos expuestos. 3°) IMPONER las costas de esta etapa extraordinaria local al recurrente vencido (Arts. 17°, L.C. y 68 C.P.C. y C.). 4°) REGULAR los honorarios profesionales de los letrados intervinientes doctores ... –apoderado de la demandada y citada en garantía- ... y ... –patrocinantes de las mismas partes-, ... –apoderado de la actora-, ... –patrocinante de idéntica parte- en un 25% de la cantidad que corresponda por la actuación en idéntico carácter que el aquí asumido, en Primera Instancia (Arts. 15° de la Ley de Aranceles). 5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente, devuélvanse los autos a origen.

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

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

Dra. MARIA ALEJANDRA JORDÁN - Subsecretaria

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

"VAZQUEZ MIRTA GRACIELA C/ FALLETTI HORACIO ROBERTO Y OTRO S/TERCERIA E/A 220561/99" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 430120/2010) – Sentencia: 20/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

TERCERIAS. TERCERIA DE MEJOR DERECHO. BIEN INMUEBLE. EMBARGO. LEVANTAMIENTO DEL EMBARGO. COSTAS. COSTAS A LA INCIDENTADA.

1.- Corresponde hacer lugar a la tercería de mejor derecho sobre un inmueble embargado en el marco de un cobro sumario de pesos, toda vez que conforme surge de las pruebas aportadas la tercerista adquirió y tomó posesión del inmueble con anterioridad al embargo trabado por la Provincia de Neuquén en el referido juicio. En conseuencia deberá disponerse el levantamiento de la medida cautelar trabada sobre la parte indivisa del inmueble en cuestión.

2.- En cuanto a las costas, y al igual que en el precedente "Tagle", se imponen a la incidentada vencida. Al respecto, esta Alzada sostuvo: "Habiéndose hecho lugar a la acción deducida por el actor, no cabe más que seguir el principio general de la derrota establecido por el art. 68 del Cód. Proc.".

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VAZQUEZ MIRTA GRACIELA C/ FALLETTI HORACIO ROBERTO Y OTRO S/TERCERIA E/A 220561/99" (INC Nº 430120/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- La tercerista deduce recurso de apelación (hojas 193/198) contra la sentencia que rechaza la acción deducida.
Plantea que la sentenciante hace un análisis equivocado de la prueba rendida en autos. Aquí rememora las distintas pruebas que acreditan la posesión del inmueble y cita un antecedente de esta Sala ("Tagle").
Expresa que es errado el razonamiento de la jueza cuando dice que la tercerista no adquirió la parte indivisa del demandado, en virtud de lo dispuesto por el art. 1330 del CC y la ratificación efectuada en el sucesorio por los hermanos Falletti.
Agrega que el 28/02/05, momento en que el inmueble no estaba embargado, su parte adquirió mediante boleto de compraventa el inmueble en cuestión. Y que tal boleto tiene firmas certificadas y se encuentra sellado por la DPR.
Por tales razones, esgrime que se encuentran reunidos los requisitos que tornan admisible la tercería de mejor derecho, con costas al accionado, y así solicita se declare.
La contraria contesta agravios en la presentación de hojas 200/201. Solicita el rechazo del recurso, con costas.
2.- La presente contienda presenta aristas similares a las ya decididas por esta Sala en la causa "TAGLE SANHUEZA NOELIA S/TERCERIA E/A 220561" (INC Nº 427843/2010), citada por la aplante.
En dicha oportunidad, sostuvimos: "...en relación con la tercería de mejor derecho, esta Sala, en su anterior composición, ha sostenido que: "La viabilidad de la tercería de mejor derecho interpuesta por el adquirente de un inmueble por boleto de compraventa de fecha cierta y posesión otorgada con anterioridad al embargo, tiene amplia prevalencia en la doctrina y la jurisprudencia, ya sea por aplicación analógica del art. 1185 bis como por la doctrina legal del art. 594, ambos del Código Civil, con el aditamento de que la extensión a todos los inmuebles sin atención a su destino, que consagra el art. 146 de la Ley 24.522, quita virtualidad a la polémica en torno a la comprensión material de la tutela. OBS. DEL SUMARIO: P.S. 1996 -II- 218/224, Sala II Juez GARCIA (MI) FERRICIONI, Oscar Enrique c/ GHIGLIONI, SANTOS Rogelio s/tercería MAG. VOTANTES: GARCIA - GIGENA BASOMBRIO - VERGARA DEL CARRIL", ("GONZALEZ CUEVAS CARLOS ABNER S/TERCERIA E/A: BANCO DE LA PAMPA CONTRA IRIARTE NORMA S/COBRO EJECUTIVO", ICC Nº 60858/6).
Además, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza sostuvo que: "El adquirente de un inmueble mediando boleto triunfa en la tercería de mejor derecho o en la acción de oponibilidad ejercida en el proceso individual o concursal, si se cumplen los siguientes recaudos: a) El boleto tiene fecha cierta o existe certidumbre fáctica de su existencia anterior al embargo o a la apertura del concurso; b) El boleto tiene publicidad (registral o posesoria); c) El tercerista o peticionante en el concurso ha adquirido de quien es el titular registral o esta en condiciones de subrogarse en su posición jurídica mediante un perfecto eslabonamiento entre los sucesivos adquirentes; d) El tercerista o peticionante en el concurso es de buena fe y ha pagado el 25% del precio con anterioridad a la traba del embargo o a la apertura del concurso universal", (CSJ de Mendoza, en autos "Coviram Ltda.", 30/05/1996, AR/JUR/3023/1996).
A partir de lo expuesto, entiendo que en autos se encuentran cumplidos los requisitos que tornan admisible la tercería de mejor derecho y, en consecuencia, resultan procedentes los agravios de la tercerista referidos a la valoración de las pruebas y la anterioridad de la adquisición, mediante boleto de compraventa, a la traba definitiva del embargo.
De fs. 81/82 de los autos caratulados "Correnti Natalia s/ Sucesión Ab Intestato", Expte. N° 331.553, agregados por cuerda, surge la disolución de la sociedad conyugal y declaratoria de herederos correspondiente a los autos "Falletti José s/ Sucesión", Expte. N° 4.284/73, que tramitó ante el Juzgado Civil N°1 de la Ciudad de Neuquén, que se inscribió la titularidad del dominio del inmueble identificado con la nomenclatura catastral N° 09-22-45-6276, correspondiente a la Manzana A, Lote 17 de la localidad de Plottier, a nombre de los Sres. Natalia Correnti (1/2), Falletti Atilio Tito Augusto (1/6), Falletti Julio César José (1/6) y Falletti Roberto Horacio (1/6).
Luego, de los autos principales: "Provincia de Neuquén c/Falletti Horacio s/Cobro sumario de pesos", Expte. N° 220561/99, surge que se embargó la parte indivisa de dicho inmueble, correspondiente al Sr. Roberto Horacio Falletti, en forma provisional, en fechas 10/06/2002 y 01/06/05 con vencimientos el 7/12/02 y 28/11/05 respectivamente, y el 01/06/05 se trabó embargo definitivamente (fs. 82 de las actuaciones mencionadas).
Por otra parte, la tercerista, el día 18/03/05, momento en que el inmueble no estaba embargado, adquirió mediante Boleto de compraventa el inmueble en cuestión. En idéntica fecha, el escribano Omar Ramón Eduardo Franchi, certificó que las firmas insertas en el mismo se correspondían con las personas que lo suscribieron, y procedió a registrar el acto mediante Acta N° 330 del Libro 19 de Certificaciones de Firmas e Impresiones Digitales a su cargo (fs. 10/11).
Es necesario señalar que si bien el inmueble, al momento de ser enajenado por primera vez, se encontraba a nombre de la Sra. Natalia Correnti en un 50%, la misma falleció en fecha 31 de Mayo de 2003, y, en consecuencia, la venta quedó cubierta con relación a los enajenantes (art. 1330 del C.C.) y con relación a la parte indivisa correspondiente al Sr. Horacio Roberto Falletti,

surge a fs. 118/118vta. de las actuaciones agregadas por cuerda, que el mismo, en fecha 27 de Junio de 2007, ratificó la venta efectuada por sus hermanos.

Al respecto, la doctrina sostiene que: "Señalándose alguna equivocación en el concepto dado en la nota de Vélez, se ha sostenido que la ratificación comprende toda aprobación posterior de un acto ya otorgado, realizado a nombre de otro o no, y aún contra el derecho de otro, incluyéndose los actos que necesitan aprobación, sea de las de las autoridades que vigilan las representaciones necesarias, sea de personas a quienes compete aprobar el acto, sea de aquellos a quienes compete el derecho o el bien que se ha dispuesto sin título. [...] En la ratificación, una persona asume las consecuencias de un acto de otro (arts. 1161, 1930, 504, 2304); en la confirmación es el propio agente o representante legal quien sana la nulidad relativa. La ratificación proviene de un tercero y sana la inoponibilidad. No obstante, ambas son unilaterales y retroactivas" (Código Civil y Leyes complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, Director Belluscio, Coordinador Zanonni, Tomo 4, pág. 753/754, Astrea, Buenos Aires 1982).

Por otra parte, como lo expuso la A-quo, surge del escrito inicial obrante a fs. 3 de autos, que quienes vendieron en primer término el inmueble en cuestión fueron Atilio y Julio Falletti. Luego, conforme fs. 4/10, el mismo fue transmitido en reiteradas oportunidades, mediante una cadena ininterrumpida de boletos, hasta la adquisición por la tercerista.

Si bien dichos documentos se encuentran desconocidos por la contraria, entiendo que existen indicios suficientes en autos que permiten tener por acreditada tal sucesión de transmisiones. Al respecto se ha sostenido: "Pero el hecho de que los documentos privados carecen de valor probatorio como tales mientras no han sido reconocidos (Cód. Civil., Art. 1026), no significa que deban descartarse en absoluto como elementos de prueba, ya que pueden valer como indicios de los cuales se induzcan presunciones, a las que la ley asigna eficacia (CNCiv., Sala D, La Ley, T. 105, pág. 201)" (Palacio Lino Enrique, Derecho Procesal Civil, Tomo IV, Actos Procesales, Tercera Edición, pág. 423, Lexis Nexis, Buenos Aires 2005).

Así, en los autos "Correnti Natalia s/Sucesión", precedentemente mencionados, los herederos manifestaron que el inmueble en cuestión había sido vendido, aunque no contaban con las constancias documentales (fs. 118).

Además, en tales actuaciones, la Sra. Tagle adjuntó idénticos boletos de compra-venta que los de fs. 3/10, y los mencionados expresaron que reconocían el derecho de la tercerista a recibir la escritura traslativa de dominio del bien en cuestión, y agregaron que el inmueble se encontraba en posesión de la misma (fs. 163).

Al respecto, declaró el Sr. José Benito Lezcano, quien expresó haber comprado la vivienda ubicada en calle Chile N° 334, y dijo: "Yo compré en una oportunidad en el año 1995 al Sr. Casas, Adrián un lote con un galpón que estaba en ese lote. Después hice ahí una vivienda con dos dormitorios, living comedor, baño y cocina. A posteriori yo le transferí a Marcelo, mi hijo la vivienda y a su esposa Andrea Monti" (fs. 120/120vta.).

Luego el testigo Marcelo Ariel Lezcano sostuvo: "El apellido Falleti figuraba en un boleto que yo tuve cuando compre al Sr. Casas. En realidad mi papa le compró a Casas Mario Adrián, y me lo transfirió a mi. Después yo le vendí a Tagle. El apellido Falleti aparecía en un boleto que me mostró Casas. El Sr. Casas aportó la cadena de Boletos cuando hicimos la operación comercial que la hicimos en la escribanía Franchi. De ahí viene el apellido Falleti, pero no lo conozco en persona" (fs. 121).

La Cooperativa de Agua Potable Plottier Ldta. informó que el titular, Sr. José Lezcano, se asoció a la Cooperativa el 06 de Febrero del año 1997, y en el año 2005 le transfirió las acciones a la Sra. Tagle Sanhueza Noelia, haciéndose cargo de la deuda que registraba el Sr. Lezcano (cfr. fs.123).

Por su parte, la Municipalidad de Plottier informó que la Sra. Tagle figura como contribuyente del inmueble en cuestión, desde agosto del año 2005, y que desde el año 2000 al 31/07/2005 se registró como contribuyente a Marcelo Ariel Lezcano (cfr. fs. 124).

Asimismo, la Cooperativa de Servicios Públicos Plottier Ltda. informó que desde el año 1991 a 1996 el medidor del domicilio ubicado en Chile 334 estuvo a nombre del Sr. Casas, y que con posterioridad a ello y hasta el año 2005, la titularidad estuvo a cargo del Sr. José Benito Lezcano (cfr. fs. 132).

Además, en punto a la publicidad posesoria del tercerista se ha sostenido que: "A partir de una interpretación armónica del plexo normativo de la doctrina civilista y la jurisprudencia mayoritaria afirman que en el régimen actual subsiste la "publicidad posesoria" del Código Civil juntamente con la "publicidad registral", sin que la incorporación de esta haya desplazado a la primera. Esta postura considera que ambos tipos de publicidad, material y formal, se complementan y que, en la generalidad de los casos, coincide la realidad del registro con la realidad extrarregistral. No obstante, si entran en colisión debe priorizarse la primera en el tiempo. Porque esa doctrina admite la debilidad del sistema registral, arbitrado en cuanto a los efectos que de él se derivan y la importancia que guarda la realidad posesoria y extrajudicial en general. El registro inmobiliario argentino recoge el principio de simple legitimación, lo cual implica que presume iuris tantum que los derechos reales inmobiliarios se encuentran inscriptos en el registro y corresponden a su titular registral, pero no garantiza al tercero, de manera absoluta, la exactitud de las constancias registrales, dado que el afectado, probando lo contrario (es decir el desacuerdo de la realidad extrarregistral) puede en

determinadas circunstancias provocar la mutación de la situación registral en perjuicio de aquél", (JUBA, "Maqueira, Angel s/ Tercería de mejor derecho en "Maqueira c/Milani s/Régimen de visitas", CC0001 LZ 61960 RSD-310-7 S 20-9-2007).

Además, esta Alzada expresó: "La jurisprudencia ha dicho sobre este tema que: "Así también, en lo que respecta a la publicidad posesoria, corresponde precisar los alcances de la posesión derivada de la tradición en materia inmobiliaria para evaluar si ella puede en ciertos casos constituirse en un modo de publicidad registral y en consecuencia si esa posesión puede ser opuesta a terceros. Sobre este punto, comparto la postura del Dr. Jorge Alterini cuando dice "si bien la superioridad de la publicidad registral sobre la posesoria es indiscutible desde el punto de vista técnico, desde el punto de vista del hombre común, los estados de hecho tienen una función exteriorizadora, que cuestionará el especialista, pero que impresionan sus sentidos de la manera más simple y directa que la evolucionada publicidad registral; de allí que la realidad viva podrá mostrar a veces la eficiencia de la publicidad posesoria, que hasta el Código de Prusia de 1794 debió computar que, concebida como publicidad del vulgo, se contrapone a la publicidad registral acuñada en el gabinete jurídico" (CNCiv. Sala C, 21-11-78 "Revista del Notariado N* 765, pág. 1040 y LL, 1979 – B - 259). (Opinión personal del Dr. Balladini)." (Nro de Texto:16606, STJRNSC: SE. <114/04> "C., J. A. y Otra en autos: BANCO DE LA PAMPA c/A., J. H. s/EJECUTIVO s/TERCERIA DE MEJOR DERECHO s/CASACION" (Expte. N* 19232/04 - STJ), (29-12-04). LUTZ – BALLADINI – SODERO NIEVAS – Sumarios relacionados: 14577 - 14578 - 14580 - 14581 - 14582 - 14583 – 14584-LDT)", ("VALENZUELA SUSANA MABEL CONTRA PORFIRI STELLA MARIS Y OTROS S/ TERCERIA (E/A:"PASETTI MARIO RICARDO S/ SUCESION" 332117/5)", Expte. INC Nº 356232/7).

En autos, surge que ello quedó acreditado a partir de las constancias agregadas. Así, conforme fs. 8vta., el vendedor se comprometió a entregarle a la Sra. Tagle la posesión del inmueble, el día 24 de marzo de 2005, lo cual tengo por probado en tanto como se expuso precedentemente, los Sres. Atilio Augusto Falletti, Horacio Roberto Falleti y Julio César Falleti manifestaron que el inmueble se encuentra en posesión de la tercerista (fs. 163). El testigo Jaramillo dijo: "Sí, me parece que se hicieron mejoras. No sé las interiores.

La pintaron y le han hecho arreglos por el frente. Lo he visto porque es mi vecina" (fs. 346). El Sr. Adrián Américo Carrera, inquilino de la tercerista, expresó que desde Octubre de 2005, fecha a partir de la cual arrendó a la Sra. Tagle el inmueble, no se le hicieron mejoras a la vivienda (fs. 119). De ello puede inferirse que la actora compró la propiedad en marzo de 2005, le efectuó las mejoras que señala el testigo Jaramillo y luego lo alquiló al Sr. Carrera.

A partir de lo expuesto, resultan acreditados los presupuestos de procedencia de la tercería de mejor derecho, en el caso de autos, el boleto de compra-venta, con fecha cierta, del cual surge que la actora abonó el precio.

Además, resulta acreditado que tanto las transmisiones efectuadas mediante los boletos de compraventa de fs. 3/10, y la toma de posesión del inmueble por parte de la tercerista, se produjeron con anterioridad al embargo trabado en autos.

Por ello, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la tercerista y, en consecuencia, disponer el levantamiento del embargo trabado por la Provincia del Neuquén sobre la parte indivisa de dicho inmueble..." (Cfr. autos: "TAGLE SANHUEZA NOELIA S/TERCERIA E/A 220561" INC Nº 427843/2010).

3.- Aplicando dichos lineamientos al presente caso, tenemos que:

a) De la constancia de la hoja 182 de los autos principales ("Provincia de Neuquén c/Falletti Horacio s/Cobro sumario de pesos" Expte. 220561/99), surge que se insertó anotación provisional del embargo decretado sobre la parte indivisa del Sr. Roberto Horacio Falletti, en fechas 10/06/2002 y 01/06/05 con vencimientos el 7/12/02 y 28/11/05 respectivamente, mientras que el embargo definitivo se trabó el 01/06/05 (fs. 206vta. de las actuaciones mencionadas).

b) También surge de la documental acompañada que la tercerista, el día 28/02/05, momento en que el inmueble no estaba embargado, adquirió mediante Boleto de compraventa el inmueble en cuestión. En idéntica fecha, la escribana Laura C. Miranda, certificó que las firmas insertas en el mismo se correspondían con las personas que lo suscribieron, y procedió a registrar el acto mediante Acta N° 198 del Libro 5 de Requerimiento para Certificaciones de Autenticidad de Firmas e Impresiones Digitales a su cargo (fs. 136/139).

c) Con respecto a la primer enajenación del inmueble, ha quedado cubierta la venta realizada por el sucesor del propietario (art. 1330 del Código Civil) en lo que refiere al 50% correspondiente a Natalia Correnti (ver condiciones de dominio de hojas 76, y declaratoria de herederos de hojas 42 del expte "Correnti Natalia s/sucesión", expte 331553/05).

d) En relación con la segunda transmisión, ha mediado ratificación de los restantes copropietarios respecto de la venta realizada por su hermano (hojas 118/9 del expte antes citado).

e) En esa misma causa, los herederos manifestaron que el inmueble había sido vendido, aunque no contaban con las constancias documentales (ver hojas 53 y 118).

f) En tales actuaciones, la Sra. Vázquez adjuntó idénticos boletos de compra-venta que los de fs. 3/4 y los hermanos Falletti expresaron que reconocían el derecho de la tercerista a recibir la escritura traslativa de dominio del inmueble, y agregaron que ella se encontraba en posesión del bien (fs. 161).

g) Las constancias e informes acompañados a la causa dan cuenta que la titular de los servicios desde año 2005 es Mirta Graciela Vázquez, y que con anterioridad figuraba Mario Vázquez (fs. 94 Camuzzi Gas del Sur, fs. 95 Calf, fs. 96/99 Municipalidad de Plottier, 105 y 116 Cooperativa Servicios Públicos de Plottier, fs. 111 Dirección Provincial de Rentas).

h) Los testigos Boronovich (156 y vta.) y Sendra (157 y vta.), vecinos del barrio, señalaron que la actora adquirió la vivienda en el año 2004 o 2005 y que hizo mejoras, detallando las mismas. El Sr. Mario Héctor Vázquez ratificó que le vendió en año 2005 el inmueble a su hermana, que le compró a Atilio Falletti en el año 1987, que hizo su casa y luego su hermana hizo mejoras (fs. 159 y vta.).

De todo lo expuesto cabe concluir que la tercerista adquirió y tomó posesióndel inmueble con anterioridad al embargo trabado por la Provincia de Neuquén.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso y disponer el levantamiento de dicha medida.

4.- En cuanto a las costas, y al igual que en el precedente “Tagle”, se imponen a la incidentada vencida. Al respecto, esta Alzada sostuvo: “Habiéndose hecho lugar a la acción deducida por el actor, no cabe más que seguir el principio general de la derrota establecido por el art. 68 del Cód. Proc.”.

“Así lo ha entendido la jurisprudencia al resolver en supuestos como el presente que: “El último párrafo del art. 97 del Código Procesal, en cuanto establece que el tercerista que dedujere la tercería después del plazo de diez días de los supuestos que allí se aprehenden, debe abonar las costas que originare su presentación extemporánea, se refiere a las actuaciones producidas en los autos principales con posterioridad al vencimiento de dicho plazo. Mas las costas de la tercería deben ser abonadas de acuerdo con el resultado a que se haya arribado en la misma, o sea, de conformidad con el principio objetivo de la derrota.” (CPCB Art. 97- CC0201 LP, B 85232 RSD-375-97 S 30-9-97, Juez SOSA (SD) Alonso de Brisba, Eulalia Irene s/ Tercería de mejor derecho”- LDT)”.

“En igual sentido ha expresado: “Aunque el tercerista interponga la demanda después de diez días desde que conoció el embargo esa morosidad implica asumir la carga de las costas originadas por la presentación extemporánea en el principal. Pero no así las de la tercería, que dependen de la solución de ésta y conducta de las partes en dicho proceso (art. 97 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires) ...” (CPCB Art. 97 ; CPCB Art. 68- CC0100 SN 981345 RSD-180-98 S 8-9-98, Juez MAGGI (SD) “Mazzolini de Figueroa María Angélica c/ Ocorso Ricardo y otro s/ Tercería de dominio o de mejor derecho”; CC0100 SN 981405 RSD-197-98 S 24-9-98, “Negro Daniel Alberto c/ Negro Héctor Enrique y otro s/ Tercería de dominio o de mejor derecho”, LDT)”.

“Y que: “Cuando el art. 97 del ordenamiento procesal determina que el tercerista debe abonar las costas "que origine su presentación extemporánea", debe interpretarse que ellas son las causadas en las actuaciones principales con posterioridad al plazo previsto en la norma, mas no a las correspondientes al proceso de tercería, las cuales se habrán de imponer atendiendo a las pautas generales que suministra el artículo 68 del Código Procesal, lo que encuentra su justificación en que si el tercerista hubiera actuado en tiempo propio, se podrían haber evitado los gastos generados por el acreedor que, en total ignorancia del dominio o mejor derecho del tercerista, continuó con el trámite de ejecución sobre los bienes embargados.” (CPCB Art. 97 ; CPCB Art. 68- CC0201 LP 91866 RSD-206-3 S 26-6-3, Juez MARROCO (SD), Romano de Monti, Mirta Graciela s/ Tercería”, LDT)”.

“El actor embargante es en realidad el demandado en el incidente de tercería de mejor derecho y, en consecuencia, al resultar procedente la tercería, quien la planteara resulta parte vencedora, y siguiendo el principio general en materia de costas, ellas deben ser soportadas por el demandado vencido. La participación informativa del empleador demandado, que presentó un escrito ratificando que en el proceso de ejecución ya había puesto en conocimiento que la venta del bien embargado era anterior a la traba del embargo, en modo alguno puede ser valorado como contención a los fines de asignarle carácter de perdidoso que determinaría la imposición de costas a su cargo.” (CCCU03 CU 2691 I 28-2-2, Juez: CAZZULINO (SD), “Avilé, Alfredo Neris c/ J.R. Farabello S.A. s/ Despido. Preaviso. Diferencias salariales. Ejecución de sentencia. Incidente de tercería de mejor derecho”, LDT), (Sala II, en autos "RIVAS PEDRO HUMBERTO S/TERCERIA E/A: 251488/00", Expte. INC Nº 297220/3).

5.- Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar a la apelación deducida por la tercerista (hojas 193/198) y, en consecuencia, revocar la sentencia de hojas 178/181, acogiendo la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta por la Sra. Mirta Graciela VAZQUEZ, declarándose su mejor derecho en relación con el inmueble designado Mza. A, Lote 7 de Plottier, N.C. N° 09-22-45-5475, Matrícula 62055, Confluencia, y ordenar el levantamiento del embargo trabado -sobre la parte indivisa de

Roberto Horacio Falletti- por la Provincia del Neuquén en los autos principales e imponer las costas a la demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C). MI VOTO.

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1.- Revocar la sentencia de hojas 178/181 y, en consecuencia, acoger la demanda de tercería de mejor derecho interpuesta por la Sra. Mirta Graciela VAZQUEZ, declarándose su mejor derecho en relación con el inmueble designado Mza. A, Lote 7 de Plottier, N.C. N° 09-22-45-5475, Matrícula 62055, Confluencia y ordenar el levantamiento del embargo trabado por la demandada PROVINCIA DEL NEUQUÉN en los autos principales.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, Código Procesal).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la instancia de grado, las que deberán readecuarse al nuevo resultado del pleito.

4.- 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).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan éstos y los autos “PROVINCIA DEL NEUQUEN C/FALLETTI HORACIO ROBERTO S/COBRO ORDINARIO DE PESOS” (Expte. Nº 220561/99) y “CORRENTI NATALIA S/SUCESION AB- INTESTATO” (Expte. Nº 331553/05) al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Martiarena-Secretaria

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

"PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN 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 – Secretaría Sala I - (Expte.: 471626/2012) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. INDEMNIZACION POR DAÑO. CUANTIFICACION DEL DAÑO. INCAPACIDAD FISICA. GASTOS DE FARMACIA. GASTOS DE REPARACION DEL VEHICULO. PRIVACION DE USO DEL AUTOMOTOR. DAÑO MORAL. HONORARIOS DEL PERITO. COSTAS. HONORARIOS REGULADOS. DOCTRINA DE LA CONFISCATORIEDAD.

1.- El monto reconocido por incapacidad física a quien fue víctima de un accidente de tránsito debe ser incrementado, toda vez que teniendo en cuenta la edad de la misma al momento del hecho (37 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito -31,96%- [Tampoco se encuentran controvertidos los ingresos de la actora, determinados en la suma de $ 8.440] y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, la justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado debe ser elevada a la suma de $ 750.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

2.- En lo atinente al monto reconocido por daño moral, es dable tener en cuenta que sin perjuicio de que lo expuesto por la actora al perito psicólogo no resulta corroborado por otros

medios de prueba como señala la citada en garantía, debe considerarse que quedaron acreditadas las secuelas que ella posee (…) y los padecimientos que sufrió en tanto, como consecuencia del hecho, debió permanecer internada desde el momento del hecho hasta el 04/10/2010. Además, que fue intervenida quirúrgicamente (…) y que debió continuar efectuándose controles y curaciones (…). Por otra parte, el perito médico sostuvo que las lesiones son dolorosas y pueden seguir produciendo dolor (síndrome del miembro ausente), que requieren de tratamiento analgésico y psicológico (…). Asimismo, es necesario señalar que las cicatrices fueron valoradas para la determinación del daño físico (…). Consiguientemente, corresponde hacer lugar a la queja de la actora, elevando el monto de condena por este rubro a la suma de $ 80.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

3.- En relación a los gastos de farmacia y sin perjuicio que la actora (…) sostuvo que al momento del hecho contaba con obra social, teniendo en cuenta las secuelas del accidente considero que la justipreciación por este rubro debe ser elevada a la suma de $1.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

4.- En punto a la privación de uso del automotor y atento que no se produjo prueba con relación al tiempo de reparación del rodado, este rubro se justiprecia en la suma de $600 (art. 165 del C.P.C. y C.).

5.- Debe ser confirmada la regulación de los honorarios de los peritos en el 4% por estar acorde las pautas que habitualmente utiliza esta Sala para casos similares.

6.- En punto a la confiscatoriedad a la que alude la citada en garantía –pues las costas que se imponen a la condenada citada en garantía representan el 42,52% de la base regulatoria de los honorarios- esta Sala sostuvo: “El tope del 33% debe considerarse con relación a los honorarios regulados y a cargo de la parte ganadora. Así resolvió el TSJ en autos “GONZALEZ OMAR HUGO Y OTRO C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA que: “dentro de los parámetros expuestos, deberá tenerse en cuenta asimismo el que la suma de los honorarios de los letrados de la parte gananciosa en el pleito, con más las regulaciones correspondientes a los peritos, no superen el porcentaje del 33% del monto base, ya que, de así acontecer, dicha regulación se tornaría confiscatoria”.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PAZ ANDREA LORENA C/ MONDACA MANUEL ADAN Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE” (EXP Nº 471626/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO.2 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 356/360 la A-quo hizo lugar a la demanda y condenó a Manuel Adán Mondaca, Sarita Senobia Stekli y Federación Patronal Seguros S.A., a abonarle a la actora la suma de $498.913,73 con más intereses y costas.

A fs. 369 interpuso recurso de apelación Federación Patronal Seguros S.A. y a fs. 376/381 expresó agravios. A fs. 370 apeló la actora y a fs. 382/384vta. expresó sus agravios.

La citada en garantía se queja, porque considera excesivo el monto otorgado en concepto de indemnización por daño físico. Alega, que la Sentenciante omitió efectuar la morigeración que se imponía, atento que la fórmula de matemática financiera no deja de ser una orientación que debe ser circunstanciada por el magistrado de la sentencia.

Luego, se queja por la procedencia del rubro daño material por gastos de reparación de la unidad. Dice, que no se acreditó que los daños presupuestados hayan sido a consecuencia del accidente, en tanto la parte actora no produjo prueba en tal sentido.

También critica la sentencia porque considera excesivo el reconocimiento del rubro daño moral y señala que existe ausencia de fundamentación al respecto.

Alega, que no existe una sola declaración testimonial que permita conocer sobre la realidad de la actora luego del accidente y sus padecimientos a consecuencia del hecho. Dice, que en el caso de autos el daño moral no puede exceder de $30.000.

También, critica la inclusión de los intereses para la regulación de los honorarios de los peritos.

Además, dice que no corresponde hacer extensiva a los peritos la nueva legislación arancelaria de los honorarios de los abogados.

Por último, se queja porque la regulación de los peritos se fijó en el 4% de la planilla.

Sostiene, que el perito médico ha efectuado una única entrevista a los fines de la pericia y luego presentar el informe elaborado, respondiendo sólo un escueto pedido de explicaciones de las partes.

Expresa, que la perito psicóloga también ha efectuado una única entrevista a los fines de la pericia y su informe pericial no ha merecido ni siquiera un pedido de explicaciones de la parte actora.

Por otra parte, dice que la sumatoria de los honorarios que el fallo pone a su cargo, sin tener en cuenta la incidencia del IVA, equivale que las costas que se imponen representan el 42,52% de la base regulatoria.

Sostiene, que ello constituye un exceso que agravia la garantía de no confiscatoriedad admitida en el 33% por el Tribunal Superior de Justicia provincia en autos “Ippi”.

Por su parte, la actora considera que no se valoraron los elementos de juicio en su totalidad.

Manifiesta, que en cuanto a los gastos de farmacia la A-quo sostuvo que sólo pueden prosperar los probados en autos, pero que los reclamados son una consecuencia lógica de la lesión sufrida.

También se agravia por el exiguo monto fijado por incapacidad sobreviniente y el método para determinarlo. Además, por la no inclusión del porcentaje resultante de la pericia psicológica.

Luego, se queja porque no se justipreció la privación de uso del automotor y peticiona por este rubro la suma de $2.400.

Por otra parte, considera exiguo el monto determinado en concepto de daño moral. Afirma, que no se ponderó la afectación en el equilibrio anímico de la persona, la edad de la víctima al momento del hecho, la entidad de las lesiones, su grado de incapacidad, que debió ser intervenida quirúrgicamente, como las molestias y padecimientos que ello conlleva, su ocupación, la repercusión disvaliosa en su vida recretiva, social, deportiva, profesional, la ansiedad, vergüenza y cicatrices de la lesión.

A fs. 386/388vta. la actora contestó los agravios de la citada en garantía.Federación Patronal S.A. no respondió los agravios de la contraria.

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), en ese marco corresponde analizar las apelaciones de las partes.

En el caso de autos, los recursos se circunscriben a la procedencia de los rubros reclamados y su cuantía, en tanto no se encuentra discutido en esta instancia el acaecimiento del evento dañoso como tampoco la atribución de responsabilidad.

1. Luego, en punto a los agravios de ambas partes respecto al daño físico, hemos sostenido que “Para evaluar el resarcimiento no es necesario recurrir a criterios matemáticos ni tampoco son aplicables lo porcentajes fijados por la Ley de Accidentes de Trabajo, aunque puedan resultar útiles pautas de referencia, sino que deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del damnificado, la gravedad de las secuelas, los efectos que éstas puedan tener en su vida laboral y de relación. Ello significa que las fórmulas matemáticas no constituyen la única ni autónoma fuente de cuantificación, ya que en todos los casos debe actuar el prudente arbitrio (no arbitrariedad) judicial, pero podrá ser un elemento útil a la hora de fijar un quantum por muerte como por incapacidad permanente” (Lorenzetti, Ricardo, Código Civil y Comercial de la Nación, T. VIII, pág. 528, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe 2015), (esta Sala en autos “ARANEDA BEATRIZ ESTEFANIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D.Y P. - MALA PRAXIS”, EXP Nº 470840/2012).

Además, esta Sala sostuvo: “Ahora bien, el alcance del resarcimiento, la determinación del “cuánto” apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial”.

“Porque indemnizar a la víctima insuficientemente –de asistirle el derecho- es muy injusto. “Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso… En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá

perder de vista … Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "… la reposición de las cosas a su estado anterior…" (art. 1083 del Código Civil)…" (Debrabandere, Carlos Martín, "La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo", publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18)".

"Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: 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".

"A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o esteriotipada".

"En tal entendimiento, he sostenido que: "la utilización de la fórmula matemático 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".

"Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles "…para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada..." (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)" (Expte Nº 343.739/06; 328949/5, entre otros)".

"A mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y, por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:"

"La fórmula Voutto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual- se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.".

"Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso –o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo".

"Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período) no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales, RCyS 2011-VI, 22 y Acciarri "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208)".

"Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período".

"El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

"Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presentes las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones":

"*En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el 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)".

"*En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., nº 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10)".

"*En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época del suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro", (cfr. voto de la Dra. Pamphile en autos "MORALES REYES PATRICIO HERNÁN C/ FREXAS FERNANDO MIGUEL S/D Y P DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESIÓN O MUERTE)" EXP Nº 501889/2014).

En el caso de autos, si bien la actora se queja porque no se adicionó al porcentaje de incapacidad determinado por el perito médico el indicado a fs. 189vta. por el perito psicólogo, es necesario señalar al respecto, que el Dr. García incluyó en el porcentaje determinado el trastorno por estrés post traumático leve equivalente al 7,56% de incapacidad.

Sin perjuicio de lo expuesto, no existen otras quejas respecto al porcentaje de incapacidad del 31,96% que surge de fs. 172vta.

Tampoco se encuentran controvertidos los ingresos de la actora, determinados en la suma de $ 8.440 (fs. 359).

A partir de lo expresado y las constancias de autos, corresponde desestimar el agravio de la citada en garantía y hacer lugar a la queja de la actora. Por ello, teniendo en cuenta la edad de la misma al momento del hecho (37 años), el porcentaje de incapacidad otorgado por el perito a fs. 172vta. y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Sala, la justipreciación efectuada por la Sentenciante de grado debe ser elevada a la suma de $ 750.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

2. En cuanto al daño material por gastos de reparación de la unidad, la citada en garantía señala que no se ha acreditado que los daños presupuestados hayan sido a consecuencia del accidente, pero conforme surge de fs. 53 de los autos agregados por cuerda, caratulados "Mondaca Manuel Adán s/ Lesiones Culposas", Expte. N° 5697/2011 que tramitaron ante el Juzgado en lo Correccional de Primera instancia de esta Ciudad de Neuquén, en el automóvil Chevrolet Agile, dominio IWQ-337 "Se constató un impacto lateral izquierdo, presentando deformación, desplazamiento y plegamiento del panel puerta delantera desde el borde de la apertura donde se encuentra la cerradura hacia adelante, rotura del cristal de la misma, transferencia de color blanco en canto o borde final donde se encuentra la cerradura de la misma y una deformación inferior coincidente con el borde perfil neumático del camión al realizarse la confrontación del mismo".

A partir de lo expuesto, teniendo en cuenta los presupuestos adjuntados por la parte y valorados a fs. 359 por la Sentenciante, corresponde desestimar la queja por este rubro.

3. Luego, en punto al daño moral, se ha sostenido que: "De conformidad con la definición de daño jurídico que emana del art. 1738 CCyC, puede definirse al daño moral (denominado en este artículo "consecuencias no patrimoniales") como la lesión de un interés no patrimonial de la víctima que produce consecuencias de la misma índole. La consecuencia resarcible, en estos casos, consiste en una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar diferente de aquel en el que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial", (Picasso, Sebastián – Sáenz, Luis R.J., Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Dir. Herrera, Marisa; Caramelo Gustavo y Picasso Sebastián, T IV, art. 1741, pág. 460, Infojus, Buenos Aires, 2015).

En autos, sin perjuicio de que lo expuesto por la actora al perito psicólogo no resulta corroborado por otros medios de prueba como señala la citada en garantía, debe considerarse que quedaron acreditadas las secuelas que ella posee (fs. 56/57 de las actuaciones penales agregadas por cuerda) y los padecimientos que sufrió en tanto, como consecuencia del hecho, debió permanecer internada desde el momento del hecho hasta el 04/10/2010. Además, que fue intervenida quirúrgicamente (fs. 142/151) y que debió continuar efectuándose controles y curaciones (fs. 148).

Por otra parte, el perito médico sostuvo que las lesiones son dolorosas y pueden seguir produciendo dolor (síndrome del miembro ausente), que requieren de tratamiento analgésico y psicológico (cfr. fs.206). Asimismo, es necesario señalar que las cicatrices fueron valoradas para la determinación del daño físico (fs. 172vta.).

A partir de lo expuesto y de los tratamientos anteriores, corresponde hacer lugar a la queja de la actora, elevando el monto de condena por este rubro a la suma de $ 80.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

4. Además, con relación a la apelación de la actora respecto a los gastos de farmacia, esta Sala sostuvo que: “La jurisprudencia ha prescindido de la exigencia de la prueba concreta y documentada de los gastos médicos y de farmacia necesarios para el tratamiento y recuperación de la víctima, dejando librado a la apreciación judicial la fijación del monto, siempre que la acreditación del perjuicio esté debidamente comprobada y tengan adecuada relación con la importancia del tratamiento” (CNCiv., Sala E, “Paez de Tezanos Pinto, Ana M. c. Otermin Aguirre, Julio”, LA LEY 1986-A , 469, DJ 1986-2, 12, ED 117, 244, AR/JUR/ 991/ 1985)” (“HUENUL MARIA TERESA CONTRA SEGURA ROBERTO GASTON Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, EXP Nº 386241/9).

A partir de lo expuesto, sin perjuicio que la actora a fs. 23 sostuvo que al momento del hecho contaba con obra social, teniendo en cuenta las secuelas del accidente considero que la justipreciación por este rubro debe ser elevada a la suma de $1.000 (art. 165 del C.P.C. y C.).

5. En punto a la privación de uso del automotor esta Sala sostuvo: “[…] conforme los antecedentes reseñados estimo que procede el rubro privación de uso conforme a que la sola falta de disposición del transporte por el período requerido para las reparaciones del caso, merece compensación económica, más allá de que no se realizaran actividades remuneradas; y en tal sentido la doctrina judicial se ha expedido:”

“Cuando se trata de la privación de uso de un automóvil particular, la jurisprudencia admite unánimemente que se ocasiona al propietario un perjuicio, porque la indisposición del rodado durante el lapso abarcado por los arreglos hace presumir sobre bases de probabilidad objetiva que se le priva de un medio de transporte, que utilizado individualmente o con su grupo familiar, debe ser suplido mediante erogaciones inesperadas.“ (CNCiv, sala B, 16.12.99, Sánchez Hugo R. y otro c. Suaya de Gubia Gloria y otro s. daños y perjuicios, p. 397, Derecho de daños en accidentes de tránsito, Hernan Daray)”, (Sala III, 27/03/12, “BAEZA PATRICIA SUSANA CONTRA BELEIRO VIVIANA ALEJANDRA S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. Nº 312170/4), (“RIPOLL PAULA Y OTRO CONTRA CASTILLO RAUL ALFREDO Y OTROS S/ D.Y.P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE”, EXP Nº 424694/10).

En el caso de autos, atento que no se produjo prueba con relación al tiempo de reparación del rodado, este rubro se justiprecia en la suma de $600 (art. 165 del C.P.C. y C.).

6. Por otra parte, en cuanto a la base regulatoria de los honorarios de los peritos, esta Sala sostuvo: “En primer lugar se señala, que respecto de los honorarios de los peritos, la retribución debe ser fijada valorando no solamente el monto del pleito sino también la calidad, extensión y complejidad de la labor desempeñada por los profesionales (Conf. esta Sala en Expte.Nº 468492/12, entre muchos otros)”.

“También que sus honorarios deben guardar proporción respecto de los fijados a los restantes profesionales y para ello debe tenerse en cuenta la misma base computable considerada por el tribunal en la regulación (Exp.Nº 469491/2012)”, ("MEDINILLA SEGURIDAD PRIVADA SRL C/ I.S.S.N S/COBRO ORDINARIO DE PESOS", EXP Nº 501440/2014).

A partir de lo expuesto, el agravio al respecto no resulta procedente.

7. Por último, en cuanto a la regulación de los honorarios de los peritos en el 4%, el recurso también corresponde que sea desestimado.

Es que, a partir de lo expuesto en el punto precedente, de conformidad con las pautas que habitualmente utiliza esta Sala para casos similares, el porcentaje regulado a los peritos intervinientes en autos debe ser confirmado.

En punto a la confiscatoriedad a la que alude la citada en garantía, esta Sala sostuvo: “El tope del 33% debe considerarse con relación a los honorarios regulados y a cargo de la parte ganadora. Así resolvió el TSJ en autos

“GONZALEZ OMAR HUGO Y OTRO C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA que: “dentro de los parámetros expuestos, deberá tenerse en cuenta asimismo el que la suma de los honorarios de los letrados de la parte gananciosa en el pleito, con más las regulaciones correspondientes a los peritos, no superen el porcentaje del 33% del monto base, ya que, de así acontecer, dicha regulación se tornaría confiscatoria”.

“Esta misma interpretación es sostenida más recientemente en la causa Ippi, al indicarse: “…Así, mediante R.I. Nº 825/91 dictada en autos “MARTÍNEZ CARLOS ALBERTO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA” (del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias) se cita el criterio expuesto en el Acuerdo Nº 64/89 pronunciado in re “GALIÁN JORGE HERMELINDO Y OTRO C/ SIDECO AMERICANA S.A. S/ ORDINARIO” del Registro de Recursos Extraordinarios (luego reiterado en Acuerdo Nº 284/92 del primer Registro), por el cual este Cuerpo expresó el razonamiento que citaré en forma textual teniendo en cuenta que resulta de estricta aplicación a los presentes:

“Vale también destacar que no es ajena a la situación que se da en estas actuaciones, la doctrina que limita el monto de los honorarios profesionales al 33% del total que obtuviere la parte gananciosa, ello a fin de evitar que tales emolumentos se conviertan en confiscatorios.”

“Y agregó que dentro de los parámetros expuestos debe tenerse en cuenta asimismo el que la suma de los honorarios de los

letrados de la parte gananciosa en el pleito, con más las regulaciones correspondientes a los peritos, no superen el 33% del monto base, ya que, de así acontecer, dicha regulación se tornaría confiscatoria (cfr. Acuerdo Nº 1/97, "AVILÉS DE ZAPATA C/ CONSORCIO PATAGONIA UTE S /ACCIDENTE LEY S /INCIDENTE DE APELACIÓN", del Registro de la Actuaria; en idéntico sentido puede verse la causa "GONZÁLEZ OMAR HUGO C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUÉN S/ A.P.A." del 27/5/97 del Registro de la Secretaría de Demandas Originarias, y Acuerdos Nros. 52/88, 93/94, 139/95 del Registro de la actual Secretaría Civil)…" (cfr. Ac. 5/14, "IPPI Gabriela", el resaltado es propio)".

"En dicho precedente, se hace referencia también al derecho que asiste a los deudores de no ser privados ilegítimamente de su propiedad al verse obligados a afrontar –con sus patrimonios- honorarios exorbitantes o legitimar una solución que represente un lucro absolutamente irracional".

"Pero, en este caso, tampoco se ha acreditado que concurran estos últimos extremos", ("LARA ROSAS JULIO ORLANDO C/ BACS S.A. S/PEDIDO", EXP Nº 503756/2014).

Lo expuesto resulta trasladable al presente y en consecuencia, el agravio tampoco resulta procedente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 376/381 y hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 382/384vta., y en consecuencia modificar la sentencia de fs. 356/360, elevando el monto de condena a la suma de $835.723 con más los intereses que deberán ser calculados conforme surge de fs. 359vta., y confirmarla en lo demás que fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada al demandado y Federación Patronal Seguros S.A. (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 ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la citada en garantía a fs. 376/381 y hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 382/384vta., y en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 356/360, elevando el monto de condena a la suma de $835.723 con más los intereses que deberán ser calculados conforme surge de fs. 359vta., y confirmarla en lo demás que fue materia de recursos y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al demandado y Federación Patronal Seguros (art. 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios por la actuación en esta etapa en un 30% de los de primera instancia.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra.Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"MENDEZ HECTOR OSVALDO C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO LART 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 471960/2012) – Sentencia: 28/17 – Fecha: 07/03/2016

DERECHO LABORAL: Accidente de trabajo.

LEY APLICABLE. PAGO DE LA INDEMNIZACION. REAJUSTE DE PRESTACIONES DINERARIAS. REGIMEN ESPECIAL. NO VIGENTE AL TIEMPO DEL INFORTUNIO.

En virtud del precedente citado de la CSJN (Espósito) se considera pertinente que no resulta aplicable la ley 26773 porque el accidente de autos se produjo el 20/10/11, antes de su entrada en vigencia. A partir de ello, no resulta procedente la indemnización del art. 3 de la Ley 26.773,

ni la actualización por el índice RIPTE y, teniendo en cuenta que la aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT no se encuentra controvertida en esta etapa, la indemnización asciende a la suma de $ 138.739,67. A la que se debe restar el monto de $ 93.950,03 abonado en sede administrativa por lo que se arriba al total de $ 44.789,64.

Texto completo:

NEUQUEN, 7 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MENDEZ HECTOR OSVALDO CONTRA GALENO ART S.A. SOBRE RECURSO LART 46 LEY 24557" (JNQLA3 EXP Nº 471960/2012) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO.3 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estafanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 101/109vta. se dicta sentencia por la cual se hace lugar a la demanda por la suma de $ 130.808,25 con más intereses y costas.

A fs. 113/121 apela la demandada. En primer lugar, se agravia respecto al quantum indemnizatorio y la aplicación retroactiva de la ley 26773. Dice, que el siniestro ocurrió el 20/10/11 por lo que es inaplicable dicha norma.

Sostiene, que conforme el art. 17.6 de la ley 26773, las disposiciones del art. 8 se aplican a partir de la entrada en vigencia de la ley. Se refiere al cálculo de los alícuotas y que la ley no prevé su aplicación retroactiva.

Alega, que corresponde aplicar el precedente "Espósito c/ Provincia ART" de la CSJN.

En segundo lugar, se agravia porque considera que se produce una doble actualización ya que se computan intereses sobre un monto actualizado por RIPTE. Dice, que el fallo, al aplicar una tasa activa sobre una suma ya actualizado coloca a la indemnización un valor superior al real y actual.

La contraria contesta el traslado del memorial a fs. 123 y vta. Solicita que se rechace el recurso, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, cabe adelantar que la competencia de esta Alzada se encuentra limitada a los temas sometidos a su decisión mediante la apelación (arts. 265 y 271 del C.P.C. y C.), que hayan sido oportunamente propuestos a la decisión del inferior (art. 277), y en ese marco corresponde analizar el recurso.

1. En cuanto a los agravios formulados por la aplicación de la ley 26773 a un accidente ocurrido antes de su entrada en vigencia, en anteriores ocasiones y frente a casos análogos se arribó a esa conclusión a partir de la consideración de las diferencias entre la aplicación de la LRT con esas modificaciones o sin ellas y que las prestaciones derivadas del hecho dañoso aún se encuentran pendientes de producción conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Camusso, Vda. de Marino, Amalia c/Perkins SA".

Ahora bien, recientemente, el 07/06/2016, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial", CNT 018036/2011/1/RH001, consideró que no corresponde aplicar la ley 26773 a infortunios laborales ocurridos con anterioridad a su entrada en vigencia.

Sostuvo: "8°) Que las consideraciones efectuadas en la causa "Calderón" en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta para la solución del sub lite, pues en este caso no cabe duda de que: a) la propia ley 26.773 estableció pautas precisas para determinar a qué accidentes o enfermedades laborales correspondería aplicarles las nuevas disposiciones legales en materia de prestaciones dinerarias; y b) ante la existencia de estas pautas legales específicas quedó excluida la posibilidad de acudir a las reglas generales de la legislación civil sobre aplicación temporal de las leyes."

"La simple lectura de los textos normativos reseñados en el considerando 5° de este pronunciamiento basta para advertir que del juego armónico de los arts. 8° y 17.6 de la ley 26.773 claramente se desprende que la intención del legislador no fue otra que la de: (1) aplicar sobre los importes fijados a fines de 2009 por el decreto 1694 un reajuste, según la evolución que tuvo el índice RIPTE entre enero de 2010 y la fecha de entrada en vigencia de la ley, que los dejara "actualizados" a esta última fecha; y (2) ordenar, a partir de allí, un reajuste cada seis meses de esos importes de acuerdo con la variación del mismo índice. Y que del art. 17.5 también se desprende claramente que estos nuevos importes "actualizados" solo rigen para la reparación de contingencias cuya primera manifestación invalidarte haya ocurrido con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del capítulo de la ley referente a las prestaciones

dinerarias del régimen de reparación."

"En síntesis, la ley 26.773 dispuso el reajuste mediante el índice RIPTE de los "importes" a los que aludían los arts. 1°, 3° y 4° del

decreto 1694/2009 exclusivamente con el fin de que esas prestaciones de suma fija y pisos mínimos reajustados se aplicaran a las contingencias futuras; más precisamente, a los accidentes que ocurrieran y a las enfermedades que se manifestaran Con posterioridad a la publicación del nuevo régimen legal. El texto del art. 17.5, al establecer que "las disposiciones atinentes a las prestaciones en dinero" entrarían en vigencia a partir de la publicación de la ley en el Boletín Oficial, no dejó margen alguno para otra interpretación."

"9°) Que la precisa regla que emana de este último precepto legal no puede dejarse de lado, como lo hizo el a quo, mediante la dogmática invocación de supuestas razones de justicia y equidad."

"Por lo demás, tampoco es posible justificar tal apartamiento acudiendo a la doctrina de los precedentes "Arcuri Rojas" y "Camusso" (Fallos: 332:2454 y 294:434, respectivamente), mencionados por la parte actora al solicitar la aplicación de las disposiciones de la ley 26.773 que aluden a la actualización por el índice RIPTE (fs. 540/547), pues las circunstancias del sub examine difieren notablemente de las tratadas en aquellos casos."

"10) Que, en efecto, en el caso "Arcuri Rojas" se invocaba un derecho de naturaleza previsional, el derecho a una pensión que la actora reclamaba con motivo de la muerte de su esposo; y para reconocer ese derecho, que no encontraba sustento en la ley de jubilaciones y pensiones vigente a la fecha del deceso, la Corte, siguiendo un criterio que ya había adoptado ante situaciones similares (Fallos: 308:116 y 883; 312:2250), tuvo en cuenta un texto legal posterior más favorable a fin de evitar que la viuda quedara en una situación de total desamparo. Fue dentro de ese muy específico contexto que el Tribunal sostuvo que hubiera sido vano el esfuerzo del legislador para cumplir con la obligación impuesta por los tratados de derechos humanos de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales si por vía interpretativa se sustraía de esa evolución a quien hubiera quedado absolutamente desamparada en caso de aplicarse la legislación anterior que establecía un menor grado de protección (Fallos: 332:2454, considerandos 12 a 15)."

"Esa situación de total desamparo no se verifica en el caso de autos. Por el contrario, es un dato no controvertido que las disposiciones de la Ley de Riesgos del Trabajo vigentes al momento del infortunio contemplaban el pago de una prestación dineraria destinada a reparar el daño ocasionado por la incapacidad laboral que el hecho provocó. Prestación a la que, incluso, la cámara le adicionó intereses desde la fecha del accidente en el entendimiento de que, de acuerdo con el "principio general de las obligaciones civiles", los perjuicios sufridos por el actor por no tener a su disposición el capital desde ese momento podían compensarse mediante la imposición de tal tipo de accesorios."

"11) Que tampoco guardan analogía con este caso las cuestiones tratadas en la causa "Camusso" (Fallos: 294:434)."

"Lo que allí estaba en juego era la aplicación de la ley 20.695, dictada en julio de 1974, que dispuso que los créditos laborales demandados judicialmente serían actualizados mediante los índices oficiales de incremento del costo de vida. A diferencia de la ley 26.773, la ley 20.695 establecía que su normativa sería aplicable "incluso a los juicios actualmente en trámite, comprendiendo el proceso de ejecución de sentencia y cualquiera sea la etapa en que se encuentre". Y lo que, en definitiva, la Corte resolvió en aquella causa fue que la actualización con arreglo a la ley 20.695 de un crédito cuyo importe había sido establecido mediante una sentencia firme, pero estaba pendiente de pago, no implicaba una alteración sustancial de la cosa juzgada que menoscabara las garantías constitucionales de propiedad y de la defensa en juicio", (CSJN, 07/06/2016, "Espósito, Dardo Luís c. Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial", AR/JUR/30904/2016).

La doctrina del precedente de la Corte Suprema resulta aplicable al presente porque la cuestión debatida es sustancialmente similar.

Al respecto se comparte la opinión de la Dra. Clerici en cuanto expresó: "Es cierto que la aplicación de la Ley 26.773 a accidentes o enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial la he habilitado a través de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, y no solamente invocando razones de justicia y equidad, supuesto este último al que refiere el fallo citado de la Corte Nacional; pero, de todos modos los argumentos que desarrolla el máximo tribunal federal, en especial cuando explica el por qué no puede acudirse a los precedentes "Calderón", "Arcuri Rojas" y "Camusso", son contrarios a los esgrimidos por la suscripta para determinar la inconstitucionalidad del precepto legal que delimita la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que insistir con mi criterio resultaría un desgaste jurisdiccional inútil, reñido con los principios de economía y celeridad procesales, amén de una falta de respeto al valor moral que entrañan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores", (Sala II en autos "PINCHEIRA ALBORNOZ JOSE LUIS C/ MAPFRE ARGENTINA ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", Expte. Nº 460617/2011).

Cabe considerar que: "Ciertamente no se desconoce que las sentencias emanadas del Alto Tribunal no son obligatorias para los tribunales inferiores pues ninguna norma jurídica establece esa obligatoriedad."

“Empero, no puede negarse la autoridad de la doctrina que emana de las decisiones de la Corte Nacional. Como así tampoco que la aceptación y aplicación de las soluciones por ella brindadas colabora con el afianzamiento de la seguridad jurídica, como con la economía procesal, valores que deben preservarse.”

“Por lo demás, solo corresponde alejarse de la doctrina del Alto Tribunal cuando este apartamiento esté expresamente fundado en razones diversas de las consideradas en los precedentes de que se trate, o bien sobre la base de “nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por la Corte Suprema en su carácter de intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia” (Fallos: 307:1097)”.

“En el caso no se advierten circunstancias de excepción que motiven una solución distinta de la adoptada por el Tribunal cimero pues, como se dijo, el escenario fáctico y jurídico que se presenta en el sub lite resulta análogo al verificado en el precedente ut supra señalado” (CNCom., SalaD, 06/09/2012, “Aguirre, Augusto Omar s/quiebra s/incidente de revisión promovido por A.F.I.P. - D.G.I.”, DT 2013 (abril), 895, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose; AR/JUR/56766/2012).

En consecuencia, a partir de los fundamentos expuestos anteriormente, sin perjuicio de la opinión personal del suscripto, en virtud del precedente citado de la CSJN se considera pertinente que no resulta aplicable la ley 26773 porque el accidente de autos se produjo el 20/10/11, antes de su entrada en vigencia.

A partir de ello, no resulta procedente la indemnización del art. 3 de la Ley 26.773, ni la actualización por el índice RIPTE y, teniendo en cuenta que la aplicación de la fórmula del art. 14 de la LRT no se encuentra controvertida en esta etapa, la indemnización asciende a la suma de $ 138.739,67. A la que se debe restar el monto de $ 93.950,03 abonado en sede administrativa por lo que se arriba al total de $ 44.789,64.

2. Respecto a la queja de la demandada por la doble actualización, teniendo en cuenta que no hay en el presente capital actualizado, corresponde fijarla en la tasa activa del BPN desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago (cfr.

“Alocilla, Luisa del Carmen y Otros C/ Municipalidad de Neuquén S/ Acción Procesal Administrativa” Ac. N° 1590/09 y “Mansur, Lian c/ Consolidar ART s/ Accidente de trabajo con ART” Exp. N° 13/12, Ac. N° 20/13, del T.S.J.).

III. Por lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 101/109 vta. estableciendo el monto de condena en la suma de $ 44.789,64 más los intereses desde la fecha del accidente hasta el efectivo pago conforme la tasa activa del BPN. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada por su orden, teniendo en cuenta la forma en que se resuelve y que el resultado de la apelación es consecuencia de un cambio de criterio del tribunal producido por un fallo novedoso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 17, ley 921 y 68 del C.P.C. y C.), y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mi colega.

Es que, tal como lo hemos señalado en anteriores oportunidades, 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.

La reclamada intervención de la CSJN que, mediante el dictado de un precedente, disipara la ambigüedad e incertidumbre reinante, finalmente ha tenido respuesta a partir del dictado de su sentencia en la causa “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial”, tal como lo refiere mi colega, con cita de dicho pronunciamiento.

Impacto del pronunciamiento de la CSJN dictado en la causa “Espósito”. Como indica Ramírez, “respecto del alcance de la ley 26773 podemos discrepar en cualquier tema, menos en que es una ley controvertida, confusa, conflictiva…” desde donde me permito disentir con las afirmaciones de la CSJN en cuanto a que “se desprende claramente” el alcance de las disposiciones contenidas en los arts. 8, 17.5 y 17.6 y que el texto del art. 17.5 “no deja margen alguno para otra interpretación” (cfr. Ramirez, Luis Enrique, El sistema de riesgos de trabajo después de la sentencia de la CSJN en el caso “Espósito”, Revista de Derecho Laboral, Actualidad, RC D 362/2016).

No obstante ello, no puedo desconocer que la Corte es categórica en punto a la interpretación que efectúa de estos preceptos (me remito a la lectura del considerando 8º).

Debo abandonar, entonces, la posición sostenida en cuanto a la aplicación de la ley 26.773, a los infortunios que se produjeron con anterioridad a su vigencia, decisión que adopto, en estricto ajuste a la conveniencia de seguir la línea fijada por el Máximo Tribunal Nacional, en orden al principio que impone el acatamiento de los fallos de la Corte por parte de los Tribunales inferiores (Fallos 307:1094).

Y, tal como ha señalado nuestro TSJ, “Coadyuva a este deber (perfilado inicialmente como “deber moral para los jueces inferiores”,

para dar –luego- lugar a la tesis del "deber institucional") la creciente demanda social de seguridad jurídica e igualdad; al decir de Sagüés: "la gente desea saber con claridad cuál es la interpretación válida de las normas, y que tal hermenéutica rija para todas las personas y en todos los lugares" (cfr. "La vinculatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema", La Ley, 2008-E, 837 "Doctrinas Esenciales" Tomo I, pág. 1161)…" (cfr. Ac. 41/12; 12/11, ambos del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

A partir de lo anteriormente expuesto, la aplicación de la ley 26.773 no es procedente.

Por lo tanto, se debe estar a los parámetros establecidos por la ley 24.557, con las modificaciones introducidas por el decreto 1694/09, aspecto no cuestionado.

Con estas consideraciones, al compartir la solución propuesta por mi colega, adhiero a su voto. MI VOTO.

Por ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente a la apelación de la demandada y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 101/109 vta. estableciendo el monto de condena en la suma de $ 44.789,64 más los intereses desde la fecha del accidente hasta en el efectivo pago conforme la tasa activa del BPN.

2. Imponer las costas por la actuación ante la Alzada por su orden (arts. 17, ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los de la anterior.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"PARRA ARANEDA ZULMA VIVIANA C/ ASEG. HORIZONTE CIA. ARG. SEG. S.A. 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469740/2012) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. PEATON. MOTOCICLETA. CULPA CONCURRENTE. INDEMNIZACION POR DAÑO. CUANTIFICACION DE LOS DAÑOS.

Teniendo en cuenta, por un lado, que la actora obró culposamente al movilizarse por un sector destinado al tránsito vehícular, pero por el otro, que no se ha acreditado que el conductor de la moto no pudiera advertir su presencia, ni que existieran obstáculos a su visión; es decir, que el suceso se presentara como totalmente imprevisible e inevitable, juzgo adecuado considerar que cada partícipe incidió en partes iguales en el acaecimiento del siniestro. Propongo, entonces, modificar el decisorio de grado en el sentido señalado y, por tanto, establecer que el accidente se produjo por la culpa concurrente de los protagonistas y que cada uno de ellos contribuyó en igual medida en su producción.

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PARRA ARANEDA ZULMA VIVIANA C/ ASEG. HORIZONTE CIA. ARG. SEG. SA Y OTRO

S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI4 EXP Nº 469740/2012) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. La actora apela la sentencia de fs. 309/314 por la cual se rechazó la demanda, con costas.

A fs. 321/323 expresó agravios. Dice, que la Sentenciante no tuvo en cuenta varios medios probatorios que demuestran la inexistencia de culpa de la víctima. Manifiesta, que no se consideró la confesión expresa del demandado, quien reconoció que la actora circulaba pegada al cordón oeste de la calle Casimiro Gómez y que fue él, el responsable del accidente.

Alega, que la Policía de Tránsito determinó como presunto lugar del impacto a 2,6 metros del borde de la acera porque al haber estado presente al momento del hecho presumen la ubicación de los vehículos.

Además, señala que la A-quo no tuvo en cuenta lo expuesto por la testigo Varela en cuanto a que la malla sima cubría la vereda y que fue obstáculo para que la actora pudiera continuar circulando por la misma.

Agrega, que la Sentenciante afirma que se encuentra probado que en el lugar no había escombros ni ningún elemento obstructor del paso peatonal pero no existía ninguna prueba que acreditara que la malla sima o la obstrucción no existía en el lugar.

Por otra parte, en cuanto a los daños en la motocicleta, expresa que el perito accidentológico presume con un criterio poco técnico que la motocicleta haya presentado daños en su lateral izquierdo implica que tan aproximada al cordón no se encontraba la actora, pero no tiene en cuenta que la motocicleta luego de colisionar haya caído para su lado izquierdo.

Subsidiariamente, plantea que aún para el caso de que se considerara que la actora circulaba a 2,60 metros de la vereda y delante de la motocicleta, el demandado debió visualizarla y evitar atropellarla.

A fs. 315 el apoderado de la actora apeló sus honorarios por bajos.

La contraria contestó los agravios a fs. 325/330. Solicita su rechazo, con costas.

II. 1. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, en punto a la queja referida al lugar de impacto, el apelante reconoce que no fue un hecho controvertido el que se haya producido a 2,6 metros de la acera, pero considera que la A-quo lo valora erróneamente.

Al respecto, es necesario señalar que sin perjuicio del valor probatorio de la prueba confesional, el contenido de la misma no logra desvirtuar los fundamentos dados por la Sentenciante (cfr. esta Sala en autos "SAGREDO GLADIS MABEL CONTRA AZCON JOSE GERMAN Y OTRO S/D.Y P. POR USO AUTOM.C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 380099/8), en tanto los mismos parten de considerar las pruebas periciales accidentológicas producidas en estos autos como en la causa "División de Tránsito Neuquén s/ Inv lesiones en Accidente de Tránsito (Parra Araneda Zulma)", Expte. N° 53040/2011 que se encuentra agregada por cuerda.

Así, de fs. 44 vta. de tales actuaciones penales surge que "Las constancias circunscriben el lugar de ocurrencia sobre una calle urbana del oeste neuquino cuyo emplazamiento habilita la circulación en dos manos opuestas en sentidos cardinales Norte o Sur, componiéndose por tierra suelta, sin cordones cuneta, postes luminarios públicos y señales viales, señalándose la delimitación en un ancho transitable –calzada- de siete metros treinta (7,30), en tanto se tomó una equivalente a cuatro metros diez (4,10) de la línea de edificación o catastral al borde oeste de calzada".

"Se lee en Acta que bajo el punto referencia N° 3 se ha presumido un área de conflicto –de atropello- fijándola distante a seis metros setenta (6,70m) a la línea catastral oeste de calle Casimiro Gómez y a trece metros diez (13,10) de la prolongación imaginaria de la catastral Sur a la arteria sin nombre situada al Norte".

Al respecto, cabe señalar que es la misma actora la que reconoció que descendió de la vereda alegando la existencia de una malla sima y escombros en la misma, lo cual sólo fue mencionado por la testigo Varela (cd. de fs. 298).

En punto a ello, comparto lo expuesto por la Sentenciante a fs. 313 al sostener que: "En ese contexto, la valoración probatoria del único testigo que brinda un dato que no existe ni en la investigación penal ni en ninguna otra prueba, no podría inclinar la solución del caso a favor del demandante". Es necesario asimismo señalar, que dicha testigo sostuvo que la malla sima cerraba toda la esquina (cd. 5,39´) y de acuerdo a la versión de los hechos de la actora, la misma venía caminando por la vereda y se vio obligada a descender, lo cual además resulta concordante con lo expuesto por el perito accidentológico a fs. 263 en cuanto a la distancia de la esquina en que se produjo el hecho.

A partir de lo expuesto, la crítica de la apelante con relación a la valoración de la única declaración testimonial no resulta procedente.

Además, la recurrente se queja respecto a la distancia de la vereda en la que se produjo el impacto pero nada dice en cuanto a que el perito en accidentología vial interviniente en esta causa sostuvo que: "el accidente se produce porque la peatón intenta cruzar la calle en un lugar inadecuado como lo es a 13 metros de la esquina" (fs. 263).

Tampoco quedó acreditado en autos que el demandado circulara a exceso de velocidad, tal como sostuvo a fs. 4vta.

A partir de lo expuesto, considero que quedó acreditada en autos la eximente de culpa de la víctima alegada por el demandado a fs. 35vta./36, en tanto la actora al momento del hecho caminaba por un lugar no habilitado (cfr. art. 38, inc. a) 1), y en consecuencia, el recurso no resulta procedente.

2. Luego, en punto a la apelación arancelaria del letrado de la actora, realizados los cálculos pertinentes teniendo en cuenta las labores efectuadas, las etapas cumplidas, como también el resultado del pleito, la regulación efectuada a fs. 314 se encuentra dentro de los parámetros establecidos por la ley 1594 (arts. 6, 7, 9, 10, 12 y 39), lo que impone su confirmación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 321/323, y la apelación arancelaria de fs. 315, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 309/314 en todo cuanto fue materia de recursos y agravios. Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia Pamphile dijo:

1.- Disiento con la solución propuesta por mi colega en punto a la atribución de responsabilidad. A continuación, expongo las razones.

El decisorio recurrido ha tenido por acreditada la culpa exclusiva de la víctima en la producción del siniestro, como consecuencia de que la accionante transitaba por un tramo de la calzada destinado al avance vehicular. Contra esta conclusión se alza la actora, reprochando la valoración del material probatorio y errónea aplicación del art. 1113 del Código Civil.

Concuerdo con mi colega, y con la jueza de Primera Instancia, en orden a que se halla acreditado que el punto de impacto no fue cercano al cordón, como alegara la accionante, sino a 13 mts de la esquina y a 6,7 mts del cordón (línea catastral oeste de la calle). Esto surge del croquis policial e informe accidentológico agregados a la causa penal (ver hojas 20 y 44/46), reiterado en la pericia presentada en esta causa (260/263).

Consecuentemente, entiendo que no caben reproches respecto de la valoración fáctica que hiciera la magistrada en torno a este aspecto, puesto que los elementos de prueba permiten desechar la hipótesis planteada por la actora en su demanda, cuando afirma que el impacto se produjo “en momentos en que desciende de la vereda, circulando pegada al cordón”.

Sin embargo, no coincido con el resto de su análisis, fundamentalmente en punto a la valoración de la incidencia de la conducta de la víctima en la producción del evento que diera origen a los presentes.

Tal como sostiene Zavala de González, “…el peatón que no respeta reglas de tránsito (antijuridicidad) muchas veces actúa con culpa. Casi todas esas reglas tienden a protegerlo, porque su infracción torna previsible que sufra accidentes. De allí que el apartamiento a normas de autoprotección, con frecuencia permite afirmar inductivamente que ha sido autor o coautor del daño propio.

Por eso, no creemos que sea siempre indeseable ese enlace práctico entre causalidad y culpabilidad, que tantas veces permite arribar a una solución justa del caso.

Un doble fundamento de la responsabilidad del demandado, tanto en riesgo como en culpa, refuerza la justicia de su deber indemnizatorio.

A la inversa, en general es justo que la víctima soporte el daño que se causó a sí misma…” (pero) “así como el solo respeto de normas de tránsito no libera de responsabilidad, las infracciones no la fundamentan cuando carecen de nexo causal con el suceso… Se argumenta que, con frecuencia hay culpa del demandado en no prever una segunda culpa de la víctima, sin hacer lo necesario para evitarla.

En ocasiones, se sostiene que si el hecho era anticipable y evitable, ingresa dentro de la previsibilidad inherente a la causalidad adecuada:

"El hecho de la víctima que exonera al dueño o guardián debe surgir con características de caso fortuito. Cuando, en cambio, ocurre según el orden natural de cosas que acostumbran a suceder, el hecho debe considerarse previsible y si el agente, obrando con elementales pautas de prudencia, contó con los medios necesarios para sortear las posibles consecuencias dañosas, no cabe dudar de que las mismas fueron susceptibles de ser evitadas" (C 2ª Civ Com. La Plata, sala II, 1-6-2000, "Revista de Derecho de daños", 2003-2, p. 319).

Dicho razonamiento es adverso a un elemental tratamiento igualitario, pues coloca el peso de la previsión de consecuencias nocivas sólo sobre una de las partes, como si la víctima fuera ajena al suceso, en lugar de frecuente coprotagonista de los peligros del tránsito.

También se reflexiona sobre que si el obrar de la víctima no reviste caracteres de caso fortuito, el perjuicio reconocería dos causas: del damnificado y del dueño o guardián por riesgo de la cosa; de allí que procedería distribuir la carga de los daños.

Tal doctrina ha sido aplicada con frecuencia al cruce del peatón por lugares no autorizados, sobre todo cuando tal proceder resulta

más o menos habitual en tales sitios. Es la postura de nuestra Corte Suprema: esa infracción no interrumpe totalmente un nexo causal con el riesgo, salvo que fuese causa única, imprevisible e inevitable (CSJN, 15-12-98, LA LEY, 1999-D, 534 y RC y S, 1999-1090), como en una aparición sorpresiva, saliendo detrás de otro vehículo, o del niño que imprevistamente corre hacia la calle.

A nuestro entender, los casos más claros de causalidad imputable a la víctima serán esos sucesos inesperados e irresistibles.

Sin embargo, para excluir o siquiera aminorar la responsabilidad, es suficiente que aquélla se haya puesto en situación indebida de peligro, que el automovilista no tenga carga de asumir ni sortear. Por eso, desde un estricto enfoque teórico, debería bastar causalidad del afectado aunque no signifique caso fortuito.

Así, no es imprevisible, sino lamentablemente habitual, que caminantes cometan infracciones de tránsito, pero cuando se erigen en causa o concausa del accidente, no hay por qué cargar con responsabilidad al conductor que no ha violado deber alguno. De tal modo, si el peatón desciende a la calzada por lugar no autorizado y aquél transitaba a velocidad prudente.

Sin embargo, en la responsabilidad por riesgo, las eximentes deben interpretarse con estrictez. Sobre todo en accidentes de tránsito, pues los conductores soportan la obligación de mantener pleno dominio y control de vehículos, incluso para superar obstáculos extraños al hecho propio, pues de todos modos integran el peligro de su tránsito…" (cfr. Zavala de González, Matilde "Problemas causales en accidentes de tránsito", Publicado en: RCyS 2011-X, 20. Ver también: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, "Martínez, Osvaldo Lino c. Línea de Transporte 117 Dota S.A. s/daños y perjuicios", 04/10/2012, Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/59075/2012 y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I, "Navarro, Miguel Ángel c. Cardozo, Miguel Ángel y otros s/daños y perjuicios", 08/05/2012, Publicado en: RCyS 2012-VIII, 243 DJ 07/11/2012, 90 Cita online: AR/JUR/21985/2012, entre otros).

Porque: "…en el Derecho de daños, la responsabilidad significa reacción jurídica contra un perjuicio injusto. Esta injusticia requiere que el evento nocivo y sus secuelas sean imputables a otro sujeto… Como la causalidad referible al demandado es presupuesto esencial de responsabilidad resarcitoria, su alegación y prueba pesan sobre el actor, así sea de manera simplificada cuando la ley instituye presunciones.

Dentro de tal perspectiva, deviene rotundamente equivocado el intento de diferenciar el alcance del control judicial, incluso oficioso, para indagar la existencia del daño o su extensión y cual es su origen causal. Tan es así, que indagar la existencia de una concausa equivale a analizar la extensión del daño… Igualmente, ¿cómo condenar a quien sólo debe responder en parte? El poder jurisdiccional para determinar si el demandado debe o no responder, también se propaga a la medida de dicha obligación. Como regla, esta responsabilidad se restringe cuando interviene una concausa, si es ajena al sujeto pasivo de la acción; sobre todo, si la víctima contribuyó a la producción del daño…" (cfr. Zavala de González, Matilde, González Zavala, Rodolfo M., "El juicio de daños como instrumento dañoso. Eximentes probadas de responsabilidad", Publicado en: RCyS 2012-III, 151).

Desde estas perspectivas, entiendo que la demandada no ha logrado acreditar, tal como alegó en su contestación de demanda, que la aparición de la actora en la calzada fue totalmente imprevisible o abrupta.

Es que no debe perderse de vista que "el artículo 1113 del Código Civil, para el supuesto que aquí se analiza, dispone una presunción objetiva de responsabilidad que requiere, para su destrucción, justificar la culpa de la víctima; y esa culpa debe ser fehacientemente acreditada, no bastando las meras inducciones o conjeturas acerca de la probable conducta seguida.

"...La causa ignorada o desconocida en punto a la mecánica del hecho no es un eximente de responsabilidad; al responsable no le es suficiente con hacer suponer o presumir que la víctima tuvo la culpa de lo ocurrido: de ahí la verdadera trascendencia de la concepción objetiva de responsabilidad, que sólo desaparece cuando la eximente ha sido acreditada certera y claramente.

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 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). Si la culpa de la víctima no se ha demostrado de manera suficiente, no puede liberarse en forma total al demandado de responsabilidad por los daños causados; sin perjuicio de la eventual división de la responsabilidad que pudiere corresponder, en función de la concurrencia de culpas, de encontrarse ésta efectivamente probada (C.S.J.N. FALLOS: 324:2666)…" (cfr. ACUERDO 57/06, del registro de la Secretaría Civil, y esta Sala en "LEDESMA C. BADILLA S/ D. y P", Expte. Nº 372825/8).

Sostengo ésto porque, según declaró la testigo Varela (hoja 274), la actora "tuvo que desviarse porque en la vereda había una

malla sima que cubría toda la vereda y no le daba el paso, así que se desvió y venía por la calle y vino esta persona en moto y la atropelló".

Cierto es que en el croquis de la causa penal no se dibuja la malla sima ni los escombros a los que también refiere la deponente, pero entiendo que ello no quita valor probatorio a los dichos de una testigo presencial, cuyo relato es coherente y preciso, máxime cuando el mentado croquis tampoco concuerda con otros elementos de la causa.

Es que la "inspección ocular y demás diligencias policiales" obrante en las hojas 18/19 de la causa penal, consigna que no habrían testigos presenciales, pese a lo cual, informa que la persona de sexo femenino -que se movilizaba en calidad de peatón- circulaba por calle Casimiro Gómez en dirección sur, delante de la motocicleta. Y así se plasma en el croquis de la hoja 20, al indicar el sentido de circulación del peatón con una flecha hacia el sur, y no como intentando cruzar la calle.

Sin embargo, el demandado y su aseguradora, al contestar demanda, afirmaron que la Sra. Parra intentó cruzar la calle lanzándose raudamente por un lugar no habilitado. También la pericia presentada en este expediente refiere a un aparente intento de cruce (hoja 262/263).

Más allá de esta falta de concordancia en lo que refiere al sentido de circulación del peatón, lo cierto es que en esta causa el Sr. Orellana, al absolver posiciones, reconoció que él circulaba en forma desatenta (posición 8, hoja 54).

En definitiva: la conducta de la damnificada –aunque relevante, como se dijo, en la génesis del accidente- no tiene aptitud suficiente para interrumpir totalmente el nexo de causalidad existente entre el riesgo de la cosa y el perjuicio a que alude el art. 1113 del Código Civil, pues a tales fines debe aparecer como la única causa del accidente, lo cual, atento las circunstancias ya indicadas, no surge fehacientemente acreditado en esta causa.

Así "La sola circunstancia de que el peatón haya desdeñado, para efectuar el cruce, la utilización de la senda peatonal -único lugar habilitado para ello- no exime al demandado de las mínimas precauciones que le son exigibles a efectos de mantener en todo momento el pleno dominio del rodado a su cargo, a fin de detenerlo a tiempo ante cualquier contingencia que se le presente. En consecuencia, corresponde establecer la culpa concurrente de las partes" (CNACiv, sala L, "Bustos, Juan M. c. Vázquez, Jorge A", LL 1994-E , 10).

Por ende, teniendo en cuenta, por un lado, que la actora obró culposamente al movilizarse por un sector destinado al tránsito vehícular, pero por el otro, que no se ha acreditado que el conductor de la moto no pudiera advertir su presencia, ni que existieran obstáculos a su visión; es decir, que el suceso se presentara como totalmente imprevisible e inevitable, juzgo adecuado considerar que cada partícipe incidió en partes iguales en el acaecimiento del siniestro.

Propongo, entonces, modificar el decisorio de grado en el sentido señalado y, por tanto, establecer que el accidente se produjo por la culpa concurrente de los protagonistas y que cada uno de ellos contribuyó en igual medida en su producción.

2.- Sentado lo que antecede, me abocaré al análisis del quantum indemnizatorio.

En cuanto al daño físico, surge de la historia clínica remitida por el Hospital Heller y la pericia practicada tanto en autos como en la causa penal, que la actora sufrió fractura de tibia y peroné en la zona del tobillo, lado izquierdo. Debió ser intervenida quirúrgicamente con reducciones y osteosíntesis de los huesos afectados, con colocación de placas y tornillos. El perito determina que la actora tiene una incapacidad del 40%, considerando las secuelas de la fractura y las cicatrices en miembros inferiores (hojas 128/148, 177 y vta. de estos actuados, y hoja 52 y vta. de la penal).

No obstante la contraria impugnó el dictamen pericial, entiendo que solo trasluce mera discrepancia con las explicaciones del experto.

Para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

En este punto, debe señalarse que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesióno título habilitante ha de suponérselo dotado.

En autos estos extremos no se presentan y tampoco existen otros medios de prueba, de relevancia comparable o superior a la que en el caso reviste la prueba pericial, que persuadan que las conclusiones del experto hubieran debido ser dejadas de lado por la magistrado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, "Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial" publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

De forma tal que, aplicando la fórmula matemático financiera como pauta orientativa, considerando la edad de la víctima a la fecha

del accidente (37 años) y el ingreso presunto de $2.300,00 (Res. Nº 2/11 y 3/11 del CNEPYSMVYM), habrá de reconocerse la suma de $ 215.000,00.- por daño físico, monto que incluye la alteración por las cicatrices operatorias, tal como se solicita en la demanda.

Cabe considerar, además, que el perito informa que es aconsejable que la actora sea sometida a un tratamiento de rehabilitación kinesio-fisiátrico con un valor aproximado de $800 a $1.000 mensuales, aunque omite indicar la duración del mismo, de modo que estimo prudente hacer lugar a los gastos por tratamiento médico futuro, acorde a lo señalado por el experto, por la suma de $ 12.000,00.-

También se encuentra acreditada la necesidad de realizar tratamiento psicoterapéutico (ver hoja 175), por lo que se reconocerá por este item $ 12.000,00.-, tal como lo sugiere la perito psicóloga.

3.- 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.

Es claro, entonces, que el límite de la indemnización a otorgar por los daños sufridos es el del perjuicio realmente sufrido; no menos, pero tampoco más.

Ahora bien, el análisis de este rubro 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).

Como ha quedado señalado, en el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas importantes: la actora fue intervenida quirúrgicamente colocándosele tornillos y placas en los huesos afectados, estuvo internada y luego sometida a tratamiento de kinesiofioterapia por más de tres meses. Presenta limitaciones en sus movimientos, lo cual dificulta su marcha normal; ya no puede realizar las mismas actividades que antes, entre ellas, bailar.

En el caso, teniendo en cuenta la índole del hecho generador, las secuelas del accidente, los sufrimientos a los que se ha visto expuesta la actora, el tiempo que duró su rehabilitación, la presencia de una cicatriz en su tobillo izquierdo, y las indemnizaciones otorgadas en otros supuestos resueltos por esta Cámara, estimo prudente y de equidad, fijar la indemnización por daño moral en la suma de $ 50.000,00.-

4.- En punto al agravio relativo al daño psicológico, he de recurrir a Matilde Zavala de González, en cuanto explica que 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 de 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 conceptuación 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).

Desde esta perspectiva, la pretensión en el sentido de que se indemnice el daño psicológico en forma autónoma, no puede prosperar.

5.- En cuanto a los gastos de farmacia, asistencia médica, vestimenta y traslado, hemos sostenido que este rubro no exige la prueba inequívoca de la existencia de erogaciones; 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.

Por lo tanto, surgiendo que las consecuencias del accidente tuvieron entidad, teniendo en cuenta el período de convalecencia, estimo prudente fijar por este rubro la suma de $ 5.000,00.-

En resumidas cuentas, el daño total padecido se fija en la suma de $ 294.000,00.-, debiendo ser soportado por la actora en un 50%, por lo cual, la condena prosperará por la suma de $ 147.000,00.-, con más los intereses que se calcularán desde la fecha del evento dañoso hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

Atento la forma en que se resuelve, las costas de Primera Instancia y las de la Alzada serán soportadas en el orden causado (art. 71 CPCC).

Finalmente, las apelaciones arancelarias devienen abstractas, toda vez que deberán regularse nuevos emolumentos acordes al sentido del presente pronunciamiento (art. 279, CPCC). MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello esta Sala I, POR MAYORIA

RESUELVE:

1. Revocar la sentencia de fs. 309/314, haciendo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por Zulma Viviana Parra Araneda, la que prospera por la suma de $147.000,00.-, de conformidad con lo expuesto en los considerandos, con más los intereses desde la fecha del evento dañoso hasta el efectivo pago a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén.

2. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado.

3. Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado, las que deberán readecuarse a lo aquí decidido una vez que se cuente con pautas para ello (art. 20, LA).

4. 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).

5. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"ZANONA FERNANDO MARCELO C/ PROVINCIA ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial - Secretaría Sala I - (Expte.: 455821/2011) – Sentencia: 39/17 – Fecha: 16/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

DEMANDA. OBJETO DE LA DEMANDA. INDIVIDUALIZACION. INCAPACIDAD PSICOLOGICA. INFORME

PERICIAL. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- La decisión del magistrado de grado de no admitir el reclamo por incapacidad psicológica, con fundamento en que tal incapacidad no ha sido objeto de demanda debe ser revocada, toda vez que es trasladable lo resuelto por la Sala II de esta Cámara, al indicar que "…Si bien es cierto que la parte actora no individualizó concretamente cuál era la dolencia psíquica que le ocasionó el accidente de trabajo, en el objeto de la demanda se dice que se reclama por la mayor incapacidad psíquica y física del trabajador, por lo que no comparto lo afirmado por el a quo respecto a que este tema no formó parte de la litis…" (cfr. en autos "PALMA CRISTIAN JONATHAN C/ LA SEGUNDA ART S.A. S/ RECURSO ART.46 LEY 24557", Expte. Nº 432277/2010).

2.- No advierto en este caso, que haya elementos que determinen la incompetencia técnica o que persuadan de que las conclusiones a las que arriba el experto no sean pausibles en el contexto de la causa. Es que, (...), si tenemos en cuenta que la personalidad de base del actor es convencional, con buen juicio de la realidad, la alteración que presenta con posterioridad al accidente de trabajo, con alto grado de probabilidad, ha sido ocasionada por este suceso; más aún, si consideramos que el trabajador es una persona joven y que, como consecuencia del accidente sufrido, tiene las dificultades de las que da cuenta –por otra parte- el dictamen pericial médico. Consecuentemente debe incluirse la lesión psicológica dentro del daño indemnizable, en el porcentaje fijado por el experto (10%), el que corresponde con el Grado II de la R.V.A.N. de acuerdo con el baremo de aplicación.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ZANONA FERNANDO MARCELO C/PROVINCIA ART S.A. S/RECURSO ART. 46 LEY 24557" (JNQLA1 EXP Nº 455821/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La parte actora apela la sentencia dictada en autos en cuanto el magistrado no admite el reclamo por incapacidad psicológica, con fundamento en que tal incapacidad no ha sido objeto de demanda.

Indica que la contraria no se opuso a la producción de la pericia y que las conclusiones son claras en cuanto a la existencia de una incapacidad del 10%.

Indica que tal dolencia fue objeto de reclamo en la demanda y cita un antecedente de la Sala II, el que dice, fue dictado en circunstancias análogas.

Sustanciados los agravios, no son contestados.

2. Ahora bien, es cierto que si un hecho no ha sido invocado, no ha sido introducido, mal podría producirse prueba y dictarse un pronunciamiento sobre la base de un presupuesto fáctico sobre el que no medió debate.

Pero, en este caso, el hecho condicionante, esto es, la dolencia de tipo psicológica, sí fue introducida: Concretamente, el actor cuestiona que se estableciera "una menor incapacidad distinta de la cual padece en verdad mi representado, dejando de lado, además, la incidencia psicológica que dicho evento tuvo en el Sr. Zanona, tal como lo advirtió la médica laboral de la aseguradora" (hoja 42).

Asiste entonces razón al recurrente, en cuanto a que es trasladable lo resuelto por la Sala II de esta Cámara, al indicar que "…Si bien es cierto que la parte actora no individualizó concretamente cuál era la dolencia psíquica que le ocasionó el accidente de trabajo, en el objeto de la demanda se dice que se reclama por la mayor incapacidad psíquica y física del trabajador, por lo que no comparto lo afirmado por el a quo respecto a que este tema no formó parte de la litis…" (cfr. en autos "PALMA CRISTIAN

JONATHAN C/LA SEGUNDA ART S.A. S/RECURSO ART.46 LEY 24557", Expte. Nº 432277/2010).

3. Sentado lo anterior, corresponde evaluar si la prueba reunida en autos es suficiente para reconocer la dolencia en los términos propuestos por el perito.

En este punto debo indicar, tal como se ha señalado en otras oportunidades, que para apartarse de las conclusiones del perito, deben existir razones serias con fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se encuentra reñida con principios lógicos, con las reglas del pensamiento científico o con las máximas de experiencia, la existencia de errores de entidad, o que hay en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos (cfr. TSJ Ac. 1.702/09).

Es que si bien es cierto que la ley no confiere a la prueba de peritos el carácter de prueba legal, no lo es menos que, ante la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del experto -técnicamente ajeno al hombre de derecho-, para desvirtuarla es imprescindible ponderar otros elementos de juicio que permitan concluir de un modo certero en el error o en el inadecuado o insuficiente uso que el perito hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante ha de suponérselo dotado (cfr. Ammirato, Aurelio Luis, “Sobre la fuerza probatoria del dictamen pericial” publicado en: LA LEY 1998-F, 274).

Y aquí debo señalar que la pericia no fue objeto de impugnación durante la etapa probatoria, lo que coadyuva a acordarle valor: es fundamental que la pericia sea observada en forma tempestiva, a fin de posibilitar que el perito pueda contestar las refutaciones, aportando los elementos que permitan al juzgador analizar la seriedad y pertinencia de los reparos efectuados.

No advierto en este caso, que haya elementos que determinen la incompetencia técnica o que persuadan de que las conclusiones a las que arriba el experto no sean pausibles en el contexto de la causa. Es que, como se indicara en el precedente ya citado, si tenemos en cuenta que la personalidad de base del actor es convencional, con buen juicio de la realidad, la alteración que presenta con posterioridad al accidente de trabajo, con alto grado de probabilidad, ha sido ocasionada por este suceso; más aún, si consideramos que el trabajador es una persona joven y que, como consecuencia del accidente sufrido, tiene las dificultades de las que da cuenta –por otra parte- el dictamen pericial médico.

Consecuentemente debe incluirse la lesión psicológica dentro del daño indemnizable, en el porcentaje fijado por el experto (10%), el que corresponde con el Grado II de la R.V.A.N. de acuerdo con el baremo de aplicación.

4. Corresponderá, entonces, proceder a un nuevo cálculo del capital de condena, elevando el porcentaje de incapacidad considerado por el magistrado

Conforme la pauta legal, debemos reducir, primero, la capacidad laborativa de la trabajadora de acuerdo con el porcentaje de mayor valor, o sea 13%. De esta operación tenemos que la demandante queda con una capacidad restante del 87%.

Luego, el 10% (incapacidad psíquica) del 87% (capacidad restante) asciende a 8,7%, por lo que la incapacidad total del actor es del 21.70%.

Habiendo llegado al porcentaje total de incapacidad del trabajador corresponde aplicar los factores de ponderación.

El método correcto determina que, unificadas estas incapacidades parciales, la aplicación de los factores de ponderación deba ser hecha sobre este valor unificado. Así lo determina el Decreto n° 659/1996: “Una vez determinada la incapacidad funcional de acuerdo a la tabla de evaluación de incapacidades laborales se procederá a la incorporación de los factores de ponderación” (apartado “Factores de ponderación – 2. Procedimiento”).

No existe controversia sobre la asignación del valor 2% al factor edad, 15% para la dificultad para la tarea y 10% para la recalificación laboral, por lo que, efectuados los cálculos, la sumatoria asciende a la suma de 7,42%, lo que arroja una incapacidad a indemnizar del 29,12%; y descontando de este valor la incapacidad indemnizada en sede administrativa (13,65%), resta por reparar una incapacidad del 15,47%.

Tomando esta incapacidad, el salario base mensual de $5.206.06 multiplicado por 53; el coeficiente de edad (2.031) y aplicando el porcentaje de incapacidad de 15,47%, arroja un resultado de condena de $86.693,24, con más los intereses explicitados en el pronunciamiento de grado.

En estos términos corresponde hacer lugar a la apelación planteada, con costas de esta Alzada a cargo de la contraria. 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 ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Hacer lugar a la apelación deducida por la parte actora a fs. 238/239 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 229/233, elevando el monto de condena a la suma de PESOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS NOVENTA Y TRES CON

VEINTICUATRO CENTAVOS ($86.693,24), con más los intereses explicitados en el pronunciamiento de grado.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada vencida (art. 17, Ley 921).

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.

Dra.Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"PERALTA MABEL ANTONIA C/ PERALTA NANCY ANDREA S/ ACCION DE SIMULACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 6481/2014) – Sentencia: 42/17 – Fecha: 16/03/2017

DERCHO CIVIL: Compraventa.

COMPRAVENTA INMOBILIARIA. SIMULACIÓN. PRUEBA. VALORACION DE LA PRUEBA. INEXISTENCIA DEL CONTRATO.

1.- Procede confirmar la sentencia que declaró la inexistencia del contrato de compra venta del inmueble incluido en Escritura Pública, por lo que dicha operación resulta inoponible a la actora y por ello colacionable el referido bien, debiendo por lo tanto integrar el acervo hereditario de la sucesión del vendedor, ya que la apelante no rebate lo expuesto por el A-quo en cuanto a que "no son claras las razones que da la demandada para tener como válido el acto jurídico, ello en virtud desde que aturde a la lógica la intencionalidad del vendedor de desprenderse del único bien inmueble que poseía y del que era propietario, siendo su vivienda hasta el día de su fallecimiento…".

2.- En lo concerniente a la apreciación del material probatorio […], la apelante se queja porque considera que el A-quo no valoró que la capacidad económica se integra con ingresos familiares teniendo en cuenta el sueldo de su esposo como petrolero como tampoco el suyo como empleada municipal, pero no surge de autos que, más allá de los $ 20.000 por los que se realizó la venta (…), sus ingresos hayan sido destinados al pago del inmueble en cuestión. Por otra parte y con relación a la valuación del inmueble (…) cabe señalar que los valores expuestos en los informes (…), es decir de $ 900.250 y $ 919.656 respectivamente, no distan mucho del informe del perito D. L. V., quien (…) señala como valor real del inmueble la suma de $952.000.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PERALTA MABEL ANTONIA C/ PERALTA NANCY ANDREA S/ACCION DE SIMULACION" (JRSCI1 EXP Nº 6481/2014) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI,

con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 165/170 el A-quo hizo lugar a la demandada y declaró la inexistencia del acto incluido en la Escritura Pública N° 156, de fecha 13/05/2013, y por lo tanto inoponible a la actora y como consecuencia colacionable el bien identificado bajo Matrícula 884 – Pehuenches, NC 03-30-0459258-0000, debiendo integrar el acervo hereditario de la sucesión de Amancio Peralta.

A fs. 180/183 expresó agravios la demandada. Dice, que la sentencia afecta su derecho de propiedad. Agrega, que se afecta la seguridad jurídica y que tal como surge de fs. 46 a 55, probó que cumplió con todo el procedimiento de adquisición del bien objeto de estos autos, efectuando a partir de ello actos posesorios de mantenimiento y mejoras que nada tienen que ver con la situación actual del mismo.

Sostiene, que la sentencia no considera que la capacidad económica se integra con ingresos familiares y que al momento de la adquisición se conformaban con el sueldo de petrolero de su esposo y sus ingresos como empleada municipal lo cual se encuentra probado.

Alega, que con anterioridad al acto jurídico cuestionado se hizo cargo de manera directa de toda la deuda que poseía el inmueble a los fines de posibilitar un contrato de transferencia impecable y libre de todo gravamen, hasta abonar un proceso de apremios conforme consta a fs. 44 de autos. Que en consecuencia, el precio final de la operación no es sólo el que se consigna en el título traslativo de dominio.

Manifiesta, que abonó las cuotas alimentarias que le correspondían a la actora ante la incapacidad económica de quien le transfirió el inmueble, pero ello tampoco fue valorado por el A-quo.

Se queja, porque considera que la valoración de la prueba fue parcial y arbitraria respecto de las testimoniales propuestas por esa parte.

Agrega, que la impugnación de fs. 133 de la prueba pericial ofrecida y producida por la actora fue encontrada procedente, que adolece de toda formalidad y tecnicismo. Dice, que resulta inentendible la pericia efectuada por el tasador De la Vía en tanto consigna medidas sin aclarar con qué sistema de medición efectuó la misma, si tuvo a la vista los planos de la vivienda para trazar la comparativa que efectúa entre los años 2011 y 2015, en tanto se efectuaron modificaciones de absoluta relevancia para la resolución de la presente causa.

Por último, sostiene que la actora no probó los extremos fácticos ni legales para la procedencia ni de la acción de simulación ni la colación.

A fs. 185/186 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, adelanto que el recurso no resulta procedente.

Asimismo, también corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a 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.

La apelante se queja por la valoración probatoria que efectuó el Sentenciante, pero sus quejas no resultan suficientes para conmover las conclusiones de la decisión impugnada.

Al respecto, cabe partir de destacar que la apelante no rebate lo expuesto por el A-quo en cuanto a que “no son claras las razones que da la demandada para tener como válido el acto jurídico, ello en virtud desde que aturde a la lógica la intencionalidad del vendedor de desprenderse del único bien inmueble que poseía y del que era propietario, siendo su vivienda hasta el día de su fallecimiento…” (fs. 169).

Luego, en punto a que vivió con el Sr. Amancio Peralta en el inmueble objeto del proceso hasta el día de su fallecimiento (fs. 61vta.), la recurrente tampoco se queja de lo expuesto por el A-quo en cuanto a que jamás se produjo una ejecución material del contrato de compraventa (fs. 169).

Además, las pruebas producidas en autos dan cuenta que ello no era así. Al respecto, el testigo Benjamín Carrera al ser preguntado con quien habitaba el Sr. Amancio Peralta el inmueble expresó: “Que siempre vio al Sr. Peralta solo” (fs. 88); la Sra. Amina Ilsa Jadull dijo: “Que el último tiempo vivía solo, que anteriormente había vivido con Humilde Cofré”, (fs. 89) y el Sr. Fabián Eugenio Ledesma sostuvo: “solo” (fs. 91).

Por otra parte, la apelante se queja porque considera que el A-quo no valoró que la capacidad económica se integra con ingresos familiares teniendo en cuenta el sueldo de su esposo como petrolero como tampoco el suyo como empleada municipal, pero no surge de autos que, más allá de los $ 20.000 por los que se realizó la venta (fs. 170), sus ingresos hayan sido destinados al pago del inmueble en cuestión.

Luego, en cuanto al precio final de la operación y el pago de la recurrente de gravámenes que pesaban sobre el inmueble, ello no

surge de autos. Además, respecto a las actuaciones cuyo mandamiento de intimación de pago y embargo en los autos "Provincia del Neuquén c/ Peralta Amancio s/ Apremio", fs. 44, tampoco puede considerarse a partir de la documental obrante en estas actuaciones que la demandada haya cancelado la deuda que dio origen a los mismos.

Con relación a la valuación del inmueble y la impugnación que efectúa la recurrente a fs. 133 y vta., a partir de la contestación efectuada por el experto a fs. 137/140, considero que la misma no resulta procedente. Además, cabe señalar que los valores expuestos en los informes de fs. 97 y vta. por Gualva, Administración y Servicios Inmobiliarios, y 112/115 de Roberto Sarraf Servicios Inmobiliarios, es decir de $ 900.250 y $ 919.656 respectivamente, no distan mucho del informe del perito De La Vía, quien a fs. 102 señala como valor real del inmueble la suma de $952.000.

Por otra parte, el perito tasador a fs. 139 sostuvo que "En nuestra Provincia la valuación fiscal de los inmueble ronda aproximadamente el 10% del valor real de los mismos".

Al respecto, se ha sostenido que: "Cuando se trata de un pretenso acto simulado en el que se perseguiría frustrar los derechos de un heredero forzoso, que naturalmente no ha participado en el negocio, se dificulta la actividad probatoria, toda vez que quienes intervinieron en el contrato celebrado con finalidad ilícita, se suelen valer de todas las posibles coberturas para evitar, precisamente, que el vicio se haga visible. Así, ante la dificultad probatoria, cobra particular relevancia la prueba de presunciones" (CNCiv., Sala B, 11/07/1996, en autos "Cordo, Oscar R. c. Pataro, Martha M", LL AR/JUR/3525/1996").

A partir de lo expuesto, el recurso de la demandada no resulta procedente.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 180/183 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 165/170vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios e imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada 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.

Agrego aquí que el argumento central de la accionada en su responde, referido a la transferencia gratuita de otro inmueble a favor de la madre de la actora, y que reitera en el punto 5 de su recurso, a todo evento constituiría la "causa simulando", aspecto que no hace más que reafirmar la solución acordada en la instancia anterior.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 180/183 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 165/170vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (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 actuación en la instancia de grado (art. 15, L.A.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"LAZZALETTA JUAN PABLO C/ CENTRO AUTOMOTORES S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 447953/2011) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 21/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Despido.

INDEMNIZACION POR DESPIDO. VENDEDORES DE AUTOMOTORES. HORAS EXTRAS. MOBBING. AMBIENTE LABORAL NOCIVO. DELIMITACION. VALORACION DE LA PRUEBA. DAÑO MORAL. DAÑO

PSIQUICO.

1.- Corresponde confirmar la sentencia que condenó a la empleadora al pago de horas extras reclamado por un vendedor de la agencia de automóviles, pues no obstante que en el instrumento de mención -Convenio Colectivo 379/04- se prevé una remuneración a comisión para los vendedores o promotores, lo cierto es que ello no excluye la obligación por parte del principal de remunerar el trabajo realizado en exceso de la jornada máxima legal.

2.- [...] coincido con el apelante -demandado- en que la situación fáctica que surge de las pruebas arrimadas no permiten observar con nitidez la presencia de mobbing, toda vez que no veo claro un ensañamiento premeditado o acoso laboral que apunte intencionalmente hacia el actor.

3.- […] entiendo que no se halla justificada la procedencia autónoma de ambos rubros -daño moral y psíquico-, y que en definitiva, ambos se superponen. 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). Consecuentemente, propongo dejar sin efecto la indemnización por daño psíquico ($10.000,00.-).

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LAZZALETTA JUAN PABLO C/ CENTRO AUTOMOTORES S.A. S/ DESPIDO POR FALTA PAGO HABERES" (JNQLA2 EXP Nº 447953/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia Pamphile dijo:

1.- La Sentencia de grado es apelada por la parte demandada.

El primer agravio apunta a que se omitió considerar, al analizar las horas extras, lo estipulado en los arts. 14 y 18 del Convenio Colectivo 379/04.

Insiste que la Sra. Jueza no tuvo en cuenta esta defensa esencial planteada respecto a la improcedencia de las horas extras. Cita jurisprudencia.

A continuación, cuestiona la procedencia del daño moral y psicológico, puesto que no existe prueba cabal del daño supuestamente sufrido por el actor.

Dice que no habiendo probado el actor los padecimientos espirituales y siendo que el daño moral no se presume en materia contractual, ninguna indemnización le corresponde. Agrega que no hay prueba de que su parte tuviera conocimiento de los hechos alegados por el actor.

Sostiene que la magistrada no mensuró diferencialmente el daño moral del psicológico y que tampoco se probó que el actor debiera realizar gastos para su atención.

En cuanto a las remuneraciones adeudadas, afirma que debió tenerse en cuenta el promedio de los últimos seis meses anteriores al distracto.

Por último, se queja de la imposición de costas.

En la presentación de hojas 377/382vta. la contraria contesta agravios. Pide su rechazo, con costas.

2.- Resumidas de este modo las cuestiones a resolver, comenzaré por el primer agravio, atinente a las horas extras y su alegada improcedencia en función de las estipulaciones del Convenio aplicable.

El recurrente no pone en tela de juicio la valoración que sobre el punto realizó la sentenciante, con respecto a los testimonios de distintos compañeros de trabajo del actor que dieron cuenta de las extensas jornadas semanales.

Su crítica apunta, exclusivamente, a que se omitió tener en cuenta las previsiones del C.C.T., cuya aplicación al caso de autos no se halla cuestionada.

Ahora bien, no obstante que en el instrumento de mención se prevé una remuneración a comisión para los vendedores o promotores, lo cierto es que ello no excluye la obligación por parte del principal de remunerar el trabajo realizado en exceso de la jornada máxima legal.

Ha dicho la jurisprudencia:

"El pago de horas extras reclamado por un vendedor de automotores remunerado a comisión es procedente, pues el hecho de que no cuente con un sueldo básico sino con una remuneración mínima garantizada no justifica que brinde su débito laboral durante un período más extenso que la jornada establecida por la Ley 20.744 y que no se le abone ese tiempo de manera diferencial" (CNATrab, sala III, V., A. C. c. Francisco Osvaldo Díaz S.A. s/ despido, 30/09/2013 AR/JUR/67570/2013).

"El hecho de que el trabajador se desempañase como vendedor y fuese retribuido a comisiones conforme a las pautas fijadas por el Convenio Colectivo de Trabajo 379/04, encontrándose excluido de la ley 14.546, no lo coloca fuera de toda protección vinculada con la extensión de la jornada —en el caso, se declaró la procedencia del reclamo por horas extras—, puesto que en el art. 18 del citado convenio se establece que las distintas modalidades horarias se regirán por las normas existentes en la actualidad, en concordancia con la legislación vigente en la materia.

Corresponde confirmar la sentencia que condenó a la concesionaria empleadora al pago de horas extras reclamado por un vendedor, ya que aquélla no acreditó que la tarea del trabajador se encuentre encuadrada en alguna de las excepciones a la ley de jornada, ni refutó las pruebas que sostienen que la permanencia en esos horarios se debía a cronogramas por ella establecidos y no a la decisión voluntaria del dependiente (del voto de la Dra. Fontana)" (CNATrab, sala VI, Pollicina, Marcelo Germán c. Francisco Osvaldo Díaz S.A., 29/05/2009, AR/JUR/13919/2009).

En tal virtud, el agravio debe ser rechazado.

Paso ahora a analizar el siguiente agravio, referente al acogimiento de la indemnización por daño moral y psicológico.

En este punto, debo señalar que coincido con el apelante en que la situación fáctica que surge de las pruebas arrimadas no permiten observar con nitidez la presencia de mobbing, toda vez que no veo claro un ensañamiento premeditado o acoso laboral que apunte intencionalmente hacia el actor.

No obstante ello, si se puede aprehender de las testimoniales a las que hace alusión la magistrada (que no creo necesario volver a transcribir, en tanto ya se hizo en el fallo aludido), que el ambiente de trabajo era sumamente hostil, y que el gerente de ventas tenía un manejo inadecuado de las relaciones humanas, caracterizada por el maltrato, que terminó minando la salud psicofísica del trabajador (véase certificado de hojas 2, 3, 6 y 7, e informe de hojas 205).

Más allá de que el recurrente indica que varios de los testigos tienen juicio iniciado contra la demandada, lo cierto es que los testimonios en el punto son concordantes y, asimismo, encuentran correlato en lo expresado por el testigo Cisterna.

Aquí debo señalar que el hecho de que un testigo se encuentre ubicado dentro de las generales de la ley, no descalifica totalmente su declaración, a menos que se advierta que ese hecho ha influido en la imparcialidad del mismo. En este caso, con relación a la existencia del ambiente hostil, la multiplicidad y concordancia de los testimonios permiten tenerlo por acreditado.

Ahora bien, ha sostenido la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala II, en pronunciamiento que es trasladable a este caso:

"…Frente a las circunstancias en las que se desarrolló el vínculo laboral del caso subexámine, resulta importante poder distinguir esa peculiar situación de "mobbing", terror psicológico, persecución psicológica, o acoso laboral, de la "la violencia psicológica general" de un ambiente de trabajo, ya que, repito, en las hipótesis de "mobbing", la agresión psicológica tiene una dirección específica hacia la víctima con una intencionalidad subjetiva y perversa de generar daño o malestar psicológico; su destrucción psicológica y consecuente sometimiento; y/o su egreso de la organización empresarial o del grupo (confr. Marie-France Irigoyen, El acoso moral. El maltrato psicológico en la vida cotidiana, Paidós, Barcelona, 1999. En similar sentido, Abajo Olivares, Mobbing. Acoso psicológico en el ámbito laboral, ya citado: Giuntoli, Mobbing y otras violencias en el ámbito laboral, ya citado, entre otros).

En cambio, en la segunda hipótesis se alude a un ambiente de trabajo agresivo, hostil y dañino, que puede ser consecuencia de inadecuados estilos de dirección basados en un liderazgo autocrático o climas organizacionales cargados hacia la competitividad y con fallas en aspectos de comunicación, sistemas de recompensas, u otros factores que afectan a todos o a una gran mayoría de los trabajadores de la empresa. La agresión en esta hipótesis tiene como base la supuesta superioridad personal de los directivos sobre los empleados y se hace con la declarada intención de asegurar el buen funcionamiento de la empresa y sus niveles de productividad (confr. Manuel Pando Moreno, "Mobbing. Tipos, comportamientos, perfiles y sus consecuencias psicológicas en el trabajo", en Mobbing. Estudios multidisciplinarios sobre el acoso psicológico en el trabajo, Número Especial de Jurisprudencia

Argentina, coordinado por Patricia B. Barbado, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006-III).

Con esta perspectiva y estos instrumentos de enfoque y análisis, tengo en cuenta las particularidades de la litis y lo declarado por los compañeros de tareas de R. para concluir que está comprobado que las condiciones de trabajo en el establecimiento de la demandada eran objetivamente nocivas y hostiles.

Sin embargo, no encuentro elementos de juicio que me lleven a barruntar siquiera que las circunstancias descriptas hubieran sido generadas por los superiores ni por los pares de la demandante con el fin intencional de destruirla psicológicamente, someterla, degradarla, y/o lograr su egreso de la empresa, aun cuando hayan mediado comportamientos antisociales habituales en los grupos ante lo distinto y frente a quien, por ello, genera temor.

Es decir que no encuentro probado el componente subjetivo perverso e intencional que permite definir lo que jurisprudencia, medicina y sociología del trabajo han identificado bajo la conceptualización de "mobbing"…"

Empero, repito que veo suficientemente acreditada la nocividad del ambiente de trabajo, lo que activa la responsabilidad del empleador en los términos del art. 1109 del Código Civil…"

"…Esta descripción, concordante y no contradicha por ningún elemento de juicio, evidencia un ambiente de trabajo hostil y dañino en el que la demandante estuvo inmersa en forma prolongada y en el que debió sobrevivir. Del cúmulo de hechos descriptos se desprende por un lado la nocividad del ambiente laboral y, por otro, que la accionada permitió y toleró semejante clima de trabajo y de relaciones jerárquicas y horizontales, ya que no se ha invocado ni acreditado que hubiese tomado medida preventiva o sancionatoria alguna al respecto así como tampoco que haya prestado atención a los signos y síntomas que la propia demandante presentaba, indicadores bastante elocuentes de patologías vinculadas al entorno laboral.

Inevitable resulta, entonces, concluir que Cablevisión SA no cumplió siquiera básicamente su deber constitucional de garantizar condiciones de trabajo dignas ni la obligación legal de seguridad e higiene en el empleo, conforme lo exigen los arts. 14 bis de la Constitución Nacional, 75 LCT y 4 apartado 1 de la ley 24.557, es decir que no garantizó la indemnidad psicológica de su dependiente, con lo que, al permitir condiciones y un ambiente de labor nocivos, actuó culposamente habida cuenta de que se ha comprobado la responsabilidad personal de los superiores jerárquicos y de otros trabajadores, compañeros de la demandante, que implementaron un clima general y personal hostil por el que el principal debe responder no sólo por pesar sobre sus hombros dichas obligaciones sino también por resultar titular del pleno poder de organización y dirección de la empresa (arts. 1113 Código Civil y 64/65 LCT).

Esto es así puesto que el empleador debe velar irrestrictamente por la integridad psicofísica de sus dependientes mientras se encuentren dentro del establecimiento y/o cumpliendo sus tareas, obligaciones que dimanan del deber genérico de seguridad y del principio de indemnidad (arts. 75 LCT y 4 apartado 1 LRT), de la misma forma que debe preservar también la dignidad del trabajador cuyo fundamento no es otro que el dispositivo constitucional que le garantiza "condiciones dignas y equitativas de labor" (art. 14 bis C.N.).

De ahí que el principal no sólo se encuentra legitimado para tomar medidas en resguardo de la integridad de sus dependientes sino que ello constituye una exigencia derivada del principio de buena fe exigible al buen empleador y lo esperable de éste (arts. 62/63 y concs. LCT).

Queda claro, entonces, que no veo configurado en su tipicidad el "mobbing" aducido al demandar pero sí un entorno laboral general y particular hostil, nocivo y dañoso…"

"…Restaría, pues, analizar si aquellas circunstancias le generaron daño moral, sobre todo teniendo en consideración la excepcional naturaleza de la agresión laboral verificada, que luce susceptible de agraviar los más íntimos sentimientos de la trabajadora, provocándole dolor moral, aflicción.

Es del caso recordar que se ha definido al daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor o sufrimientos físicos, inquietud espiritual, o agravio a las afecciones legítimas (confr. Jorge Bustamante Alsina, Teoría General de la Responsabilidad Civil, 8va. edición, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 234).

Claro que, como es sabido, las eventuales heridas subjetivas no son de una prueba simple, directa ni fácil ya que, como grafica el maestro Bustamante Alsina, residen en lo más íntimo del alma (Ob. cit, pág. 248). Mas, como lo señala Arazi, puede determinarse su existencia mediante presunciones judiciales en base a las máximas de la experiencia o de los hechos notorios, según cada caso (Roland Arazi, "Prueba del Daño Moral", en Revista de Derecho de Daños N° 6 Daño Moral, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, pág. 107), quien explica que son máximas de la experiencia el conjunto de conocimientos que el juez ha obtenido culturalmente con el uso, la práctica o sólo con el vivir.

Pues bien, no es difícil colegir que tanto el ambiente de trabajo hostil en que prestó servicios la reclamante como el maltrato personal que padeció de sus compañeros y superiores jerárquicos, han podido razonable y presumiblemente generar dolor moral,

sufrimiento emocional y padecimientos que -a mi juicio- deben ser reparados…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala II, R., F. c. Cablevisión S.A. 12/10/2007 Publicado en: RCyS 2007, 1124 LA LEY 26/12/2007, 7 con nota de Tomás Ignacio González Pondal LA LEY 2008-A, 266 con nota de Tomás Ignacio González Pondal RCyS 2008, 388 con nota de Tomás Ignacio González Pondal TySS 2007, 1071).

Me he permitido efectuar esta larga transcripción, en tanto aprehende el supuesto analizado y, trasladados estos conceptos a este caso, vemos, entonces, que la conclusión a la que arriba la magistrada excede el contexto fáctico planteado.

Con respecto al anoticiamiento previo, nótese que la recurrente cuestiona que no se haya hecho saber el supuesto maltrato a la gerencia, pero justamente, era desde ese ámbito jerárquico donde se originaba la situación nociva.

Más allá de lo hasta aquí expuesto, entiendo que no se halla justificada la procedencia autónoma de ambos rubros -daño moral y psíquico-, y que en definitiva, ambos se superponen.

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).

Consecuentemente, propongo dejar sin efecto la indemnización por daño psíquico ($10.000,00.-).

Con respecto al modo de cálculo de las diferencias de haberes conforme lo prescripto por el art. 208 de la LCT, teniendo en cuenta los ingresos del trabajador por el período que estipula la citada norma y que exige el quejoso en su presentación, no se observa que la suma reclamada y finalmente acordada en la sentencia, sea desacorde a lo que surge de los recibos acompañados. Sin perjuicio de lo cual, es de resaltar que la empleadora se limita a señalar que debe tenerse en cuenta el promedio de los ingresos correspondientes a los últimos 6 meses, más sin demostrar el error en el importe concretamente fijado en la sentencia.

Por último, la imposición de costas se corresponde con el principio objetivo de la derrota, sin que se observen motivos suficientes para apartarse de esta pauta general.

Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo, rechazar el recurso deducido por la demandada, a excepción de lo que refiere a la indemnización por daño psicológico, que se deja sin efecto. Las costas de Alzada, se imponen a la demandada perdidosa, atento el rechazo de la mayoría de los planteos traídos a tratamiento. Déjense sin efecto las regulaciones arancelarias, las que deberán realizarse nuevamente en la anterior instancia, acorde el sentido del presente pronunciamiento. 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 ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso deducido por la demandada, a excepción de lo que refiere a la indemnización por daño psicológico, la que se deja sin efecto.

2.- Imponer las costas de Alzada a la demandada (arts. 17, Ley 921 y 68 del CPCC).

3.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas en la sentencia de grado, las que deberán realizarse nuevamente en la anterior instancia, de acuerdo a lo aquí decidido.

4.- Regular los honorarios por la actuación en esta etapa en el 30% de lo que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra.Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"OJEDA JULIO DE JESUS C/ U.O.C.R.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I - (Expte.: 428782/2010) – Sentencia: 48/17 – Fecha: 23/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y Perjuicios.

RESPONSABILIDAD OBJETIVA. TEORIA DEL RIESGO. COSA RIESGOSA. ACTIVIDAD RIESGOSA. CARGA DE LA PRUEBA.

Para tornar viable la atribución de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, por aplicación de la teoría del riesgo creado que plasma nuestra codificación civil en su art. 1113, 2do. párrafo, corresponde a la víctima del daño la carga probatoria de los presupuestos básicos indicados.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "OJEDA JULIO DE JESUS C/ U.O.C.R.A. Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (JNQCI4 EXP Nº 428782/2010) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1.- El actor apela la sentencia de primera instancia que rechaza la demanda.

Señala que el sentenciante erró en la interpretación de la norma contenida en el art. 1113 del Código Civil por varias razones.

La primera de ellas, por considerar los eventos sucedidos en el lugar de trabajo como no habitual y no vinculados a la actividad del Sr. Ojeda.

Luego, por invertir la carga de la prueba, dado que el juez también yerra al considerar que se debía acreditar la actividad riesgosa. Afirma que el juez entiende que su parte tenía que acreditar que los hechos violentos sucedidos dentro del lugar de trabajo no eran habituales y no están vinculados con la actividad, lo cual considera totalmente desacertado.

A continuación, cita abundante doctrina y jurisprudencia vinculada a la responsabilidad por daños derivados de actividades riesgosas.

En otro acápite, plantea que la magistrada valoró erróneamente la prueba producida en autos. Puntualmente indica que: "...surge con claridad meridiana que la Sra. Juez hubo valorado como prueba indubitable las declaraciones testimoniales, de las cuales se desprende que la actividad del Sr. Ojeda no es de riesgo de modo de considerar válida la exigencia de mediadas de seguridad...

Hace mención la Jueza de grado en relación al hecho que fue muy violento pero puntual y motivado por los temas que los delegados deliberaban en la reunión, e interpreta que podría constituir una situación vinculada con las tareas habituales. Y así llega a la conclusión que la empleadora no tiene responsabilidad civil, como así tampoco la aseguradora" (sic).

Esgrime que no se ha valorado la mayor incapacidad otorgada en la pericia y que nada se dijo con respecto a la responsabilidad sistémica.

Por último, dice que la sentencia incurrió en inobservancia de la doctrina judicial de la Cámara de Apelaciones. En tal sentido, señala que debió haberse interpretado el art. 1113 de manera distinta, advirtiendo que en el caso la responsabilidad era objetiva por el riesgo de la actividad que prestaba el accionante para la demandada. Vuelve aquí a transcribir parte de los fallos "Parada" y "Muñoz", de las Salas II y III.

Los agravios son replicados por la Aseguradora (hojas 515/517vta), quien solicita el rechaza del remedio, con costas.

2.- Toda sentencia debe exponer las razones de hecho y derecho en las que se funda la decisión; explicar los motivos, el por qué se resuelve como se lo hizo; una argumentación correcta es necesaria, porque las partes del juicio tienen un especial interés en conocer las razones, pues sólo en base a decisiones razonadas las partes pueden estimar si la apelación es posible, plausible, o, incluso necesaria.

Pero así como esto es exigible al juez, del mismo modo lo es con relación a las partes: Estos mismos razonamientos son trasladables a la expresión de agravios, la que en modo alguno puede consistir en una mera discrepancia con la decisión adoptada o, criticar extremos que en nada inciden en el fundamento de la decisión.

Así se ha indicado, en criterio que comparto, que "la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forma la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, le cabe demostrar cual es el punto del desarrollo argumental que muestra un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica –dando las bases del distinto

punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en el veredicto. Cuando el litigante no formula su expresión de agravios de esa manera, cae derrotado por su falta de instrumental lógico de crítica, antes que por la solidez de la decisión que recurre. No basta, para que prospere una apelación, con acudir a citas jurisprudenciales y/o doctrinales, huérfanas de todo sustento fáctico, como pretende el demandado, dado que no explica de que forma se relacionan con el caso debatido (CNCont. Adm. Sala 2°, 7-9-04).

Se ha señalado, en distintas oportunidades, que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones de la sentencia apelada, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia. En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que para merecer dicho adjetivo debe reunir características específicas.

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 Nº 377138/8), sentencia de fecha 28/06/2011).

Y, como se puede advertir de la síntesis de los agravios planteados, el accionante 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.

Nótese que el agravio central del actor, gira en torno a la falta de subsunción del caso en el supuesto de actividad riesgosa, bajo el prisma legal del art. 1113 del Código Civil.

Ahora bien, más allá que la magistrada entendió no acreditado que el desempeño como dirigente gremial constituya una actividad riesgosa, lo cierto es que existe otro argumento, que encuentro dirimente, y que no ha sido atacado en forma seria y concreta por el apelante.

Me refiero a la incidencia que la juzgadora consideró tenía en el caso, el carácter que ostentaba el accionante en el momento de los hechos como Secretario General de la UOCRA y la responsabilidad que le cabía, ejerciendo ese rol, en la adopción de las medidas de seguridad que fueran necesarias para el desarrollo de la asamblea de delegados.

Concretamente dijo la Sra. Jueza:

"La primera conclusión que surge de los testimonios es que quien dirigía y gerenciaba la sede sindical era el propio actor, pues él ejercía el mayor cargo jerárquico dentro del sindicato, de manera que si alguien podía prever disponer el cierre del lugar o aun de personas que custodien el lugar y a los integrantes de la reunión o asamblea que se desarrollaba en el lugar era él mismo.

Es que no está probado que en el lugar existiera algún jefe superior jerárquico al propio actor que pudiera decidir lo que claramente él omitió, pues si alguien podía elegir la seguridad del lugar era él mismo sin que se advierta que su cargo demandara de una custodia permanente.

Tampoco aparece probado que él hubiera sido amenazado con un arma de fuego tal como lo dijo en su relato de los hechos de la demanda, pues él mismo refirió en la causa penal que no vio a nadie armado y que salió por la ventana para ir a la comisaría a pesar de haber llamado a la policía que concurrió al lugar y lo auxilió luego de que se arrojara por la ventana. En esa declaración tampoco dijo que hubiera entrado alguien a su oficina a agredirlo, pero sí que precisamente por ser la máxima autoridad del gremio era el destinatario de la agresividad del grupo opositor a sus intereses.

No se advierte por qué motivo su empleadora UOCRA debía de prever un conflicto de esta magnitud pues reitero que si alguien podía suponer la presencia de personas contrarias a su conducción era él mismo...

Véase además que tampoco se acreditó que la empleadora omitiera considerar algún pedido de seguridad expreso de su parte...".

Dicho razonamiento hacía sin dudas, a la legitimación pasiva en el supuesto de "riesgo por actividad" que invocó el actor, sin que en esta instancia se observe una crítica capaz de revertir los fundamentos del fallo en este concreto punto.

Es decir, para la magistrada, existió un déficit en la acreditación de los presupuestos de la acción con sustento en las normas de responsabilidad civil, conforme la imputación jurídica efectuada por el actor. Y la prueba de los presupuestos de la acción, claro está, recaen en cabeza del accionante.

El único párrafo que el apelante dedica a esta cuestión (véase la hoja 505 vta.), en el que se alega la existencia de una sede central donde existen decisiones que sobrepasan la esfera de una sede local, a más de su insuficiencia, denota el intento de introducir extemporáneamente argumentos que debieron plantearse y probarse en la anterior instancia (art. 277 CPCC).

Esta Sala ha sostenido que sobre el accionante pesa la carga de acreditar el carácter riesgoso o vicioso de la cosa, su incidencia en la producción del daño y que el accionado es el dueño o guardián de la misma (S.C.B.A., L. 44.037, del 10-IV-90; Ac. 54.669, del 19-12-95. Ver causa “SASSO ESTEBAN ANTONIO CONTRA E.P.E.N. S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, EXP Nº 324626/5).

En el caso de actividad riesgosa, es claro que el legitimado pasivo ya no será el dueño o guardián de la cosa, sino quien la realiza, se sirve u obtiene provecho de ella, por sí o por terceros, excepto lo dispuesto por la legislación especial (cfr. art. 1758 CCyC, el cual si bien no es aplicable al caso, constituye una pauta interpretativa útil, y plenamente trasladable al supuesto que nos ocupa).

Salvando entonces esas diferencias entre “riesgo de la cosa” y “riesgo de la actividad”, lo cierto es que en ambos casos existen presupuestos que deben ser acreditados por quien invoca su aplicación.

No parece redundante recordar que para las actividades riesgosas o peligrosas rigen todos los requisitos de la responsabilidad objetiva aplicables al riesgo o vicio de las cosas (las eximentes, la carga de la prueba, etc.). La actividad riesgosa o peligrosa no significa prescindir de la concurrencia de todos los requisitos de la responsabilidad objetiva (cfr. Galdós, Jorge M., “Responsabilidad por actividades riesgosas y peligrosas en el nuevo Código”, LA LEY 23/03/2016, 1, LA LEY 2016-B, 891).

Así, hemos sostenido: “…para tornar viable la atribución de la responsabilidad civil por el hecho de las cosas, por aplicación de la teoría del riesgo creado que plasma nuestra codificación civil en su art. 1113, 2do. párrafo, corresponde a la víctima del daño la carga probatoria de los presupuestos básicos indicados.

La acreditación de la concurrencia de dichos elementos objetivos por parte del damnificado, resulta suficiente para emplazar, respecto del dueño o guardián, la obligación de resarcir, quien de su parte sólo podrá eximirse de responsabilidad acreditando el hecho causal de la víctima o de un tercero.

Es éste a mi juicio, el adecuado entendimiento de la normativa vigente en la materia, según las pautas directrices señaladas por la Suprema Corte de esta provincia. Al considerar la quejosa que se ha invertido la carga de la prueba a su respecto, equivoca la interpretación de esa doctrina.

El accionante debe dirigir su acción contra quien o quienes, al tiempo del siniestro, hubieren ostentado la calidad de dueño o guardián de la cosa portadora de riesgo y ese carácter atribuido, de conformidad con los postulados del "onus probandi" debe ser demostrado por aquél, porque es el presupuesto de la norma que consagra el efecto jurídico perseguido. En otras palabras, el que reclama cumplimiento de una obligación legal debe probar el hecho que la norma invocada supone como presupuesto de su aplicación, esto es, el nacimiento de su derecho correlativo (doct. art. 375 del C.P.C.).

En el caso, no se trata de la invocación o prueba de una eximente legal, como interpreta la recurrente, sino que lo que ha intentado el coaccionado es la demostración de no concurrir en autos los requisitos básicos mentados en la norma cuya aplicación se pretende…” (cfr. Cámara Segunda de Apelación de La Plata, Sala Segunda, doctoras Patricia Ferrer y Nelly Norma Suárez, sentencia dictada en la causa 103.146, caratulada: "MARQUEZ, Beatriz c/SILVA, Raúl y ots. s/ Daños y Perjuicios”, 02/09/2004. Ver causa “SASSO”, ya citada).

Traídos estos conceptos al caso a estudio, tenemos entonces que pesaba sobre el accionante la carga de la prueba de los presupuestos de la acción elegida. En el caso, la magistrada entendió que la prueba producida denota que el actor no era ajeno a las decisiones de la entidad demandada (incluso los testigos aseveraron que el cargo que ejercía el actor, forma parte de los cuerpos orgánicos de conducción y administración de la UOCRA -Alanes y Pineda-), vértice desde el cual el agravio luce inconsistente.

Consecuentemente, al subsistir un argumento central del decisorio y apto, por si solo, para confirmar el rechazo de la acción, el recurso debe ser desestimado.

Lo propio acontece con respecto a la responsabilidad sistémica que invoca el recurrente y la omisión del decisorio en tal sentido. Nótese que el actor, sin perjuicio de la responsabilidad civil de la ART, alega falta de cumplimiento de las prestaciones en especie.

Ahora bien, con posterioridad al dictamen de la CM Nº9 (hoja 236/240), el accionante cobró la suma que liquidara la ART, tal como afirma en la demanda, pero en esta instancia de apelación, se limitó a alegar la supuesta omisión del fallo, más sin indicar qué prueba concreta acredita hasta cuándo debieron extenderse las prestaciones en especie que alega, y la consecuente omisión de la ART; incumpliendo, nuevamente, las prescripciones de art. 265 CPCC en punto a la suficiencia recursiva.

En resumidas cuentas, propongo el rechazo del remedio deducido, con costas al aplante perdidoso (art. 68 del CPCC).

El Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de hojas 485/493vta. en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra.Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"DAVILA OSCAR FABIAN C/ DAVILA DE STEINETZ ADRIANA MABEL S/ DIVISION DE CONDOMINIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508116/2015) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

1.- Si bien el argumento referido a los porcentajes que le correspondían a cada condómino no tuvo andamiento, la restante defensa de la accionada, vinculada a la vigencia del usufructo vitalicio, si fue admitida por la sentenciante, por lo que cabe imponer las costas por la acción de división de condominio en el orden causado (art. 71 del CPCC), mientras que las correspondientes a la reconvención, serán confirmadas, en tanto fueron impuestas a la reconviniente perdidosa, sin que se observen motivos para apartarse del principio general de la derrota. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

2.- En tanto no se produjo un allanamiento, real, incondicionado y oportuno (Cfr. CNCiv., Sala H, en autos Carizzoni, Noemí I. c. Trotta, Carlos A, 09/10/2002, La Ley On Line, AR/JUR/5513/2002",) las costas deben imponerse al codómino vencido. (del voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DAVILA OSCAR FABIAN C/ DAVILA DE STEINETZ ADRIANA MABEL S/ DIVISION DE CONDOMINIO" (JNQCI4 EXP Nº 508116/2015) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 91/95 la A-quo hizo lugar a la demanda de división de condominio y condenó a Adriana Mabel Dávila Steinetz a dividir en mitades iguales y en especie el inmueble MATRÍCULA 33535-CONFLUENCIA desde que cese el usufructo a favor del señor Dávila, y rechazó la reconvención deducida por la misma, con costas.

A fs. 103/111 la demandada dedujo recurso de apelación. Se agravia por la condena en costas.

Señala, que la primera manifestación efectuada al contestar la demanda y la actitud posterior de esa parte y en todo el transcurso del proceso apuntó a satisfacer la pretensión del actor respecto de la división de condominio planteada.

Alega, que el acuerdo no prosperó por la única y exclusiva voluntad del actor y que por ello la sentencia en la relativo a la imposición de costas debió ser acorde a la manifestación de voluntad apuntada a conciliar, expuesta por esa parte en gran parte del proceso.

Manifiesta que la sentencia dispone la permanencia del condominio en tanto se mantenga en vida el Sr. Davila, postura que esa parte sostuvo desde el inicio del proceso. Agrega que no existió oposición de esa parte a la realización de la división de condominio solicitada por el actor. Sostiene, que debe aplicarse el art. 68, 2° parte del CPCC.

A fs. 113/115 la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo con costas.

II. Ingresando al estudio de la cuestión planteada, adelanto que el recurso de la demandada con relación a las costas impuestas a fs. 95 no resulta procedente.

Al respecto, se ha sostenido que: “Deben imponerse las costas al condómino vencido dado que, aun mediando allanamiento incondicional y oportuno, cuando con su actitud ha obligado a litigar judicialmente para obtener la división del condominio existente, debe soportar todas aquellas erogaciones ocasionadas al demandante”, (CNac. Civ. Sala C, en autos “Almiga S.A. c. Binaco S.A. s/ división de condominio”, 12/07/2011, La Ley On Line, AR/JUR/48802/2011).

En el caso, la demandada en su escrito de contestación de demanda, se opuso a la pretensión y sostuvo que “es imposible disolver el condominio existente más aún en la forma que fuera planteado, cuando reclama un derecho del 50% y sólo le corresponde el 25% al igual que la suscripta”, (fs. 29).

Por ello, sin perjuicio de lo expuesto respecto al estado de indivisión mientras dure el usufructo del inmueble en cuestión, también la recurrente cuestionó el porcentaje que le correspondía a cada condómino.

Obsérvese además que la demandada refiere “que existió un error en la inscripción de la donación efectuada por la señora Glady Norma Apablaza de Davila a favor de sus hijos Oscar Fabián Dávila y Adriana Mabel Davila de Steinetz, toda vez que ésta donó el 50% del inmueble en cuestión manteniendo su padre Oscar Dávila la titularidad del otro 50% del inmueble, y la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble se efectuó en un 50% a favor del señor Oscar Fabián Dávila y en un 50% a favor de Adriana Mabel Davila de Steinetz”, (fs. 92vta.), lo cual fue desestimado por la A-quo, en tanto sostuvo que la inscripción en la MATRÍCULA 33535-CONFLUENCIA es consecuente con el título de la donación, y por ello, resulta justificada la pretensión del actor de reclamar se divida la totalidad del inmueble por mitades iguales (cfr. fs. 94vta.).

Además, la demandada dedujo reconvención (fs. 29vta./30) a los fines que el actor le reembolsara la mitad de los gastos efectuados en los últimos cinco años en concepto de impuestos y servicios del inmueble, la cual fue desestimada por la A-quo, en tanto “el pago de los impuestos y contribuciones que gravan el inmueble corresponde que los afronte el usufructuario y no el condómino, por lo que su reembolso o aún su pago no podría ser reclamado a quien detenta la nuda propiedad del inmueble sin tener el usufructo” (fs. 94 y vta.).

Asimismo, cabe señalar que no surge de autos que el acuerdo al que intentaban arribar las partes, conforme surge del acta de fs. 51, no se haya perfeccionado por exclusiva responsabilidad del actor, tal como señala la recurrente a fs. 107.

En definitiva, en el caso de autos, no se produjo un allanamiento, real, incondicionado y oportuno (Cfr. CNCiv., Sala H, en autos Carizzoni, Noemí I. c. Trotta, Carlos A,. 09/10/2002, La Ley On Line, AR/JUR/5513/2002”) que torne procedente la imposición de costas tal como lo solicita la apelante.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo desestimar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 103/111 y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 91/95 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios, con costas.

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Disiento con la solución propuesta por mi colega.

A mi entender, si bien el argumento referido a los porcentajes que le correspondían a cada condómino no tuvo andamiento, la restante defensa de la accionada, vinculada a la vigencia del usufructo vitalicio, si fue admitida por la sentenciante.

Ello así, toda vez que, en definitiva, la condena a dividir el condominio quedó sujeta al cese del usufructo a favor del padre de los litigantes. Esa limitación o condicionamiento de la condena, se condice con la postura de la demandada, que en su responde sostenía: “...tanto el actor como la suscripta detentamos la nuda propiedad del inmueble matrícula 33.535 y en ningún momento he desconocido el derecho que le asiste pero entiendo que en función de las consideraciones antes expuestas momentáneamente es imposible disolver el condominio existente...” (hoja 29).

Por tal razón, estimo que las costas por la acción de división de condominio deben imponerse en el orden causado (art. 71 del CPCC).

Las correspondientes a la reconvención, serán confirmadas, en tanto fueron impuestas a la reconviniente perdidosa, sin que se

observen motivos para apartarse del principio general de la derrota, ni agravios puntuales en torno a este ítem. MI VOTO.
Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:
Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.
Por ello, esta Sala I, POR MAYORIA
RESUELVE:
1.- Modificar la sentencia de fs. 91/95, imponiendo las costas por la acción de división de condominio en el orden causado (art. 71 del CPCC) y confirmar las correspondientes a la reconvención.
2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento el resultado obtenido, y regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 25% del 30% de lo que corresponde por la labor en la instancia de grado (arts. 15 y 35, LA).
3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.
Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"PARRA PARRA JOVINA DEL CARMEN C/ LIMPIOLUX S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 468883/2012) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

SERVICIOS DE LIMPIEZA. IUS VARIANDI. CAMBIO DEL LUGAR DE TRABAJO. JORNADA DE TRABAJO.

Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda y en donde el A quo al analizar el ejercicio del ius variandi -facultad otorgada al empleador para modificar de modo no esencial las modalidades de la prestación del trabajo-, partió de considerar el tipo de actividad desarrollada por la demandada y la función para la cual la actora fue contratada concluyendo que "teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones temporarias propias del objeto de la empleadora –servicio de limpieza-, el lugar de cumplimiento de la prestación laboral no aparece "prima facie" como elemento esencial". Consiguientemente, no resulta suficiente, para justificar el despido indirecto en que se coloca la actora, el mayor tiempo necesario para arribar a su lugar de trabajo, como tampoco el horario dispuesto por cuanto antes venía cumpliendo una jornada reducida pero percibiendo el salario completo (…)

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017
Y VISTOS:
En acuerdo estos autos caratulados: "PARRA PARRA JOVINA DEL CARMEN C/ LIMPIOLUX S.A. Y OTRO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" (JNQLA3 EXP Nº 468883/2012) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:
I. A fs. 330/332 vta. la actora apela la sentencia de fs. 321/326 vta. por la cual se rechazó la demanda con costas.
Se queja porque no se hizo lugar a la demanda contra Limpiolux S.A. Entiende que se viola el principio de congruencia porque lo

decidido no se ajusta a lo alegado y probado en autos, así como se distorsionó prueba y no se tuvo en cuenta otra que beneficiaba a esa parte.

Dice, que no se consideró el tiempo que se desempeñó sin sanciones y que la empresa, mediante una decisión arbitraria, autoritaria e improcedente, el 23/02/11 le comunicó que debía presentarse a prestar servicios en el nuevo destino asignado que era la empresa Contreras Hermanos S.A. ubicada en el Parque Industrial de la ciudad de Neuquén. Expresa, que el A-quo basándose en dos testimoniales, pero desconociendo la realidad del transporte automotor de la ciudad, justifica ese accionar.

Sostiene, que por telegrama del 01/03/11 rechazó esa decisión por devenir arbitrario e irrazonable el cambio de destino, modificando de forma radical el contrato de trabajo mediante un ejercicio abusivo del ius variandi, dado que vive en el barrio Valentina Sur. Agrega, que anteriormente prestó servicios en lugares más cercanos a su domicilio por lo que el cambio de lugar de trabajo es arbitrario, a lo que se suma que el 02/03/11 se le notificó que el horario sería cortado de 8 a 12 hs. y de 13,15 a 18hs. Dice, que la demandada la colocó en situación de despido aprovechándose de su condición, por lo que no le quedó otra alternativa que considerarse despedida e iniciar acciones judiciales.

La contraria no contestó el traslado de los agravios.

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.

En el caso, entiendo que las críticas del recurrente no consideran, ni por ende rebaten, el razonamiento del A-quo en cuanto, para analizar el ejercicio del ius variandi, partió de considerar el tipo de actividad desarrollada por la demandada y la función para la cual la actora fue contratada concluyendo que “teniendo en cuenta la naturaleza de las funciones temporarias propias del objeto de la empleadora –servicio de limpieza-, el lugar de cumplimiento de la prestación laboral no aparece “prima facie” como elemento esencial”, (fs. 323vta.).

En ese sentido se ha sostenido que: “Tratándose de la actividad de servicios de limpieza desplegada por la empleadora, queda fuera de discusión que el cambio de lugar de trabajo, que puede conllevar una modificación en el horario según el funcionamiento del nuevo destino, es característico de la actividad desarrollada, por lo cual no constituye ejercicio ilegitimo del ius variandi”, (CNTrab. Sala II, 17/06/2009, Abregu, Rosa Yolanda c. Limpiolux S.A., La Ley Online, AR/JUR/26126/2009).

“Si bien en muchas contrataciones el lugar de trabajo constituye una suerte de núcleo del contrato, cuando se trata de empresas de limpieza, la posibilidad de modificación resulta implícita, por lo que toda vez que el actor aceptó dicha modalidad de contratación, no puede luego alegar que los cambios debían ajustarse a los baremos del art. 66 de la ley de contrato de trabajo (t.o. 1976) (Adla, XXXVI-B, 1175), máxime si se le garantizaba el costo del transporte”, (CNTrab. Sala VIII, 24/11/2005, Quiroga, Claudio J. c. Empresa Manila S.A., DJ 05/04/2006, 935, AR/JUR/7114/2005).

“La asignación de destinos variables, en función de la rotación de la cartera de clientes, es una consecuencia de la celebración de un contrato de trabajo con una empresa prestataria de servicios de limpieza, por lo cual una vez vencido el plazo de vigencia de un contrato por el cual el empleado fue destinado a trabajar en el establecimiento de un tercero corresponde la reasignación del lugar de trabajo sin que ello pueda encuadrarse en el art. 66 de la ley 20.744 (DT, t.o. 1976-238), ya que no se trata de la introducción de modificaciones en la modalidad de prestación de los servicios, sino del cumplimiento estricto del contrato de duración indeterminada”. (CNTrab. Sala VIII, 08/10/2004, Bensoni, Jorge L. y otros c. Limpiolux S.A. y otro, DT 2005(enero), 69 AR/JUR/3597/2004).

En ese marco, la conducta resulta justificada teniendo en cuenta las declaraciones testimoniales de Aldo Marcelo Rosas y Ana María Iten, quienes se refieren a la pérdida del contrato con El Portal, donde prestaba servicios la actora, que por un espacio de siete meses se le pagó el sueldo sin contraprestación, luego prestó servicios en Grúas San Blas con un horario de cuatro horas pero percibiendo por ocho hasta que se consiguió el contrato con la empresa Contreras Hnos. S.A. (fs. 289/290vta. y 292 y vta.). Si bien ambos testigos son empleados de la demandada no hay otra prueba que desvirtúe el contenido de sus declaraciones. Frente a esa situación no resulta suficiente, para justificar el despido indirecto en que se coloca la actora, el mayor tiempo necesario para arribar a su lugar de trabajo, como tampoco el horario dispuesto por cuanto antes venía cumpliendo una jornada reducida pero percibiendo el salario completo (cfr. fs. 289vta.)

A partir de ello considero que la queja del recurrente no resulta suficiente para desvirtuar los fundamentos desarrollados por la A-quo (art. 265 del C.P.C. y C.) por lo que corresponde desestimar la apelación.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo desestimar la apelación de la actora deducida a fs. 330/332vta. y confirmar la sentencia de fs. 321/326vta. en lo que fue materia de recurso y agravios. Sin costas en esta etapa debido a la falta de contradicción (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 25% 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 ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar la apelación de la actora deducida a fs. 330/332vta. y confirmar la sentencia de fs. 321/326vta. en lo que fue materia de recurso y agravios.

2. Sin costas en esta etapa debido a la falta de contradicción (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 25% de los anteriores.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"CORBOULD ANGEL ABEL C/ RS TRAILERS S.R.L S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 449826/2011) – Sentencia: 57/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

RENUMERACION. RETENCIONES INDEBIDAS. INTIMACION PREVIA. LIMITACION TEMPORAL. CUANTIFICACION DE LA SANCION CONMINATORIA. DEFICIENTE REGISTRACION. MULTA.

1.- Es procedente la multa prevista en el art. 132 bis LCT –retenciones indebidas-, por cuanto el requisito de intimar previamente a la AFIP no resulta de la norma ni del decreto reglamentario. Entonces teniendo en cuenta que el salario determinado en la sentencia de $ 3.152,34 –el actor desistió de la pericial contable- y el período que va desde el cumplimiento del plazo de la intimación hasta el 17/06/2014, la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT alcanza el importe de $ 182.835,72 ($ 3.152,34 x 58 meses).

2.- (…) corresponde la multa del art. 1 ley 25323 por cuanto en la sentencia condenó a la empleadora por deficiente registración y no se condenó por las multa prevista en la ley 24013, por lo cual, procede esta multa por la suma de $ 37.565,33.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CORBOULD ANGEL ABEL C/ RS TRAILERS S.R.L S/ COBRO DE HABERES" (JNQLA3 EXP Nº 449826/2011) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 241/245vta. se dicta sentencia por la cual se hace lugar a la demanda por la suma de $ 79.945,24 con más intereses y costas.

A fs. 247/250vta. apela y expresa agravios el actor.

En primer lugar, se queja porque no se hizo lugar a la multa del art. 43 ley 25345, art. 132 bis LCT. Dice, que desconocía el requisito de notificar a la AFIP por el cual el A-quo la desestimó. Sostiene que no hay requisito jurisprudencial para ello y que la norma nada dice al respecto y tampoco lo establece el decreto reglamentario. Expresa, que se debe intimar al demandado, lo cual cumplió y no a la AFIP.

Luego, se agravia por el rechazo de la multa del art. 1 ley 25323. Dice, que se desestimó por un error material al sostener que esa parte fundó la pretensión en la ley 24013, pero la recurrente no la mencionó ni fundó su pretensión en esa disposición.

En el punto siguiente se queja porque no se hizo lugar a la multa del art. 80 LCT debido a que se consideró que la demandada puso a disposición los certificados. Dice, que los certificados mencionadas por el A-quo no se encuentran en el expediente y no sirven a los fines provisionales. En subsidio, solicita que se acompañen los certificados con los datos reales bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

La contraria no contestó el traslado del memorial.

II. 1. El actor se queja por la desestimación de la multa prevista en el art. 132 bis LCT, debido a que el A-quo sostuvo que correspondía notificar a la AFIP. Al respecto, le asiste razón al recurrente por cuanto ese requisito no resulta de la norma ni del decreto reglamentario.

Entonces, considerando que el empleador reconoció la intimación y que llega firme a esta instancia lo sostenido en la sentencia respecto a que “queda demostrado que no se realizaron pagos correspondientes a los meses de Enero, Febrero, Marzo, Abril, Mayo y Junio del año 2007”, (fs. 243). Además, considerando que el recurrente no efectúa liquidación y que desistió de la pericial contable, resulta aplicable la jurisprudencia que sostuvo: “En primer lugar, considero menester señalar que tal como lo sostuve en la causa “LAGOS”, (Expte. Nº 333604/6, Sala II, 24/04/08, que;” “…tal como lo señala Grisolía, al decir que “Del texto del art. 132 bis [L NAC LO 20744_1976 132.bis], LCT (art. 43 ley 25345) surge que la intención del legislador no es sancionar al empleador por no haber efectuado los aportes a los distintos organismos de la seguridad social o las respectivas cuotas sociales sino sancionar su inconducta por haber retenido los aportes a su empleado y no haberlos ingresado a los organismos de referencia”. Sala 7ª, 29/11/2002, "Napoli, Héctor Adrián v. Nabil Travel Service SRL". (Grisolía, contrato de Trabajo. Deber de ingresar aportes y contribuciones. Art. 132 Bis Lexis N° 5609/005577), (la negrita y subrayado me pertenecen).”

“Trasladando tales conceptos al caso de autos, de los informes mencionados por la actora, AFIP a fs. 239/243 y 312/319, surgen depósitos correspondientes a los meses de julio/05 a diciembre /05, y enero/06 a marzo/06, los que se condicen con las sumas retenidas, conforme los respectivos recibos de haberes obrantes a fs. 85/93.”

“Respecto de los haberes correspondientes a los meses de mayo/04 a diciembre /04 y de enero/05 a junio/05, no existen pagos ingresados a la AFIP, pero tampoco recibos de haberes (atento la discusión entre las partes acerca de la adecuada registración laboral), por lo que no pudo existir “retención indebida” de los mismos. Ello es coincidente, con informe de la AFIP obrante a fs. 243, surge que Auer se registró con el alta de aportes de la seguridad social (empleador) recién desde el periodo 07/2005 a periodo 04/2007.”

“Sin embargo, sí considero acreditado el hecho punible en la normativa del art. 132 LCT, respecto de los aportes de obra social.”

“Efectivamente, conforme recibos obrantes a fs. 85/93, desde julio/05 a diciembre/05 y de enero /2006 a marzo/2006, surgen descuentos en cada mes en concepto de obra social (3%), FAECYS (0, 5%) Y C.E.C (2%) y de las constancias de fs. 391/392, sólo fue ingresado en Osecac los importes de dos meses (julio y agosto/05), configurándose la retención indebida que sanciona el art. 132 bis de la LCT.”

“Por lo tanto, habiendo sido intimado Auer por la trabajadora para que en el término de 30 días regularice la situación provisional, ingresando al sistema los aportes retenidos y no habiendo demostrado Auer haber ingresado la totalidad de esos aportes al organismo de referencia, considero que corresponde hacer lugar a la sanción dispuesta por el art. 132 bis de la LCT.”

“A los fines de fijar el importe pecuniario de la multa, considero que tal como lo sostuve en la mencionada causa “Lagos”;

“…corresponde acotar el límite temporal para calcular la sanción pecuniaria, ya que el art. 132 bis de la LCT, lo establece desde el momento de operarse la extinción del contrato de trabajo (01/04/05), extendiéndolo hasta que el empleador acreditare de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos”.

“Tal límite temporal estaría dado por la fecha de la sentencia definitiva dictada (esto es hasta el 26/07/07), por cuanto de aceptarse sin más que lo sea hasta el “efectivo ingreso de los fondos”, importaría dictar una condena de futuro, cuando ello es procedente sólo en los casos donde existe un plazo convencionalmente pactado, cuestión totalmente ajena, a la que aquí se ventila.

Ello sin perjuicio del derecho que le asiste al trabajador de reclamar eventualmente y en otro juicio futuro la ampliación de la mencionada sanción hasta que el demandado acredite de modo fehaciente haber hecho efectivo el ingreso de los fondos retenidos, tal cual, lo establece la norma señalada”.

“En tal sentido, comparto lo decidido por la CNac. Trab. Sala 2da., donde se dijo “… como sostuvo mi distinguido colega Miguel A. Pirolo al votar en primer término en la causa “Jiménez Galeano, José A. v. Buenos aires Wash S.R.L. y otros” (sent. 94.273/2006 del 12/6/2006), en nuestro ordenamiento procesal no es admisible la "condena de futuro" en supuestos como el analizado. En efecto, la condena debe limitarse a los períodos expresamente reclamados porque la competencia del tribunal está limitada a juzgar conflictos de derecho derivados de hechos acaecidos hasta el presente (conf. art. 163, inc. 6, CPCCN.); y no de los que han de acontecer en el futuro (arg. art. 20, LO.). La denominada condena de futuro -que tiene ciertos puntos en común con el contenido preventivo de las sentencias meramente declarativas- sólo procede en los casos en que se encuentra pendiente un plazo convencionalmente pactado (ver, Fenochietto y Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado", t. III, p. 329, en especial las citas contenidas en nota 2). Se trata de un instituto previsto para cierto tipo de pretensiones (como, por ej., la restitución de un bien locado: ver art. 688 CPCCN.), que no resulta aplicable a situaciones como la de estos autos. Como señala Colombo -citando a Franchi-, si anticipadamente no es posible establecer con exactitud el contenido de la ejecución, no hay posibilidad de condena de futuro; y, dado que en nuestra legislación procesal no existe una disposición legal expresa que la prevea independientemente del desalojo, no cabe duda que la institución no puede extenderse con carácter general a otras situaciones no contempladas (conf. Colombo, Carlos, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación anotado", t. IV, p. 606 y 607)” (Sfara , patricia A. v. Cofreen S.R.L., 04/10/07, Lexis nexos RDLSS 2008-1-50)”.

“Aplicando tales parámetros al caso que nos ocupa, corresponde fijar como fecha límite la de llamado de autos para sentencia, atento el tiempo transcurrido hasta su dictado. Así, el período que se liquidará la multa es desde el 31/03/06 al 31/10/2013”, (del voto del Dr. Federico Gigena Basombrío en autos “ROMERO LORENA PAOLA CONTRA AUER MIGUEL ANGEL Y OTRO SOBRE COBRO DE HABERES”, Expte. Nº 386030/2009).

Trasladando dichos conceptos al presente, teniendo en cuenta que el actor en la demanda supeditó su reclamo al monto que surja de la pericia contable, la cual posteriormente desistió, y que en ningún momento efectúa una determinación del período o del monto, resulta aplicable la solución jurisprudencial anterior.

Entonces teniendo en cuenta que el salario determinado en la sentencia de $ 3.152,34 y el período que va desde el cumplimiento del plazo de la intimación hasta el 17/06/2014, la sanción conminatoria del art. 132 bis LCT alcanza el importe de $ 182.835,72 ($ 3.152,34 x 58 meses).

2. Asimismo, corresponde la multa del art. 1 ley 25323 por cuanto en la sentencia condenó a la empleadora por deficiente registración y no se condenó por las multa prevista en la ley 24013, por lo cual, procede esta multa por la suma de $ 37.565,33.

3. En relación con el cuarto agravio referido al rechazo la multa del art. 80 LCT se funda la queja en que los certificados mencionadas por el A-quo no se encuentran en el expediente y no sirven a los fines provisionales. En subsidio, solicita que se acompañen los certificados con los datos reales bajo apercibimiento de aplicar astreintes.

Al respecto, en la prueba documental acompañada por la empleadora y agregada a la causa se encuentran los certificados, contrariamente a lo sostenido por la recurrente.

Luego, el A-quo sostuvo que la multa no procede porque “[…] conforme surge de la documental acompañada por las codemandadas, la empleadora puso a disposición del dependiente, en tiempo y forma, las certificaciones reclamadas por lo cual deviene insostenible la aplicación de multa por su falta de entrega”, (fs. 244).

Al respecto, la queja resulta improcedente por cuanto esta Alzada ha sostenido que: “[…] la eventual controversia sobre el carácter de los datos contenidos en dichas constancias no puede equipararse a su falta de entrega, que es la conducta que la multa bajo análisis pretende evitar.”

“Así, siguiendo el mismo criterio de la Sala II de esta Alzada, hemos dicho:

“...como en la intimación sólo se requirió la modificación de los certificados con la inclusión de las sumas no remunerativas y no la rectificación del tiempo de la relación, es que resulta aplicable lo sostenido por la Dra. Patricia Clerici respecto a que “[…] dicha multa tiene por finalidad compeler al empleador al cumplimiento de las obligaciones legales en orden a la debida registración laboral (con especial incidencia en el ámbito de la seguridad social), por lo que esta penalidad resulta operativa en tanto nos encontremos ante una total falta de registración o ante una deficiente registración, derivada de una conducta maliciosa del empleador, que deliberadamente omite registrar el contrato de trabajo conforme con la realidad de la relación. Más, en supuestos dudosos como el de autos, donde la defectuosa registración deriva, no ya del ocultamiento de la realidad del contrato, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no entiendo razonable la aplicación de esta multa, puesto que las certificaciones fueron entregadas de acuerdo con las constancias obrantes en los recibos de haberes del trabajador, por lo que no se cumple con la finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada” (Sala II, in re “MARTINEZ OMAR CONTRA PERFIL S.R.L. S/COBRO DE HABERES”, Expte. Nº

413499/10. Ver esta Sala en: "ROMERO DARIO ANDRES CONTRA TRANSPORTE GABINO C. CORREA SRL S/COBRO DE HABERES", EXP Nº 413497/10).

"En igual sentido, esta Sala, con otra integración, sostuvo: "Otro de los reclamos es la procedencia de la multa del Art. 80 de la Ley de Contrato de Trabajo y la entrega de los certificados de trabajo. Entiendo que la demandada acompañó los certificados a fs. 175/178, confeccionados en forma errónea pero de acuerdo a sus registros laborales, por lo que no corresponde hacer lugar a la indemnización pretendida, sino ordenar a aquélla que realice los certificados de remuneraciones y servicios conforme el presente fallo, al igual que el certificado de trabajo…", (Sala I, 15/3/11, autos "RODRIGUEZ DAISY AZUCENA CONTRA HSBC NEW YORK LIFE SEG. RETIRO ARG SA Y OTRO S/DESPIDO", EXP Nº 339245/6, citado en "BARROS C/CHAPARRO S/COBRO DE HABERES" EXP Nº 347817/7"), ("AMOROSO LUIS ALBERTO C/INTEGRIDAD SALUD S.A. S/COBRO DE HABERES", EXP Nº 452780/2011; "PINCHEIRA SEPULVEDA LORENA P. C/ICAT INST. CAPACIT. Y TRABAJO S/DESPIDO X OTRAS CAUSALES", EXP Nº 460788/2011).

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a la apelación del actor deducida a fs. 247/250vta. –en punto a la procedencia de las multas establecidas en los artículos 132 bis LCT y 1 ley 25323 por las suma de $ 182.835,72 y $ 37.565,33 respectivamente. En consecuencia, corresponde modificar la sentencia de fs. 241/245vta. respecto al monto de condena que asciende a un total de $ 300.346,29, conforme lo expuesto en los considerandos, con más los intereses determinados en la sentencia de grado. Imponer las costas de la Alzada a la demandada vencida (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa 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 ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1. Hacer lugar parcialmente a la apelación del actor deducida a fs. 247/250vta. –en punto a la procedencia de las multas establecidas en los artículos 132 bis LCT y 1 ley 25323 y, en consecuencia, modificar la sentencia de fs. 241/245vta. respecto al monto de condena que asciende a un total de $ 300.346,29, conforme lo expuesto en los considerandos, con más los intereses determinados en la sentencia de grado.

2. Imponer las costas de la Alzada a la demandada vencida (arts. 17 de la ley 921 y 68 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de esta etapa en un 30% de los anteriores.

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente, y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 2017/2017) – Interlocutoria: 57/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA. RETENCIONES IMPOSITIVAS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Cabe revocar la sentencia de grado que hace lugar a la medida cautelar innovativa solicitada y, en consecuencia, ordena que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén se abstenga de efectuar cualquier tipo de retención identificada como "RETENCION EN CONCEPTO DE

IMPUESTO A LAS GANANCIAS", hasta tanto recaiga sentencia definitiva, pues no se encuentran reunidos los extremos para la procedencia de la medida. en atención al tiempo transcurrido entre el inicio del descuento y la interposición del amparo, no habiéndose acreditado ni alegado en forma concreta, de qué modo el descuento operado en los ingresos afecta a la amparista en su subsistencia; máxime que en atención al carácter excepcional de la tutela cautelar de corte anticipatorio: la cuestión está ceñida a la percepción de las sumas que se dicen ilegítimamente detraídas, lo cual no puede ser catalogado en términos de "irreparabilidad posterior", concepto que debe ser interpretado con igual tinte restrictivo.

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "NOVAU MARIA CRISTINA C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR" (JNQLA6 INC Nº 2017/2017) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Vienen estos autos a consideración de la Sala para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la resolución obrante en copia en la hoja 30 y vta., por la cual el Sr. Juez de Primera

Instancia hace lugar a la medida cautelar solicitada y, en consecuencia, ordena que el Instituto de Seguridad Social del Neuquén se abstenga de efectuar cualquier tipo de retención identificada como "RETENCION EN CONCEPTO DE IMPUESTO A LAS GANANCIAS", hasta tanto recaiga sentencia definitiva.

El demandado sostiene que el ISSN opera como agente de retención respecto del impuesto y que las retenciones se efectúan en cumplimiento de la normativa nacional.

Sostiene que no se tiene en cuenta que las sumas que se ordena "liberar" a favor del accionante no son propiedad del ISSN, ni dispone de ellos libremente.

De modo que al hacerse lugar a la medida cautelar, se afecta gravemente derechos de terceros, en este caso el Estado Nacional, en particular la AFIP.

Resalta que lo resuelto no se ajusta a lo prescripto por el ordenamiento jurídico vigente, afecta el derecho de defensa en juicio, violentándose la normativa procesal al hacerse lugar a una medida que claramente se confunde con el objeto del presente amparo, efectuándose un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo. Indica que los motivos por los cuales se hace lugar a la medida cautelar son escuetos e infundados, sin invocarse el supuesto peligro en la demora. Sostiene que tanto su parte como el Estado Nacional son personas jurídicas solventes y, por lo tanto, no existe posibilidad de que, en el hipotético caso de ser condenados, no puedan afrontar el pago.

Concluye en que no se reúnen los requisitos mínimos para hacer lugar a la medida: no se acreditó la verosimilitud del derecho, no existe peligro en la demora, la resolución resulta infundada, se afecta gravemente a un tercero ajeno al proceso y luce ausente el requisito de irreparabilidad del daño.

Por último, esgrime que resulta totalmente improcedente acoger una medida cautelar cuando la competencia resulta palmariamente del fuero federal.

Conforme surge de la hoja 139, se ordenó el traslado de la expresión de agravios, los que fueron contestados en la hoja 140/143.

2. En primer lugar y, en orden al agravio referido a la falta de fundamentación de la resolución en crisis, reitero la importancia que tiene la motivación de las resoluciones judiciales, ya sea que se trate de decisiones provisionales o definitivas: los jueces debemos explicitar con claridad cuales son las razones de derecho y de hecho, en virtud de las que hacemos lugar o rechazamos las pretensiones deducidas en juicio.

Insisto en que la motivación, la justificación de las resoluciones, se presenta como un fundamento que hace a la legitimidad de los jueces: las razones públicas, jurídicamente aceptables, son las que nos demuestran que las decisiones se encuentran dentro del marco jurídico, las hacen jurídicas y legitiman al Poder Judicial.

Pero, además, el exponer las razones coadyuva a la corrección de la decisión: los argumentos bien formulados posibilitan que el Juez realice un autocontrol que le permita probar la solidez de las soluciones y, a su vez, quienes integramos la Cámara de

Apelaciones, al revisar el pronunciamiento, tendremos mejores posibilidades de garantizar la protección jurídica de las partes, así como la protección general, si las resoluciones de los tribunales inferiores están correctamente justificadas.

Por todo esto, la justificación de las decisiones judiciales se presenta como una exigencia técnica y como un mecanismo esencial de control y fundamento que hace a la legitimidad de los jueces: Esta es, justamente, la trascendencia del mandato constitucional plasmado en el artículo 238 de la Carta Local.

3. En el caso traído a resolución y, justamente, por la naturaleza excepcional de la medida, pesaba sobre el solicitante 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, debiendo ser explicitados.

No escapan a mi entendimiento los atendibles reparos que pueden presentarse en punto al adelanto de opinión o a la tacha de prejuzgamiento: pero nótese que la falta de argumentos y de motivación no han hecho que la magistrada escape a esta crítica y siempre es preferible y esperable que las razones se expongan.

Por lo demás, no entiendo que exista prejuzgamiento o, en todo caso, es un dilema que sin solución aparente, debe inclinarse hacia la prevalencia de la justificación.

Nótese aquí que si la respuesta judicial es debida, debe ser dada y no puede ser tachada de prematura (lo que es el basamento del prejuzgamiento). Y provocada la obligación de la respuesta judicial, ante la concreta petición de tratamiento impostergable, sus términos no pueden ser utilizados para fundar esta causal (de prejuzgamiento).

Es que como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, no es posible que —so pretexto de incurrir en prejuzgamiento— un juez pueda denegar una medida cautelar. Así sostuvo:

"…9. Que, ante tales afirmaciones, la alzada no podía desentenderse del tratamiento concreto de las alegaciones formuladas so color de incurrir en prejuzgamiento, pues en ciertas ocasiones —como ocurre en la medida de no innovar y en la medida cautelar innovativa— existen fundamentos de hecho y de derecho que imponen al tribunal expedirse provisionalmente sobre la índole de la petición formulada, estudio que era particularmente necesario en el sub lite en razón de que el recurrente pretendía reparar —mediante esa vía— un agravio causado a la integridad física y psíquica tutelada por el artículo 5, inciso 1°, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

"10. Que ello resulta así pues es de la esencia de esos institutos procesales de orden excepcional enfocar sus proyecciones —en tanto dure el litigio— sobre el fondo mismo de la controversia, ya sea para impedir un acto o para llevarlo a cabo, porque dichas medidas precautorias se encuentran enderezadas a evitar la producción de perjuicios que se podrían producir en caso de inactividad del magistrado y podrían tornarse de muy dificultosa o imposible reparación en la oportunidad del dictado de la sentencia definitiva.

"12. Que el mencionado anticipo de jurisdicción que incumbe a los tribunales en el examen de ese tipo de medidas cautelares, no importa una decisión definitiva sobre la pretensión concreta del demandante y lleva ínsita una evaluación del peligro de permanencia en la situación actual a fin de habilitar una resolución que concilie —según el grado de verosimilitud— los probados intereses de aquél y el derecho constitucional de defensa del demandado" (cfr. CSJN, "Camacho Acosta c. Grafi Graf SRL y otros").

Y es pertinente aquí traer a colación la observación que se efectúa en la Exposición de motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española, en tanto reconoce la posibilidad de que "…la decisión sobre las medidas cautelares, antes de la demanda o ya en el seno del proceso, genere algunos prejuicios o impresiones en favor o en contra de la posición de una parte, que puedan influir en la sentencia…" pero al mismo tiempo considera: "…todos los Jueces y Magistrados están en condiciones de superar impresiones provisionales para ir atendiendo imparcialmente a las sucesivas pretensiones de las partes y para atenerse, en definitiva, a los hechos probados y al Derecho que haya de aplicarse…" (citado por Meroi, Andrea, "IMPARCIALIDAD DEL JUEZ Y MEDIDAS CAUTELARES").

Sirva, entonces, esto de prevención frente a los reparos que la decisión que aquí se adoptará, pueda generar.

4. Ahora bien, la transcripción que efectuara de "Camacho Acosta", permite reafirmar que, si bien la anticipación de la tutela es posible, se encuentra reservada a supuestos excepcionales y graves, en los cuales la protección se presente como impostergable.

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 (apariencia 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).

5. En este orden y trayendo los conceptos anteriores al caso, entiendo que -dado el carácter restrictivo de la cautela anticipatoria y el máximo celo que debe guardarse en el análisis de procedencia por su carácter excepcional- la pretensión cautelar no puede prosperar.

En efecto: la actora funda su pedido en el daño causado a su patrimonio, al verse afectada la naturaleza alimentaria de sus haberes jubilatorios, los que se ven disminuidos ostensiblemente. Indica que, en concreto, la cautelar está vinculada a un daño por demás grave y que no obtendrá reparación por la sentencia que se dicte. Dice que la verosimilitud del derecho surge de los acuerdos del TSJ y el texto constitucional que nos rige.

5. 1. Ahora bien, sentado que no nos encontramos ante una medida cautelar clásica, sino en el contexto de una de corte anticipatorio o innovativa, no puede soslayarse que aquí se requiere un fuerte grado de verosimilitud, cercana a la certeza: no se está asegurando el resultado sino anticipando lo pretendido (decisión atributiva que satisface, en el plano material, a la tutela).

Por ello es que, en el contexto dado por las razones expuestas por el demandado al contestar el amparo y apelar la medida, se observa un cuadro en el que la certeza sobre la existencia del derecho y su vulneración con arbitrariedad o ilegalidad manifiestas, no se presenta suficiente para acordar la cautelar.

Además, como también lo señalara el Tribunal Superior local: "…lo que en rigor va a determinar la imposibilidad de acoger este pedido, es la ausencia de la debida acreditación del requisito de la "gravedad del daño", circunstancia que puede ser ya advertida del relato efectuado.

Y ello es así pues, tal como se ha sostenido en reiteradas oportunidades, en el contexto en el que se desenvuelve el conflicto (de sustancia fiscal), éste es un requisito de idéntica consideración al de la verosimilitud del derecho.

En efecto, sabido es que en este ámbito debe apreciarse una mayor rigidez en los recaudos que hacen a la admisión de la medida cautelar, habida cuenta de la presunción de validez que ostentan los actos de los poderes públicos (Fallos 316:1833; 319:1069; 328:3018, entre otros) y, en particular, si se trata del examen de medidas suspensivas en materia de reclamos y cobros fiscales (Fallos 313:1420), porque la percepción de las rentas públicas en el tiempo y modo dispuestos por las respectivas normas, es condición indispensable para el funcionamiento regular del Estado (Fallos 321:1010).

Bajo dichos postulados, los jueces tienen el deber de contribuir a la eliminación o, en todo caso, a la aminoración de los efectos dañosos que se derivan de la demora en el cumplimiento de las obligaciones fiscales (RI 5350/06).

Estas reglas sólo admiten excepción en aquellos casos en que la impugnación se asienta sobre bases "prima facie" verosímiles y la gravitación económica de la aplicación de las disposiciones impugnadas –ambos requisitos- pueda ser advertida en forma objetiva (RI 5897/07 y Fallos 314:1312)…." (cfr. R.I. 152/11, entre otras).

En orden a estas consideraciones, en atención al tiempo transcurrido entre el inicio del descuento y la interposición del amparo y no habiéndose acreditado ni alegado en forma concreta, de qué modo el descuento operado en los ingresos afecta a la amparista en su subsistencia, entiendo que en el caso no se encuentran reunidos los extremos para la procedencia de la medida.

E insisto en que son de ineludible presencia, en atención al carácter excepcional de la tutela cautelar de corte anticipatorio: la cuestión está ceñida a la percepción de las sumas que se dicen ilegítimamente detraídas, lo cual no puede ser catalogado en términos de "irreparabilidad posterior", concepto que debe ser interpretado con igual tinte restrictivo.

Por estas razones, considero que corresponde hacer lugar al recurso de apelación, dejando sin efecto el pronunciamiento de primera instancia y revocando la concesión de la cautelar acordada. En cuanto a las costas, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada, la forma en la que se resuelve y existiendo divergencia jurisprudencial en orden a la materia analizada, entiendo que la actora debe ser eximida de cargar con las mismas en ambas instancias, pese a su carácter de perdidosa (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.). 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 ello esta Sala I,

RESUELVE:

1.- Revocar la resolución de fs. 30 y vta. y, en consecuencia, dejar sin efecto la concesión de la medida cautelar acordada.

2.- Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a la naturaleza de la cuestión planteada, la forma en la que se resuelve y existiendo divergencia jurisprudencial en orden a la materia analizada (art. 68, segunda parte del C.P.C.C.).

3- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI
Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"NEUQUEN TEXTIL S.R.L. C/ ALCOCER JULIA DEL CARMEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 509608/2017) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 15/03/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

REQUISITOS DE PROCEDENCIA. IDONEIDAD DE LA VIA. RECHAZO DEL AMPARO.

1.- Corresponde confirmar la sentencia que declara la inadmisibilidad del amparo iniciado por los propietarios de una fabrica textil que no se encuentra en producción y está ocupada por ex trabajadoras que se niegan a percibir la liquidación final, pues no se advierte que en el caso se presente una situación de urgencia que determine la impostergabilidad de la tutela y la ineficacia de los restantes procesos destinados a la salvaguarda del derecho de propiedad, y si bien es claro que todas las personas merecen una tutela judicial eficaz y oportuna, la tutela diferenciada y urgente debe reservarse para situaciones que no admitan el tránsito por la instancia ordinaria por la irreparabilidad del perjuicio que implica la sola postergación de la resolución judicial definitiva.

2.- Las tutelas de excepción deben ser analizadas restrictivamente y desde allí, la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación.

Texto completo:

NEUQUEN, 15 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "NEUQUEN TEXTIL S.R.L. C/ ALCOCER JULIA DEL CARMEN Y OTROS S/ ACCION DE AMPARO" (JNQLA5 EXP Nº 509608/2017) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Neuquén Textil S.R.L. apela la resolución que declara inadmisible a la vía de amparo elegida.

En primer lugar, sostiene que la magistrada, al indicar que existe un conflicto colectivo que legitimaría la ocupación del inmueble, se aparta de la línea sentada por la CSJN en el caso KOT.

Indica que, en tanto es manifiesta la ilegitimidad de la ocupación de una fábrica, la vía sumarísima del amparo es procedente.

En segundo lugar, se queja de que no se haya pronunciado sobre la acción de incumplimiento, ni sobre la violación de las garantías convencionales peticionadas, guardando un silencio que, entiende, es contrario a la garantía de peticionar ante las autoridades.

En el contexto anterior y como primer agravio, indica que el dilema que la magistrada plantea con relación al derecho a trabajar es falso.

Dice que, en la especie, “no estamos en presencia de trabajadoras, sino ante algunas ex trabajadoras que se niegan a percibir la liquidación final y a desocupar un inmueble que mantienen ocupado frente a sus propietarios”.

Agrega que ocupar una fábrica, que no se encuentra en producción, no es un medio idóneo para conseguir trabajo. Aduce que la

sentenciante extiende la obligación del artículo 78 de la LCT, más allá de la existencia del contrato de trabajo, lo cual va contra la ley y el sentido común.

En este punto, alega que la jurisprudencia citada por la magistrada y, en base a la cual entiende que debe intervenir la Subsecretaría de Trabajo, no es aplicable al caso, en tanto no se declaró medida de acción directa alguna, los demandados no son empleados, no se encuentra participando el sindicato, ni se pretende obligarlos a que presten tareas.

El segundo agravio, se finca en la inexistencia de huelga y en la ilegitimidad de la toma del establecimiento (lo que, además –agrega- no puede entenderse como huelga).

Explica que no puede tampoco hablarse de interrupción de actividades, cuando no hay deber alguno de prestar tareas; dice que no se ha considerado la crisis general por la que atraviesa el sector textil y que ha determinado el cierre de la fábrica. Considera a esto fundamental, en tanto su parte quiere cancelar sus obligaciones de acuerdo a la Ley de Contrato de Trabajo y la Judicatura debe darle garantías para que lo haga.

En este punto, vuelve a invocar el pronunciamiento de la CSJN dictado en el caso “Kot”, se refiere a la violación de su doctrina y concluye en que ningún conflicto justifica una toma.

Aduce que se produce una vulneración al derecho al trabajo, en tanto se intenta obligar a los hermanos Huerta a que se ganen la vida mediante un trabajo que no escogen libremente.

Como tercer agravio, expone que, en el amparo, nos encontramos frente a un verdadero proceso constitucional, con características diferentes al proceso ordinario, en el que, la función principal del Tribunal se modifica.

Alega que el artículo 43 de la C.N. eliminó el requisito del previo agotamiento de la vía administrativa, por lo cual, entiende que la vía señalada por la sentencia no es idónea para satisfacer la pretensión esgrimida, ni para proteger los derechos constitucionales invocados.

Sostiene que la vía judicial es la única posible para obtener el amparo de su derecho. Agrega aquí, que la tutela judicial debe ser efectiva.

En cuarto lugar dice que no hay riesgos de resoluciones contradictorias en tanto las actuaciones administrativas han finalizado.

En quinto lugar, se queja de que la magistrada no se haya pronunciado sobre los derechos humanos invocados de titularidad de los hermanos Huerta, ni de las restantes personas físicas, mencionados en el punto V.2 de la demanda. Enuncia, luego, los derechos convencionalmente protegidos que no han tenido amparo jurisdiccional.

Por último, cuestiona que la magistrada no se haya pronunciado con relación a la acción de incumplimiento interpuesta en la demanda de amparo.

2. Así planteada la cuestión, es necesario delimitar el ámbito en el que la decisión de esta Cámara debe dictarse: Lo que es motivo de revisión es la declaración de inadmisión de la vía intentada, en tanto el recurrente dedujo su pretensión por el carril de la acción de amparo, contemplada en el artículo 43 de la C.N.

Recordemos aquí, que la norma constitucional nacional prevé dos formas de amparo: contra actos del Estado y contra actos de particulares.

En este caso, nos situamos ante la segunda de las modalidades, la que ya había tenido recepción legislativa en el ámbito local, a partir de las previsiones contenidas en el capítulo referido a los procesos sumarísimos, específicamente, en las disposiciones del artículo 321 inc. 1) y ccs. del C.P.C.C.

Aclaro esto, porque podríamos preguntarnos si, frente al “amparo contra actos de particulares” se impone el análisis liminar sobre la admisibilidad de la vía, interrogante al que debo responder en forma afirmativa.

Es que, como indica Adolfo A. Rivas, “El amparo, como consecuencia de su excepcionalidad, impone al juez la realización de una actividad liminar destinada a desestimar la respectiva pretensión, sin darle curso. Así lo establece la ley 16.986, en su art. 3º al decir que "Si la acción fuese manifiestamente inadmisible, el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones".

Por su parte, el art. 321 parte final, del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, dice que "Si de conformidad con las pretensiones deducidas por el actor, no procediese el trámite del juicio sumarísimo, el juez resolverá cuál es la clase de proceso que corresponde".

En uno y otro caso, el magistrado debe realizar un juicio de admisibilidad, que no se exteriorizará, salvo que tenga sentido negativo, es decir que se incline por desestimar la demanda sin sustanciarla, o sostenga -en el amparo contra actos de particulares- que no corresponde la vía elegida. Esta actividad inicial, está sujeta al requisito de que la inadmisibilidad, sea palmaria, visible, manifiesta; en la duda, corresponderá dar curso a la demanda y sustanciarla… En el amparo del art. 321 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación, resultan aplicables en líneas generales los mismos supuestos de declaración de

inadmisibilidad (Palacio, Lino Enrique, obra y lugar citado en el punto 4)… Entonces, y siendo el amparo una respuesta jurisdiccional especialísima, con presupuestos propios y exclusivos algunos de ellos, no puede concebirse que el juez, pueda remitir a otras vías procesales que por sus características, no son amparo. De ahí, que el art. 321 parte final, tiene el alcance de permitirle descartar la vía sumarísima por no haber amparo, tornando así inadmisible la pretensión destinada a obtenerlo, sin perjuicio de señalar, si ello es posible conforme el contenido y sentido de la demanda, el tipo de proceso -no ya de amparo- al que se debe recurrir.

Si el amparo contra actos de particulares, impone la presencia de un acto u omisión de ilegalidad o arbitrariedad manifiesta, y éste presupone la liquidez del derecho afectado es claro que aunque la ley no lo exprese, se hace necesario un pronunciamiento que determine la inadmisibilidad de la pretensión de amparo, si resulta manifiesta liminarmente, la falta de tales presupuestos…"

"…La declaración de inadmisibilidad aquí considerada, no produce cosa juzgada acerca de la pretensión, si hace a los supuestos considerados por los incs. a), b), c), e) y d) "in fine" del art. 2º de la ley 16.986 y en su proyección sobre el sumarísimo; simplemente, determinará la inaplicabilidad de la vía de amparo…" (cfr. Rivas, Adolfo A., "Contribución al estudio del amparo en el derecho nacional", LA LEY 1984-B, 931, Derecho Constitucional, Doctrinas esenciales Tomo IV, 301).

Es que aún, cuando entendiésemos que los presupuestos condicionantes, previstos en la ley especial de amparo no son lisa y llanamente trasladables al amparo contra actos de particulares, corresponde la aplicación de algunos de los parámetros allí previstos por analogía, en tanto no puede desconocerse la misma esencia e ideología fundante, en ambos supuestos.

3. Situados, entonces, en el ámbito de admisión formal de la vía del amparo, y reiterando, circunscripto el análisis a este aspecto, cabe preguntarse si la decisión de la magistrada es acertada y por lo tanto, debe confirmase.

Adelanto aquí que no comparto el concreto argumento dado en punto a que la cuestión debe ser dirimida en el ámbito administrativo; sin embargo, hallo que la solución, más allá del contexto argumentativo, es acertada, en tanto las pretensiones aquí deducidas (en lo principal: orden de desocupación del inmueble y acción de suspensión por incumplimiento contractual) no son propias de tramitar por la excepcional vía de tutela judicial que representa el amparo constitucional.

3.1. En efecto, es innegable que todo derecho consagrado en la Constitución o en la ley –en sentido lato- goza de una garantía de protección judicial. Y esta garantía, esta vía formal de efectivización, se concreta en el proceso.

Desde esta perspectiva y "…si se conviene en que la intervención del Poder Judicial, siempre tiene por fin, proteger un derecho, es claro que todo proceso, todo recurso, toda actividad jurisdiccional, constituye una modalidad de amparo, desde que lleva en sí, la posibilidad de generar un pronunciamiento "protector". En su significación común, amparar es proteger, favorecer, auxiliar; "valimiento, protección, favor. Defensa y defensor" (Cabanellas, "Diccionario de derecho usual", tomo I, p. 173, Edición Santillana, Buenos Aires).

Empero, es claro que el proceso común (ordinario, plenario rápido) no da la misma idea de "protección" que la significada por un amparo, considerado como medio específico. De esa manera, debe reservarse la denominación "amparo", para identificar la respuesta jurisdiccional correspondiente a un tipo preciso de conflicto, en el que se dan [determinadas] particularidades…" (cfr. Rivas, publicación ya citada).

Es que, conforme lo hemos señalado en anteriores oportunidades (y es trasladable, conforme lo he indicado en el inicio al examen de admisibilidad del amparo contra actos de particulares), el amparo constitucional, el "amparo-proceso" es una vía supletoria y de utilización excepcional. Así hemos dicho:

"…no cualquier reclamo es susceptible de ser canalizado por la vía del amparo: tal como está perfilado constitucionalmente no deja de ser un remedio excepcional, reservado para circunstancias graves.

Y esta concepción encuentra sustento, no sólo en la formulación local, sino también en la Nacional:

"…Si revisamos cuidadosamente lo actuado y manifestado por los señores constituyentes reunidos en Santa Fe, advertiremos que fueron conscientes –porque la experiencia judicial argentina ya lo indicaba- que en aras de proteger derechos fundamentales, podían producirse abusos por parte de los operadores jurídicos, abusos que debían prevenirse.

Justamente como evitación de los mismos, es que discutieron sobre los alcances de expresiones como "medio judicial más idóneo" o "arbitrariedad o ilegalidad manifiesta"…"

"…Desde Siri y Kot nuestros jueces siempre consideraron a la figura como excepcional. Lo que se ha querido significar es que el amparo no es la vía común o primaria de tutela de los derechos, ni siquiera tratándose de derechos expresamente reconocidos en la Primera Parte de la Constitución Argentina.

No puede suponerse razonablemente de que, por el simple hecho de que la acción de amparo carezca de plazo de caducidad, exista el peligro de que se convierta en una vía corriente o cauce ordinario al cual pueda recurrir el justiciable con la sola invocación de lesión a derechos o garantías constitucionales…"

"…En suma, la disposición constitucional que nos ocupa fue motivo de 68 iniciativas de diversos diseños normativos, discutida largamente en Comisiones y en el Pleno, para finalmente ser avalada por el 99,53 % de las voluntades políticas que se dieron cita en la ciudad de Santa Fe. Dicha mayoría apabullante estuvo por la excepcionalidad de la vía.

El fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador. Entonces si bien quisieron los convencionales que la acción de amparo esté desembarazada, también establecieron su naturaleza supletoria, es decir, accesible sólo cuando los remedios ordinarios no fueren eficaces…" (cfr. Márquez Lamená, Sebastián "La acción de amparo no debe caducar (y no por ello se convertiría en una vía ordinaria)", Publicado en: DJ 30/05/2012, 1).

Y, bajo estos lineamientos, la cuestión aquí planteada, encuadra en el impedimento previsto en el artículo 3, ap. 3.1. Explicaré porqué.

VI. Tal como surge de las transcripciones efectuadas precedentemente, es claro que el amparo –más allá de las preferencias personales- no puede ser visto como una vía ordinaria.

Cuando la protección es susceptible de ser obtenida a través de otro procedimiento jurisdiccional que, frente a las particularidades del caso, se presente como "el más idóneo", el amparo no será admisible.

Aplicando los conceptos desarrollados más arriba, contrariamente a lo que acontece con el ap. 3.6., ni el artículo 43 de la C.N. y –conforme lo expuesto, menos aún- el artículo 59 de la Constitución Provincial, pueden entenderse como derogatorios del ap. 3.1.: En modo alguno hacen que la acción de amparo deje de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado. Vía judicial "más idónea", en los términos del art. 43 CN, es la adecuada a la naturaleza de la cuestión planteada conforme al régimen procesal vigente, con lo cual, el amparo queda reservado a los supuestos en que existen arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

Y, en este aspecto, es central dejar sentado que el amparo no puede ser objeto de un uso indiscriminado y como sucedáneo o alternativo de las acciones ordinarias. Ello en función de cuatro razones centrales y determinantes:

1) En primer lugar, porque… no se puede suponer que alguien confunda un derecho adquirido a través de un acto o ley administrativa, con los sustanciales, fundamentales y humanos, consagrados en la constitución". "El conculcamiento de las libertades humanas no se puede identificar con el desconocimiento de derechos administrativos". "Todos los actos administrativos son expresiones lejanas o directas de la Constitución y de todos los preceptos sobre los derechos humanos, pero no toda ilegitimidad o ilegalidad de los mismos significa conculcamiento de las libertades humanas". (Véase Fiorini, Bartolomé, Acción de Amparo, Graves limitaciones e incongruencias que la desnaturalizan, en LL 124-1361, citado por Morello-Vallefín, op. cit. pág. 298).

El amparo no constituye el sucedáneo versátil de la acción procesal administrativa, sino el remedio singular para las situaciones extremas, en las que por carencia de otras vías legales, se encuentra en peligro la salvaguarda de los derechos fundamentales (ibidem, pág. 317, nota 43).

2) En segundo y relacionado lugar, quien acude a esta vía debe invocar con argumentos serios, la excluyente aptitud del amparo, y para ello, no es suficiente acudir al mero recurso de la celeridad.

El tiempo que insume la tramitación de los procesos ordinarios no es motivo suficiente para recurrir a la vía de amparo; como ha quedado sentado con la transcripción del informe del convencional Prieto, el amparo no ha sido concebido por nuestros Constituyentes provinciales con el propósito de liberar a las partes de las demoras, molestias e inconvenientes propios del ejercicio de toda acción ordinaria.

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que "la existencia de remedios procesales ordinarios y adecuados para la tutela del derecho del recurrente, excluye la procedencia de la acción de amparo" (Fallos: 322:2247), siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos: 252:154; 308:1222).

Y, así como la alusión a la existencia de otras vías judiciales idóneas no debe constituirse en un mero cliché, del mismo modo, la inexistencia de otra vía idónea o la inutilidad de los remedios, tampoco deben serlo.

En este sentido, el actor cuenta con la posibilidad de solicitar –con antelación al inicio de la acción procesal administrativa- medidas cautelares de corte anticipatorio con resultado similar al buscado en esta causa…"

"3) En tercer lugar, porque el contenido específico del amparo es poner fin al ataque de las libertades públicas reconocidas por la Constitución: "Otro tipo de reclamo, como el que verse sobre indemnizaciones, sanciones disciplinarias, pecuniarias o penales a los funcionarios públicos involucrados, no resulta acumulable a la acción de amparo y tendrá que sustanciarse en un distinto continente. El amparo tiende -y es bueno reparar en ello para que no se desvirtúe- a restituir la situación jurídica restringida o a que

cese inmediatamente la lesión constitucional. Y nada más" (cfr. Morello – Vallefín, op. cit. pág. 141).

En esta misma línea, la CSJN ha señalado que "es criterio muchas veces reiterado el de que la "angustia económica" que pudiera derivar "de la privación del derecho controvertido mientras dure el juicio pertinente, no es sino la situación común en que se ve colocada toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de los derechos que afirma poseer contra otro particular o contra el Estado" (Fallos: t. 249, p. 457, consid. 5°). Y ello no obsta la circunstancia de que tales derechos nazcan de la ley --lo que no les otorga preferencia alguna sobre los que tienen por causa el contrato-- ni la de que versen sobre sumas afectadas al pago de deudas presupuestarias… Que una de las reglas jurisprudenciales recientes de mayor relevancia es la que se definió en el caso "Saguir y Dib" (Fallos: t. 302, p. 1284). Se dijo allí que los jueces, al tiempo de dictar sus sentencias, deben ponderar las consecuencias posibles de sus decisiones y --mientras la ley lo consienta-- han de prescindir de aquellas que verosímilmente sean "notoriamente disvaliosas" (consids. 6° "in fine" y 12). A este respecto, todo indica que si se admitiese que la demora en el pago de una deuda implica arbitrariedad que viola garantías constitucionales y faculta a los jueces a conceder discrecionalmente el empleo del amparo o del proceso sumarísimo, se habría operado un visible cambio de naturaleza en estas dos vías ultrasumarias. El amparo, cuya institución hace más de treinta años fue celebrada como una fundamental conquista del sistema jurídico-político de la Argentina, esto es, como el establecimiento de un esencial resguardo de las libertades de la persona humana, se habría convertido, respecto de la mayoría de los casos concretos, en una técnica para el cobro acelerado de sumas de dinero, con sensible reducción del debate y de la prueba, que funcionaría, por lo común, en desmedro del Estado. Y ésta sería, sin duda, una "consecuencia disvaliosa" (cfr. CSJN, Fallos Corte: 313:532).

4) Pero además, hay otra consecuencia más trascendente en términos de disvalor:

La "ordinarización" de la tutela diferenciada, la saturación de esta vía, no sólo priva de efectividad a la respuesta para los casos que realmente requieren canalizarse por esta acción, al entrar en competencia con ellos, sino que provoca otra desigualdad en el sistema de tutelas: La sola circunstancia de acudir al molde del amparo, determina un privilegio en la atención de la causa, lo que repercutirá en que otros casos, que han seguido los canales ordinarios de tramitación (igual o, aún más graves que el aquí planteado) sean postergados en su tratamiento.

Es que como indicó Tarzia, "la proliferación de las tutelas especiales, cualesquiera fueren sus circunstanciales justificaciones, constituye un factor concurrente de crisis de los valores sujetos a la tutela común ordinaria, como privilegiadas supone la necesaria "deformación" y consiguiente deflación y debilitamiento del sistema genérico de garantías." (citado por BERIZONCE, Roberto O. "Un "nuevo" tipo procesal sumario. Hacia la reconstrucción del proceso de cognición y su articulación con las tutelas de urgencia" LA LEY 12/04/2011 pág. 1).

Y, en este punto, como indica Taruffo tampoco "debe olvidarse que la Justicia ordinaria es «de todos», y que todos tienen derecho a ver tutelados sus derechos…". La realización de este valor fundamental requiere que nadie sea privado de su derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva. Y, esto implica una inversión neta de tendencia respecto a la multiplicación de los procesos especiales.

Por eso, dividir el universo de los que disfrutan de la justicia civil entre privilegiados, que gozan de instrumentos procesales construidos en cada caso a la medida de sus intereses particulares, y otros "constreñidos a servirse de un proceso ordinario, es una operación que contrasta con los valores de corrección y de igualdad de tratamiento, los que constituyen la base más sólida de todo el ordenamiento jurídico moderno y que valen, sin duda alguna, también en el campo de la administración de justicia" (cfr. Taruffo, Michele "Aspectos de crisis de la Justicia Civil. Fragmentación y privatización", AFDUAM 3, p. 61-75).

Por ello, las tutelas de excepción deben, desde este prisma, ser analizadas restrictivamente…" (cfr. "Ulloa", entre tantas otras, de esta Sala I).

3.2. En este mismo contexto debo señalar que, la aparente sencillez del requisito de que se trate de una vulneración a un derecho constitucional, se complica "…a poco que se advierta que prácticamente, no hay derecho que no tenga su origen explícito o implícito en nuestra ley fundamental. Siendo así, si tomáramos aisladamente este presupuesto, el ámbito de amparo podría extenderse hasta trastrocar totalmente el orden procesal.

Ello se ve en especial, con referencia al derecho de propiedad, vinculado con toda cuestión patrimonial y en la que, en definitiva, estará en juego el ejercicio de la libertad de usar y disponer del dominio.

Corresponde tener en cuenta que si el amparo se diera solamente frente a actos del poder público, mucho más fácil sería determinar sus límites de aplicación, pues es clásico el obrar estatal, en abuso de autoridad, afectando de manera palmaria y directa, por ejemplo, a la libertad de expresión o de cultos, clausurando diarios o templos, impidiendo la circulación de publicaciones o la reunión de fieles o la exteriorización de sus ritos. En cambio, los modos de actuación ilegítima de los particulares, hasta pueden revestir características inéditas e ir desde las vías de hecho, a las modalidades contractuales, pasando

por ocultos y sutiles procedimientos. Nadie podrá negar, por ejemplo, que la ocupación injustificada del arrendatario, luego de vencido el arriendo, o la retención de la prenda con desplazamiento, luego de solventada la deuda, afectan grave y directamente el derecho de usar y disponer de la propiedad y la libertad inherente…" (Rivas).

Me he detenido nuevamente en este punto (pese a que, en cierta forma, está también contenido en el desarrollo del anterior) por el especial énfasis que el recurrente confiere para la solución de este caso, al precedente de la CSJN dictado en la causa "Kot".

En efecto, el recurrente expone que los supuestos son similares y desde allí, que se impone igual solución.

Me permito disentir con tal interpretación, centrándome para ello, en los hechos que se exponen en la demanda, a los que debo –por otra parte- circunscribirme para este análisis.

Debo aquí hacer notar, que en varias partes de sus presentaciones, el recurrente enfatiza la insubsistencia de la relación de trabajo actual, la situación preexistente de cierre del establecimiento empresario y la ajenidad de los ocupantes.

Se refiere a ello en los siguientes términos: "los extrabajadores no tienen derecho –por si mismos- para promover acciones directas, y que tampoco tendría sentido una "huelga" (es decir, la abstención de trabajar) porque en realidad estamos hablando del cierre del establecimiento" (demanda, pág. 215 vta); "asimismo, tal y como surge de las denuncias acompañadas existen personas que participan de la toma, que no son ni siquiera extrabajadores, por lo que solicitamos que la copia orden judicial se fije en las puertas del establecimiento" (pág. 221 vta.); "no estamos en presencia de "trabajadoras", sino ante algunas ex trabajadoras que se niegan a percibir la liquidación final y a desocupar un inmueble que mantienen ocupado en contra de sus propietarios";

"Ocupar una fábrica que no se encuentra en producción no constituye un medio idóneo para conseguir trabajo" (pág. 265); "Con el absurdo criterio sustentado en la sentencia, se extiende la obligación del artículo 78 de la LCT más allá de la existencia del contrato de trabajo, lo cual va en contra de la ley y del propio sentido común"; "Aplicar este criterio implica tanto como defender a quien ocupa ilegalmente un hospital en reclamo de una prestación médica…"; "No hay, pues, conculcación al derecho a trabajar (que se mantiene incólume) ni podemos hablar de "trabajadoras", como falazmente menciona la sentencia" (pág. 265 vta.); "Por su lado, se conoce como "usurpar" al apoderamiento de una propiedad o de un derecho que legítimamente pertenece a otro, por lo general con violencia (primera acepción) y arrogarse la dignidad, empleo u oficio de otro, y usarlos como si fueran propios (segunda acepción)".

3.3. Sin entrar a considerar el acierto o error de tales afirmaciones (lo que excedería, además, el análisis de la cuestión de admisibilidad formal de la vía, que es lo que aquí debe revisarse), lo cierto es que delinean los términos en que ha sido planteada la acción y determinan la improcedencia de la acción de amparo constitucional.

En efecto, indicaron quienes integraran la minoría en el fallo "Kot":

"…el bien jurídico invocado en la especie, carece de la entidad constitucional requerida para que le sea aplicable la doctrina sub examine. En efecto, lo alegado en autos no es más que el desconocimiento de atributos inherentes al derecho de dominio, según se infiere con certeza del escrito presentado con fecha 8 de agosto ppdo., en que se formula agravio por la ocupación de la fábrica y la prohibición de acceso a los propietarios. El que está en discusión, pues, no tiene carácter de derecho público subjetivo ni de "garantía constitucional"; es simplemente un derecho subjetivo privado, de los que se originan en las relaciones entre particulares (Fallos, 176: 363), de donde se infiere que la doctrina a que el recurrente quiere acogerse es por completo extraña al tema litigioso. Cuando un particular lesiona el derecho privado de otro, como se dice que habría acontecido en la especie, su acto no es inconstitucional; tampoco vulnera "garantías constitucionales" ni es susceptible del remedio de amparo que -según la doctrina antes vista resguarda esas garantías. Por el contrario, trátase de un acto ilícito y sujeto a las previsiones de la legislación ordinaria, las que deben efectivizarse de acuerdo con las normas procesales pertinentes, cuyo dictado incumbe privativamente a las provincias…" (considerando 3º).

Y agregaron: "es preciso advertir que las facultades de uso y goce que se dicen infringidas, gozan de minuciosa y adecuada protección legal. El argumento, enfáticamente planteado por el recurrente, de que la denegación del amparo peticionado dejaría a su derecho desprotegido, debe ser examinado como asunto de legislación y no de pura teoría. Cabe preguntar, pues: ¿es exacto que sin el amparo -concebido como "protección constitucional"- el dominio y sus atributos quedarían, jurídicamente, en estado de indefensión? La respuesta negativa surge sin esfuerzo. Si por algo se caracteriza el derecho positivo del país es por la forma precisa y completa en que ha previsto la defensa procesal de las facultades jurídicas que el apelante dice le han sido violadas. Hablar de omisión o de indiferencia legislativa es, por lo menos, equivocado, ya que el examen más rápido y superficial revela la existencia de un nutrido conjunto de previsiones normativas en la materia (art. 2490, Cód. Civil; art. 29, inc. 2°, Cód. Penal; disposiciones procesales sobre interdictos posesorios y acción de desalojo; etcétera). Ante esta circunstancia, de cualquier cosa puede hablarse menos de inexistencia e insuficiencia de una tutela jurisdiccional predispuesta por el legislador. Si el recurso en consideración se rechazara, el dominio y sus atributos -que se alegan- distarían mucho de quedar desprotegidos, por cuanto el

amparo que se pide no supone otra cosa, en definitiva, que colocar una nueva acción de origen judicial junto a los múltiples procedimientos sumarios establecidos por la ley…"

"9) Que esta es la doctrina que rige el caso y no la que el recurrente reclama.

Si algo no puede afirmarse con verdad, es que en el derecho argentino falta una amplia y expeditiva tutela jurisdiccional ofrecida por la ley al dominio y sus atributos. Por consiguiente, siendo innegable que ella existe, ¿por qué razón esencial debería concederse el amparo? La respuesta no parece difícil, ciertamente. El amparo debería concederse no por inexistencia, sino por una supuesta ineficacia de aquella tutela. Y ante esta comprobación, se hace forzoso reiterar que al juzgador le está vedado pronunciarse sobre el acierto del Congreso, o de una legislatura, en la elección de los medios que estimó aptos para el logro de los fines legales (Fallos, 153, 111; 181,264; 196, 295)…" (considerandos 8 y 9, voto en disidencia de los Dres. Araoz de Lamadrid y Julio Oyhanarte).

Es necesario que aclare aquí, que con esta transcripción y la invocación de las razones dadas por la minoría, no intento desconocer la doctrina sentada por la mayoría: pero sí, ponerla en su adecuado contexto.

En efecto, nótese que la protección constitucional se acordó, con especial énfasis en los derechos esenciales, en las libertades esenciales, comprendiendo entre éstas últimas, a la libertad de trabajo.

Dijo así la mayoría de la Corte:

"Siempre que aparezca, en consecuencia, 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 jueces restablezcan de inmediato el derecho restringido por la rápida vía del recurso de amparo. Todo lo que puede añadirse es que, en tales hipótesis, los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia -lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponde resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios…"

Y haciendo alusión a los intereses generales, dados por la paralización de la fábrica como consecuencia directa de la ocupación, indicó:

"También es manifiesto el agravio serio e irreparable que resulta de esta situación para los propietarios de fábricas y aun para los intereses generales.

La ocupación de los obreros dura desde hace casi tres meses, y desde entonces la fábrica está "totalmente paralizada" (expte. K 21, informe de fs. 36), sin que pueda saberse qué tiempo tardará aún para que el conflicto sea resuelto por las autoridades competentes ni cuál es el estado de los procedimientos respectivos. La magnitud del agravio y su carácter irreparable son, así, patentes.

Que, como surge de las consideraciones que anteceden, se hallan reunidas en este caso las condiciones necesarias para la procedencia del recurso de amparo deducido. Los hechos de la causa revelan de modo indudable que existe una restricción ilegítima de los derechos constitucionales invocados por el recurrente: desde luego, el de propiedad; también, y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento y mediante la cual el propietario ejerce su actividad económica de fabricante…" (el resaltado es propio).

Véase, entonces, la sustancial diferencia que existe entre el caso abordado en "Kot" y el presente, lo cual determina, necesariamente, que la diferencia de contextos arroje una dispar solución: Justamente, la impostergabilidad de la tutela estuvo dada en "Kot" por la gravedad o irreparabilidad del perjuicio, con fundamento en la circunstancia de tratarse de una fábrica en funcionamiento. El derecho de propiedad, es analizado en un contexto secundario, en el que lo sustancial y dirimente pasa por la afectación de una libertad esencial; en los propios términos de la CSJN, "y sobre todo, el de la libertad de trabajo, pues lo ocupado por los obreros no es un inmueble baldío o improductivo, sino una fábrica en funcionamiento".

Es claro que, en este caso, el supuesto no es análogo: en los términos en que la actora ha planteado la cuestión, no se trata de una fábrica en funcionamiento, sino de una "fábrica cerrada".

Y esto nos sitúa nuevamente, en el escenario planteado en el punto anterior y que fuera ponderado entre otros, en la ya señalada causa "Ulloa": las tutelas de excepción deben ser analizadas restrictivamente y desde allí, la vía del amparo debe reservarse para las situaciones graves y urgentes que no admiten dilación.

3.4. Desde esta perspectiva, no advierto que en el caso se presente una situación de urgencia que determine la impostergabilidad de la tutela y la ineficacia de los restantes procesos destinados a la salvaguarda del derecho de propiedad de Neuquén Textil S.R.L.

Nótese que, en este punto, la actora sólo hace referencia en su demanda al ámbito penal, limitándose a indicar que "si bien la

empresa ha intentado la denuncia correspondiente, los tiempos procesales del procedimiento penal impiden una rápida, adecuada y eficaz resolución al respecto".

Al apelar, tampoco concreta en qué consiste la falta de idoneidad de los mecanismos procesales de tutela específica de la propiedad y tenencia de las cosas, limitándose a señalar que el artículo 43 de la C.N. excluye la necesidad de agotar la vía administrativa, pero nada desarrolla en cuanto a las acciones judiciales ordinarias (ver pág. 270/272).

Aquí debo precisar, en suerte de reiteración de conceptos, que "resulta carga ineludible de quien acciona probar que los demás carriles procesales diseñados por el legislador no constituyen remedios idóneos y eficaces para la protección de los derechos invocados" (cfr. Dos Santos, Gabriel A., La garantía constitucional del amparo en la Provincia de Buenos Aires, LLBA 2014 (junio) 487).

Y ello así, en tanto "el amparo no ha sido concebido por nuestros Constituyentes nacionales y provinciales con el propósito de liberar a las partes de las demoras, molestias e inconvenientes propios del ejercicio de toda acción ordinaria" (cfr. Gómez, Claudio, El "nuevo amparo" en la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de la provincia de Córdoba, Publicado en: LLC 2007 (diciembre), 1129 Fallo Comentado: Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (TSCordoba) ~ 2007/08/30 ~ Rossi Jaume, Silvia María c. Nuevo County S.A. y San Esteban Country S.A.; ver también: Gozaíni, Osvaldo A., "La subsidiariedad del amparo", La Ley 1996-D, 212 y Guevara, Augusto Martiniano, "Los nuevos perfiles del amparo", LLGran Cuyo, 2002, 457 y sus citas, entre tantos otros).

En este punto, el presentante no cumple con la carga argumentativa necesaria para demostrar la ineficacia de los procesos ordinarios de defensa de su propiedad, lo que determina que deba asumir el resultado adverso a la admisión: la presentación efectuada con relación a lo actuado recientemente en sede penal, tampoco enerva lo expuesto, en tanto, nada dice, insisto, con relación a las restantes posibilidades de tutela que el ordenamiento jurídico acuerda, en el ámbito no penal.

4. Si bien no es necesario referirse a todos los argumentos introducidos como motivo de queja, cuando, como en el caso, las razones dadas constituyen suficiente respuesta (en el presente, improcedencia de la vía de amparo intentada), igualmente me referiré –al sólo efecto de agotar el análisis- a la alegada falta de desatención del caso convencional y a la ausencia de pronunciamiento acerca de la acción de incumplimiento.

4.1. En cuanto a la acción de incumplimiento, lo cierto es que lo desarrollado en el recurso, sólo hace referencia a las razones por las cuales se introdujo la pretensión, sin constituir una crítica concreta en cuanto "al error" de desestimar su trámite por la vía del amparo.

A todo evento, las razones dadas más arriba dan respuesta a la improcedencia de deducir, por vía del amparo constitucional, tal pretensión.

4.2. En punto a la desatención del caso convencional, entiendo que los argumentos presentados en esta instancia tampoco son determinantes para cambiar el curso de la solución que aquí se propone.

En efecto, se agravia el recurrente: "La sentencia no se ha pronunciado sobre los derechos humanos invocados, de titularidad de los hermanos Diego y Hernán Huerta, que se especificaron en el capítulo V de la demanda de amparo".

También se queja de que no se haya analizado "la violación de los derechos de estas ocho personas denunciadas en el punto V.2". Dice aquí, que la sentencia omite expedirse respecto a las lesiones a derechos humanos de las personas físicas mencionadas en la demanda, que han sido víctimas del violento comportamiento de los demandados.

Ahora bien, siendo que la magistrada se ciñó al análisis de admisibilidad formal de la acción, mal podría haberse adentrado, en la lógica de su decisión, a efectuar consideraciones que hicieran al tratamiento sustancial de los derechos que se denuncian como vulnerados.

Y, más allá de ello, tampoco puedo dejar de advertir, los reparos que presentan los planteos en punto a la legitimación procesal activa, a poco que se advierta que, quien inicia la acción de amparo es la sociedad Neuquén Textil S.R.L. y los derechos humanos invocados, son los de las personas físicas que la integran, no habiendo éstas comparecido en la causa, a diferencia de lo que aconteciera en el caso "Cantos", invocado por el recurrente. Lo propio acontece con los "terceros afectados".

Por otra parte, las vulneraciones alegadas en punto al derecho "de protección de los derechos ante las autoridades", vulneración del derecho de petición, omisiones de las autoridades públicas, etc., claramente no encuentran, como legitimadas pasivas, a las personas demandadas.

Y, si las vulneraciones que en este aspecto se señalan, tienen que ver con la admisión formal de la vía escogida o, con su planteamiento se pretende coadyuvar a la procedencia formal de la vía, entiendo que los primeros desarrollos, dan respuesta suficiente.

5. En definitiva:

Es claro que todas las personas merecen una tutela judicial eficaz y oportuna (y, desde allí, permítaseme indicar que debemos mejorar y no cesar en la búsqueda de nuevos moldes de proceso y de organización judicial) pero, al margen de ello, la tutela diferenciada y urgente debe reservarse para situaciones que no admitan el tránsito por la instancia ordinaria por la irreparabilidad del perjuicio que implica la sola postergación de la resolución judicial definitiva.

Bajo estas consideraciones, es claro que la vía del amparo contra actos de particulares no es admisible en el caso traído a resolución. Desde allí, más allá de no compartir la línea argumental desarrollada por la magistrada, debo coincidir en punto al resultado de su decisión.

Es que "…resulta indispensable para la admisión del amparo que quién solicita esa protección judicial acredite, en debida forma, la inoperancia de las vías procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado (C.S.J.N., Fallos: 274: 13, considerando 3°, 283:335; 300:1231), lo cual fue incumplido en la especie, en tanto el accionante no demostró que su pretensión —de carácter estrictamente patrimonial— no pueda hallar adecuada tutela en los procedimientos ordinarios, ni que se encuentre impedido de obtener, mediante ellos, la reparación de los perjuicios que eventualmente podrían causarles las disposiciones impugnadas (C.S.J.N., Fallos: 280:238)… Sucede que, como la apertura del amparo requiere de circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del amparo, resulta inadmisible cuando se trata de situaciones opinables o que requieren un amplio marco de debate, o cuando los perjuicios que pueda ocasionar su rechazo no son otra cosa que la situación común de toda persona que peticiona el reconocimiento judicial de sus derechos por los procedimientos ordinarios…" (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala E, "Aseloc S.R.L. c. Diveo Argentina S.A.", 21/06/2006, Publicado en: La Ley Online; Cita online: AR/JUR/4186/2006).

En mérito a todo lo expuesto y por las razones aquí dadas, entiendo que la declaración de inadmisión del proceso de amparo debe ser confirmada. 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 ello esta Sala I,

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 255/257, en cuanto declara la inadmisibilidad de la acción de amparo intentada.

2. Las costas generadas por su intervención estarán a cargo del recurrente (art. 68 del CPCC).

3. Regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma que corresponda por la labor en la instancia de grado (art. 15, LA).

4. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"T. M. S. C/ M. G. F. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA E/A "INC. 143/2012"" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1197/2016) – Interlocutoria: 64/17 – Fecha: 16/03/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA. INCIDENTE. RECLAMO A ASCENDIENTES.

Deberá dársele curso al incidente de aumento de cuota alimentaria dirigido en esta oportunidad contra la abuela paterna del alimentado, ya que el nuevo ordenamiento civil y comercial

consagra –en su art. 668- la factibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y a los progenitores, “en el mismo proceso… o en proceso diverso” y en su última parte exige que deba acreditarse verosímilmente —además de lo previsto en el título del parentesco—, las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado, adoptando el legislador la postura intermedia fijada en la materia por el máximo Tribunal Federal (CSJN, 15/11/2005, ”F., L. c/ L., V.”). Es decir, se habilita a que en el mismo proceso contra el progenitor, principal obligado, se pueda reclamar, fijar y ordenar la pertinente obligación alimentaria respecto de los ascendientes.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "T. M. S. C/ M. G. F. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA E/A “INC. 143/2012”" (INC Nº 1197/2016) 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 Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

1. Vienen los presentes a estudio del Cuerpo para el tratamiento del recurso deducido a fs. 35 por la incidentista contra la providencia dictada a fs. 33, en cuanto la A-quo ordena a la parte ocurrir por la vía y modo pertinentes respecto del reclamo iniciado contra la Sra. M., abuela paterna del alimentado, por no encuadrar en las previsiones del art. 668 del CCyC.

A fs. 45/49 funda el recurso. Reitera los antecedentes del caso narrados en el escrito de inicio. Hace referencia a que la cuota que actualmente abona el progenitor –determinada por sentencia judicial- resulta insuficiente y expresa que la abuela paterna tiene un buen pasar económico. Agrega que es constante la falta de voluntad del padre de abonar una cuota alimentaria que se corresponda con todas las necesidades de su hijo menor.

Manifiesta que el fundamento de la acción dirigida contra la abuela paterna se encuentra debidamente invocado en la demanda y que el citado art. 668 permite demandar en el mismo proceso al padre y a los abuelos, lo que no se condice con lo resuelto en el proveído atacado.

Reitera las citas efectuadas en el escrito de inicio y remarca el ocultamiento de la capacidad económica del padre a fin de eludir su obligación alimentaria.

Cita jurisprudencia que entiende aplicable al caso así como diversos artículos de la Convención de los Derechos del Niño.

Solicita que se revoque el auto atacado en la parte recurrida y se ordene el traslado de la demanda a la abuela paterna, Sra. M. d. C. M..

A fs. 53 dictamina la Sra. Defensora de los Derechos del Niño, quien adhiere a los argumentos vertidos por la incidentista, en miras a la satisfacción del interés superior del niño.

2. Ingresando al estudio de la cuestión planteada adelantamos que el recurso deducido habrá de prosperar.

En primer lugar, se observa que –conforme surge del sistema DEXTRA y del relato de la incidentista- ya se encuentra determinada una cuota alimentaria en autos "T.M.S. C/ M.G.F. S/ INCIDENTE DE AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA", Expte. INC. N° 143/2012, y que, por lo tanto, su modificación se rige nuevamente por las normas del incidente –art. 650 del Código Procesal- previstas en los arts. 175 y sgtes.

Como es sabido, el aumento de la cuota alimentaria requiere una modificación en los presupuestos de hecho sobre cuya base se estableció la cuota vigente y su monto, debiendo ofrecer y ponderar –en ese marco procedimental- la prueba tendiente a acreditar dichos extremos.

Ahora bien, el nuevo ordenamiento civil y comercial consagra –en su art. 668- la factibilidad de demandar simultáneamente a los abuelos y a los progenitores, “en el mismo proceso… o en proceso diverso” y en su última parte exige que deba acreditarse verosímilmente —además de lo previsto en el título del parentesco—, las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado, adoptando el legislador la postura intermedia fijada en la materia por el máximo Tribunal Federal (CSJN, 15/11/2005, ”F., L. c/ L., V.”).

Es decir, se habilita a que en el mismo proceso contra el progenitor, principal obligado, se pueda reclamar, fijar y ordenar la pertinente obligación alimentaria respecto de los ascendientes.

Es que, como se ha dicho “Esta es la posición seguida por este art. 668 CCyC, que regula en forma específica esta obligación alimentaria y aún en el mismo proceso dirigido contra los progenitores, se habilita la extensión de la solicitud a los ascendientes. De este modo, se toma una postura a favor del alimentado ya que no es necesario que se inicie un nuevo proceso contra estos últimos sino que en el mismo proceso contra el progenitor, principal obligado, se pueda reclamar, fijar y ordenar la pertinente obligación alimentaria. ¿Por qué se debe demostrar, verosímilmente la imposibilidad de cumplimiento por parte del progenitor, principl obligado? Porque no es lo mismo ser padre que ser abuelo. Porque la obligación de los abuelos opera ante el incumplimiento o imposibilidad del progenitor. Frente a la tensión existente entre los derechos de niños, niñas o adolescentes y los de los abuelos —que podría tratarse de otro sector vulnerable como, el de los adultos mayores—, se opta por una postura equilibrada, que evita el exceso de requisitos formales que provoquen la insatisfacción de las necesidades vitales de los niños, acorde a los postulados de la Convención de los Derechos del Niño… (cfr. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T.II, Libro segundo, pág. 517/518 MARISA HERRERA-GUSTAVO CARAMELO-SEBASTIAN PICASSO)” (Sala I, EXP Nº 75348/2016).

Ahora bien, el objeto del presente es un aumento de la cuota existente respecto del progenitor, en su carácter de principal obligado. Si bien no es tal la situación de la abuela paterna, respecto de quien se entabla un nuevo reclamo -y no un aumento- entendemos que “en los reclamos alimentarios vinculados con prestaciones alimentarias a favor de menores, los jueces deben buscar soluciones que se avengan con la urgencia de este tipo de prestaciones, debiendo encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda frustrar derechos tutelados por la Constitución Nacional -artículo 27 inc. 4, Convención de los Derechos del Niño…” (CSJN, 06/02/2001, “G.C.I. y ot. C. K.E. y ot.”).

Así, hoy se considera que el carácter subsidiario de la obligación que incumbe a los abuelos, cuando los beneficiarios son menores de edad, debe estar desprovisto de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

Ello ocurre si, con fundamento en tal carácter, se deja de aplicar el principio rector en la materia: la protección del desarrollo integral del niño. Así se ha sostenido que: “...sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor” (Conf. Solari, Néstor E.: “Obligación alimentaria de los abuelos, en Derecho de Familia”. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Nº 14, 1998, pág. 244, citado en Belluscio, Claudio, “Prestación alimentaria”, Ed. Universidad, Bs. As., 2006, pág. 453). Sentencia del 18 de febrero de 2009 Cámara Nacional de Apelaciones, Sala B” (conf. esta Sala en autos "MAZZANTI KARINA VERONICA CONTRA LUCERO CLAUDIO ROQUE S/INC. AUMENTO CUOTA ALIMENTARIA" INC Nº 553/2014).

En efecto, de los términos de la demanda y documentación acompañada surge preliminarmente la dificultad de la progenitora para cubrir acabadamente las necesidades de su hijo menor. Asimismo, se advierte que la prueba ofrecida y a producirse en este incidente puede resultar útil para resolver ambos reclamos, lo que también se condice –amén de lo expuesto precedentemente- con el principio de economía procesal (art. 34 inc. 5° del CPCC).

Por lo expuesto, entendemos que procede dar curso a la demanda instaurada contra la abuela paterna en el presente incidente, y luego, en el trámite del mismo deberán probarse los extremos de la normativa vigente para determinar la procedencia o no del reclamo, y su alcance, de corresponder.

Sin costas de Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Hacer lugar al recurso deducido por la incidentista a fs. 35 y, en consecuencia, revocar el proveído de fs. 33 en su quinto párrafo, debiendo darse curso a la demanda instaurada en el presente contra la Sra. M. d. C. M..

Sin costas por tratarse de una cuestión suscitada con el Juzgado.

Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"T. G. N. C/ C. J. I. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil,

Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 72828/2015) – Interlocutoria: 88/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. INCIDENTE DE AUMENTO. INGRESOS DEL ALIMENTANTE. CUOTA EN PORCENTAJE.

1.- Cabe confirmar la resolución que no hace lugar a la demanda de aumento de la cuota alimentaria, pues no obstante el tiempo transcurrido desde la celebración del acuerdo de partes y la mayor edad de la niña -actualmente tiene 5 años-, lo que implica el incremento de sus necesidades, lo cierto es que tales circunstancias quedan cubiertas con el carácter dinámico de la cuota acordada, al ser proporcional al aumento del ingreso.

2.- Al haber sido determinada la cuota alimentaria en un porcentual de los ingresos del alimentante (20%), su incremento repercute directamente en beneficio de la alimentada.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "T. G. N. C/ C. J. I. S/ INC. AUMENTO DE CUOTA ALIMENTARIA" (INC Nº 72828/2015) 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 Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

1.- Vienen estas actuaciones a estudio del Cuerpo para el tratamiento del recurso deducido a fs. 312 por la incidentista contra la resolución dictada a fs. 307/311, que no hace lugar a la demanda de aumento de cuota alimentaria.

Expresa agravios a fs. 315/319. Dice que las circunstancias existentes al tiempo en que se realizó el convenio se modificaron totalmente. En primer lugar, la niña tenía 4 meses, contando hoy con 5 años de edad, por lo que crecen sus necesidades y satisfactores.

Refiere que el 20% acordado oportunamente contemplaba las necesidades de la menor en aquel momento.

Asimismo expresa que cambió la situación socioeconómica del alimentante, por cuanto obtuvo un título universitario y sus ingresos incrementaron, así como su cargo. Agrega que el demandado no paga alquiler, que posee una camioneta Ford Ranger, que vive en un barrio residencial, siendo la vivienda de propiedad de su madre y que mantiene a su hermano mayor.

Señala que la A-quo no tuvo en cuenta el ofrecimiento del 5% más por parte del mismo demandado en audiencia del 24/11/2015.

También dice que debe merituarse el aumento del costo de vida. Hace referencia a su situación laboral y personal y resalta que debe tenerse en consideración el cuidado que le brinda a su hija, en los términos del art. 660 del CCyC.

Por último, se agravia por cuanto la A-quo señaló que el contexto inflacionario invocado por su parte no resulta un argumento razonable para justificar un aumento de cuota alimentaria.

Corrido el pertinente traslado, la contraria contesta a fs. 321/325. Solicita el rechazo del recurso, con costas.

A fs. 333 dictamina la señora Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, quien considera que debe confirmarse la resolución en crisis.

2.- Ingresando al tratamiento del remedio deducido, adelantamos que el mismo no puede prosperar.

Ante todo, corresponde señalar que los jueces no se encuentran obligados a seguir a las partes en todos sus agravios sino sólo a aquellos que son conducentes para la resolución de la cuestión de fondo (cfr. FALLOS 305:1886; 303:1700, entre otros).

Sentado ello, del examen de la causa advertimos que la sentenciante efectuó una prudente valoración de las pruebas efectivamente cumplidas. Asimismo, que la decisión alcanzada resulta coincidente con lo dictaminado por la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente, quien al tomar debida intervención en la causa –fs. 305-, consideró que el 20% de los ingresos del alimentante configura una suma razonable para satisfacer las necesidades de la edad de la niña, teniendo en cuenta

los ingresos del demandado. Por lo que no dan los presupuestos legales para modificar el acuerdo oportunamente alcanzado por las partes.

Ahora bien, se observa, que no obstante el tiempo transcurrido desde la celebración del acuerdo de partes (diciembre de 2011) y la mayor edad de la niña, lo que implica el incremento de sus necesidades, lo cierto es que tales circunstancias quedan cubiertas con el carácter dinámico de la cuota acordada, al ser proporcional al aumento del ingreso. Al haber sido determinada en un porcentual de los ingresos del alimentante, su incremento repercute directamente en beneficio de la alimentada.

Se advierte que la magistrada de grado ha considerado especialmente dicha modalidad convenida, concluyendo que el importe que arroja dicho porcentaje es adecuado para satisfacer las necesidades de la menor, postura que compartimos.

Asimismo entendemos que la cuota pactada –la que continuará incrementándose de acuerdo a los haberes del alimentante- resulta prudente y razonable, considerando que la obligación alimentaria parental está a cargo de ambos progenitores conforme a su condición y fortuna (art. 658 del CCyC) e incluso teniendo en cuenta el valor económico de las tareas de cuidado personal que invoca la recurrente, en los términos del art. 660.

Por lo expuesto, concluimos que la resolución atacada resulta ajustada a derecho, por lo que se impone el rechazo del recurso interpuesto.

Las costas de Alzada seguirán la misma suerte que las de la instancia de grado, no obstante el resultado alcanzado en esta instancia y atento la naturaleza del presente proceso.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso deducido por la incidentista a fs. 312 y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada a fs. 307/311 vta.

Imponer las costas de Alzada por su orden.

Regular los honorarios de las letradas intervinientes en esta Alzada en un 30% de lo que corresponde en primera instancia (art. 15, LA).

Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"LONAC JUAN LUIS C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ POSESION VEINTEAÑAL" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 501853/2014) – Interlocutoria: 90/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO PROCESAL: Partes del proceso.

INTERVENCION DE TERCEROS. LITISCONSORCIO. ACUMULACION DE PROCESOS. SENTENCIA UNICA. DERECHO DE DEFENSA.

1.- No resulta arbitraria ni carente de sentido la resolución del juez de grado que resolvió hacer lugar a la intervención de terceros litisconsorciales -hermanos del actor que alegan la posesión animus domini del mismo bien que aquél pretende usucapir para sí- ordenando que inicien un proceso paralelo, que acumulado a los presentes, será resuelto en sentencia única. debiendo en el plazo de diez días hábiles de quedar firme la resolución impugnada, interponer la demanda de usucapión, bajo apercibimiento de considerarlos desinteresados de la intervención y dispuso mantener la suspensión del dictado de la sentencia hasta la oportunidad de poder

dictar sentencia única respecto al reclamo de los hermanos del actor o vencido que sea el plazo dado sin que se haya presentado la demanda referida, toda vez que en dicho proceso, que participará de la naturaleza de una tercería excluyente, deberán canalizarse las pretensiones que aquí se deducen (esto es, ser declarados titulares –en parte- del derecho discutido en el proceso), exigencia que deberá formularse contra el demandante y demandado de esta causa, resolviéndose toda la situación en forma conjunta, mediante el dictado de una sentencia única; por cuanto las soluciones procedimentales deben darse en función de posibilitar la debida defensa de los derechos sustanciales y el dictado de pronunciamientos judiciales que sean útiles y comprensivos de todas las situaciones de conflictos involucradas. (del voto de la Dra. Pamphile, en mayoría).

2.- Corresponde hacer lugar a la apelación y modificar la sentencia recurrida que resuelve hacer lugar a la intervención de terceros, y dejar sin sin efecto la suspensión del proceso y la obligación de interponer una demanda de usucapión en un plazo de diez días hábiles, pues tanto el pedido como la eventual admisión de la intervención adhesiva (simple o litisconsorcial) tienen virtualidad para retrogradar o suspender el curso de la causa. (dle voto del Dr. Pascuarelli, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "LONAC JUAN LUIS C/ BANCO PROVINCIA DEL NEUQUEN S.A. S/ POSESION VEINTEAÑAL" (JNQCI6 EXP Nº 501853/2014) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. El actor apela la resolución de fs. 335/337 por la cual se resolvió hacer lugar a la intervención de Blanca Flora Lonac, Orlando Lonac y Rosalba Edith Lonac, como terceros litisconsorciales, debiendo en el plazo de diez días hábiles de quedar firme la resolución impugnada, interponer la demanda de usucapión, bajo apercibimiento de considerarlos desinteresados de la intervención y dispuso mantener la suspensión del dictado de la sentencia hasta la oportunidad de poder dictar sentencia única respecto al reclamo de los hermanos del actor o vencido que sea el plazo dado sin que se haya presentado la demanda referida.

A fs. 342/343 vta. expresa agravios. Dice, que la resolución que impugna afecta la garantía constitucional del debido proceso, violando lo normado en el art. 93 del CPCC.

Alega, que dicha norma señala que en ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso motivo por el cual la arbitrariedad del decisorio en crisis se manifiesta tanto por su falta de fundamento jurídico como por su incongruencia.

Además, dice que resulta incongruente al desvirtuar el objeto de la presentación de los terceros porque solicitaron intervenir como adhesivos litisconsorciales del actor en los términos de los artículos 90 incs. 1 y 2, 91 y 92 del C.P.C. y C. y que no intentaron promover una acción autónoma a las presentes, ni requirieron la eventual acumulación de la misma o la suspensión de este proceso, por lo que la admisión de su petición debió serlo en los términos solicitados y no como resulta del decisorio recurrido.

Agrega, que no promovieron una acción autónoma solicitando la acumulación conforme el art. 188 del C.P.C. y C.

Sostiene, que se debe revocar la decisión adecuando la intervención de los terceros a lo solicitado, revocando la suspensión y reanudando el llamado de autos para sentencia.

La demandada contesta el traslado del memorial a fs. 348/350. Entiende, que conforme lo establecido por los arts. 93 y 188 del C.P.C. y C. no corresponde la suspensión del proceso ni la acumulación. Solicita que se revoque la resolución recurrida y se continué con el proceso hasta el dictado de sentencia.

II. Ingresando al análisis de las cuestiones planteadas entiendo que le asiste razón al recurrente.

En primer lugar, luego del llamado de autos para sentencia, dictado a fs. 260, se presentan los terceros solicitando su intervención voluntaria como "[…] parte, adhesiva litisconsorcial, a efectos de hacer valer un derecho propio frente al demandado en autos,

adhiriendo a la calidad asumida por el actor […]" fundado en los artículos 90 incs. 1° y 2°, 91, 92 y cctes. del C.P.C. y C., fs. 314 y 318, sin requerir, como sostiene el recurrente, la suspensión del proceso ni solicitarlo para el inicio de una demanda de usucapión, tratándose de una intervención voluntaria adhesiva autónoma "[…] que se produce cuando un tercero, que "según las normas del Derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio" (art. 90, inc. 2°, Cód. Procesal), interviene en un proceso ajeno adhiriéndose al colegitimado activo o pasivo que demandó o fue demandado; tal el caso del coacreedor o del codeudor solidario en el juicio en el que son parte otro acreedor u otro deudor, o en el supuesto de las obligaciones indivisibles cuando no demandaron todos los acreedores o no se demandó a todos los deudores, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 686 y 699 del Código Civil. El cotitular de la misma acción que se ejercita en el proceso que no demandó originariamente o que no fue demandado se presenta y asume el rol que podía haber tomado desde el inicio; se transforma así en parte, con las mismas facultades procesales que las partes principales (art. 91, 2ª parte, Cód. Procesal)", (Arazi, Roland, La intervención de terceros en el proceso civil, Revista de Derecho Procesal, Tomo: 2006 - 2. Litisconsorcio, intervención de terceros y tercerías, RC D 2464/2012).

Entonces, dispuesta la intervención de los terceros, resulta de aplicación lo establecido en el artículo 93 del C.P.C. y C. en cuanto dispone que: "En ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso".

Al respecto, señala Palacio que: "Constituye un principio unánimemente aceptado por los ordenamientos analizados que, en ningún caso, tanto el pedido como la eventual admisión de la intervención adhesiva (simple o litisconsorcial) tienen virtualidad para retrogradar o suspender el curso de la causa", (Palacio, Lino E. - Alvarado Velloso, Adolfo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 3°, pág. 309, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe 1989)

Asimismo, cabe agregar que tampoco procedería la acumulación de procesos dado que el art. 190 establece que es "hasta el momento de quedar en estado de sentencia" y que la integración de litis por un litisconsorcio necesario, cuestión no planteada, es hasta la apertura a prueba (art. 89 del C.P.C. y C.), sin perjuicio de que la A-quo lo deba considerar al momento de dictar sentencia (cfr. TSJ, Ac. Nro. 21/10, 24/10, 28/10, entre otros).

En consecuencia, corresponde hacer lugar a la apelación y modificar la sentencia recurrida, dejando sin efecto la suspensión del proceso y la obligación de interponer una demanda de usucapión en un plazo de diez días hábiles, dado el carácter de la intervención, como se señaló en los considerandos anteriores, y lo dispuesto por el art. 93 del C.P.C. y C. Imponer las costas de la Alzada por su orden debido a la falta de contradicción (art. 68 del C.P.C. y C.).

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. En esta causa, se presentan Blanca Flora Lonac, Orlando Lonac y Rosalba Edith Lonac y solicitan se les acuerde intervención en el proceso, con el carácter de parte adhesiva litisconsorcial, adhiriendo a la calidad asumida por el actor.

Dicen que tal calidad se justifica, en que la sentencia a dictarse afectará el interés propio y están legitimados para demandar la usucapión, tal lo ha hecho el actor, al ser co-poseedores con animus domini, conjuntamente con el actor.

En tal sentido, dicen que han sido continuadores de la posesión con animus domini que detentaban sus padres, conjuntamente con el actor Juan Luis Lonac, al ser todos hermanos.

Sustanciada la presentación, tal calidad es negada por el actor (331/332). Si bien reconoce el vínculo, indica que a partir del fallecimiento de su madre, poseyó el inmueble –a título de dueño- en forma exclusiva.

2. La Sra. Jueza evalúa la situación y concluye en que, dados los términos de la presentación, debe admitirse la pretensión de participar en el pleito, debiendo obviamente acreditar el derecho invocado frente al actor (hermano) y demandado. Estima aquí, que dado el avance del proceso, es conveniente que se sustancie en pleito separado, no obstante ser necesario el dictado de una sentencia única, que resuelva todas las pretensiones.

Por ello, dado el estado procesal y la necesidad de probar las alegaciones –esto es, la posesión animus domini del mismo bien que el actor pretende usucapir para sí, en su totalidad- entiende que deben iniciar un proceso para cumplimentarlo. La situación procesal de las pretensiones deducidas, son encauzadas de este modo: ordena a los terceros que inicien un proceso paralelo, que acumulado a los presentes, será resuelto en sentencia única.

Esta es la resolución que viene en apelación.

3. El actor cuestiona la decisión, indicando que se afecta la garantía constitucional del debido proceso y agrega que la resolución es infundada y arbitraria.

Esgrime que el artículo 93, al reglamentar la intervención del tercero, establece concretamente que en ningún caso retrogradará el juicio, ni suspenderá su curso, por lo que la decisión vulnera tal directiva procesal.

Agrega que la arbitrariedad finca en la falta de fundamento jurídico y en su incongruencia.

Sostiene que la decisión no reconoce otro fundamento jurídico que la simple subjetividad del a-quo y no se apoya en norma o

precedente jurisprudencial alguno.

Dice que los terceros nunca intentaron promover una acción autónoma, ni requirieron una eventual acumulación, por lo que la magistrada incurre en incongruencia procesal.

Los terceros no contestan y la demandada adhiere a la posición de la actora.

4. Así planteada la cuestión, entiendo que no asiste razón al recurrente en sus críticas.

En este sentido y sin desconocer las disposiciones del artículo 93, entiendo que la pretensión que involucra a los terceros, excede la simple intervención litisconsorcial regulada en el Código de Procedimientos, lo cual determina, a partir sus particularidades, que tal precepto no sea lisa y llanamente aplicable.

En efecto, de los términos de las presentaciones efectuadas por los terceros, claramente se desprende que la intervención requerida, responde más a la de tipo "excluyente" (parcial, aclaro), supuesto no receptado expresamente por nuestro ordenamiento.

Y, en este tipo de intervención, tal como lo sostiene Hernán J. Martinez, "…el tercero es parte en el proceso, y se crea una relación procesal compleja, ya que su pretensión se ejercita mediante la introducción de una nueva demanda y dará lugar al dictado de sentencia única" (Intervención de terceros en el proceso civil santafesino, Revista de Derecho Procesal, Rubinzal Culzoni, Tomo 2006-2, pág. 126).

Justamente, en esta misma línea, hemos sostenido que la intervención solicitada "…participa de los caracteres de una intervención excluyente: "La intervención de terceros voluntaria es excluyente o principal cuando el tercero, alegando un interés incompatible con el de las partes en litigio, interviene espontáneamente en un proceso pendiente, a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo, compareciendo sin que nadie lo haya invitado a participar. Es conocida en la legislación y en la doctrina la denominación de la intervención aquí tratada como intervención principal, agresiva, "ad excludendum", o tercería excluyente, pretendiendo, el tercero interviniente, total o parcialmente la cosa litigiosa o derecho sobre que versa el litigio, incoando la demanda contra las dos partes originarias, permitiéndose la discusión conjunta y el dictado de una sola resolución, dando término a un conflicto de incidencia entre las partes propias y el tercero" (cfr. Díaz Cornejo, op. cit).

Y sin desconocer que tal figura no se encuentra directamente receptada en nuestro ordenamiento, lo cierto es que, presentándose un supuesto que responde a estos caracteres deben arbitrarse los mecanismos para posibilitar la concentración y la resolución conjunta de los intereses conexos, no sólo por razones de economía procesal, sino para resguardar la utilidad y justicia del pronunciamiento…"

"…Entonces: Debe garantizarse la posibilidad de una defensa efectiva de sus derechos y contemplar sus argumentos de defensa. Todo ello no se lograría en este caso, sino a través del dictado de un pronunciamiento único: de allí que, en el estado actual, las actuaciones principales no pueden ser sentenciadas…" (cfr. mi voto en autos "GONZALEZ CARMEN EVA ARGENTINA C/ DIEU JOSE ALEJANDRO Y OTROS S/ TERCERIA" INC Nº 502295/2014).

A esto mismo apunta el precedente jurisprudencial de esta Sala –aunque en anterior composición- en tanto se sostuvo:

"Y bien, admitiendo la complejidad del tema sometido a decisión, ha de coincidirse con la demandada en la conveniencia o necesidad de que ambos reclamos sobre la misma cosa, con invocación de derechos contrapuestos, sean resueltos en forma conjunta, tal como lo propuso la demandada.

Ello puede lograrse por la vía de la acumulación de procesos, remitiendo a la recurrente a la iniciación de una acción paralela de usucapión para ser acumulada a la presente al momento de resolver, o mediante su admisión como parte en el presente trámite, y la resolución conjunta de ambas pretensiones contrapuestas en la sentencia definitiva.

Evidentes razones de economía procesal inclinan a esta Sala a favor de la segunda alternativa, habida cuenta que la decisión que recaiga respecto de las respectivas acciones contrapuestas de prescripción adquisitiva sólo habrá de revestir la condición de cosa juzgada material acatando las previsiones del art. 89 del cód. proc.

Por las razones expuestas, propongo se haga lugar a la apelación interpuesta por Beatriz de Mateo, a quien se tiene por parte litisconsorcial, debiéndose proveer la prueba ofrecida y resolverse en definitiva contemplando ambas acciones…" (cfr. "DE MATEO ISABEL CONTRA MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ POSESION VEINTEAÑAL S/ INCIDENTE DE APELACION" ICC Nº 42202/10).

5. Como se advierte a partir de lo expuesto, lo decidido por la magistrada tiene sustento en precedentes judiciales. Y, además, planteada la pretensión en los términos en que lo ha sido, entiendo que el encauzamiento dado no es incongruente, sino que responde al diseño procedimental local.

En efecto, refiriéndose a la intervención excluyente, indica Roland Arazi, en explicación que es trasladable a la situación local:

"Este tipo de intervención… no fue incluida en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Nación… En la exposición de motivos del Código Procesal, sus autores expresan que han creído conveniente no contemplar esta clase de intervención, por cuanto su funcionamiento puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la mayor celeridad que se persigue imprimir al proceso; agregando que gran parte de los problemas a que da lugar este tipo de intervención pueden ser obviados mediante la acumulación de procesos, institución que el Código reglamenta con toda minuciosidad" (cfr. La intervención de terceros en el proceso civil, Revista de Derecho Procesal ya citada, pág. 105).

La decisión, además, encuentra sustento en lo decidido por el TSJ en autos "Leoman", en tanto dijo:

"…La acumulación de procesos es una institución que tiene sus fundamentos en la necesidad de evitar sentencias contradictorias y un dispendio de actividad y gastos, respondiendo fundamentalmente a un principio de conexidad jurídica, que determina su aplicación cuando la sentencia a dictarse en uno de ellos, pudiere producir efectos de cosa juzgada en el otro (cfr. arts. 188 y ss.del C.P.C. y C. de aplicación supletoria en la materia).

Tales extremos se presentan en este caso, a poco que se advierta, que el eventual acogimiento de la pretensión en relación a la obra indicada, a favor de la accionante Leoman S.R.L., importaría automáticamente la exclusión del reclamo efectuado por Epiro S.A.

En este punto debe señalarse, que tal como sostiene Epiro S.A. al contestar el traslado, la situación a su respecto, presentaría similitudes con la figura de la "intervención de tercero principal o excluyente". Sin embargo, y no obstante tener en común, que en ambos casos se trata de un supuesto de acumulación subjetiva-objetiva de pretensiones, lo cierto es que en los presentes, no se trata del típico supuesto de inserción voluntaria a un proceso ya iniciado, sino que por el contrario coexisten dos procesos, cuyas pretensiones es cierto- en un punto se presentarían como excluyentes; hemos de inclinarnos entonces, por la figura de la acumulación.

IV. Determinada entonces la procedencia de la acumulación de ambos procesos, y si bien conforme a ello, deberían tramitar conjuntamente, las especiales circunstancias de autos, y el diferente estado procesal en el que se encuentran, determina la conveniencia de la tramitación separada de la causa "EPIRO S.A. c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN s/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. 185/01)" hasta su finalización, correspondiendo suspender los presentes -que ya se encuentran en estado de dictar sentencia- hasta que aquéllos alcancen este estadio, procediéndose luego al dictado de un pronunciamiento único (art. 194 del C.P.C. y C. y 78 de la ley 1305)…" (cfr. RESOLUCIÓN INTERLOCUTORIA Nº 4.042/04).

Sin embargo, más adelante, en el curso del mismo proceso, dispuso:

"…Ahora bien, tal como surge de las distintas alternativas por las cuales han transitado ambos procesos, la totalidad de los sujetos procesales intervinientes, coinciden en la conexidad existente entre ambas causas, y en la necesidad del dictado de un único pronunciamiento, por presentarse las pretensiones deducidas por Leoman S.R.L. y Epiro S.A. parcialmente excluyentes entre sí.

Ambas sociedades sostienen la titularidad de los derechos emergentes de las obras denominadas "30 viviendas en Chos Malal" y "39 viviendas en Andacollo", y desde allí que oportunamente se dispusiera la acumulación de los procesos conforme surge de la R.I. 4042/04-, aspecto sobre el cual no existe controversia.

Como en dicha oportunidad se indicara, la preexistencia de ambas causas aconsejaba la adopción de la solución acumulativa, evitando así el dictado de pronunciamientos contradictorios. Sin embargo, y pese a haberse optado por tal línea directriz, lo cierto es, que efectuada una revisión de las situaciones procesales planteadas en autos, se impone arbitrar un mecanismo que posibilite el debido debate de las posiciones antagónicas asumidas por sendos accionantes.

En efecto, al igual que lo hiciera el codificador nacional, en el caso del código procesal civil y comercial local, la figura de la intervención de tercero en la modalidad principal o excluyente no fue regulada, indicándose para ello que su funcionamiento devendría extremadamente complejo, y que además, estas situaciones encontrarían solución a partir de la vía de acumulación de procesos (cfr. exposición de motivos del Código Procesal Nacional).

Si bien la acumulación tal como aconteciera en autos- es procedente, lo cierto es, que en algunos casos no acuerda solución cabal al problema planteado, situación que se vislumbra en los presentes, más allá de la intervención que en carácter de parte posee Leoman S.R.L.

Ello es así, a poco que se advierta, que al momento de dictarse el pronunciamiento de mérito en autos, el mismo versará sobre dos cuestiones centrales: por una parte, la procedencia de la pretensión de condena esgrimida frente al Instituto Provincial de la Vivienda, y por la otra, la titularidad del crédito invocado frente a este organismo.

Y justamente, este último aspecto, que fuera el determinante de la acumulación, no ha tenido sin embargo, una respuesta concluyente a partir de tal resorte procesal, puesto que el debido debate y defensa de ambas posiciones antagónicas, no ha sido

llevado a cabo, siquiera entre ambos pretendientes. Y si hemos de resolver sobre este aspecto, y tal decisión hará cosa juzgada en relación a los sujetos intervinientes, es claro que su debida sustanciación anterior, con amplitud de debate y prueba debe ser garantizada.

Por ello es, que en ejercicio de los deberes facultades de dirección, establecidos en el artículo 34 inc. 5º), apartados b) y c) del C.P.C.C. (de aplicación supletoria en la materia) corresponde reencauzar el trámite de los presentes, a fin de que las posturas asumidas por ambos actores sean objeto de debida sustanciación y prueba…" (cfr. R.I. 4406/04 en los mismos autos "LEOMAN S.R.L. c/ INSTITUTO PROVINCIAL DE LA VIVIENDA Y URBANISMO DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. N° 310/2000).

6. En definitiva, si el estado procesal de esta causa, determina la inconveniencia que la pretensión de los terceros se sustancie en este marco; la opción por la sustanciación de la pretensión a través de un proceso independiente pero evidentemente conexo, no se presenta, a mi criterio y conforme a las razones dadas, como una solución arbitraria o carente de sentido.

En dicho proceso, que participará de la naturaleza de una tercería excluyente, deberán canalizarse las pretensiones que aquí se deducen (esto es, ser declarados titulares –en parte- del derecho discutido en el proceso), exigencia que deberá formularse contra el demandante y demandado de esta causa, resolviéndose toda la situación en forma conjunta, mediante el dictado de una sentencia única.

Entiendo que, en definitiva, las soluciones procedimentales deben darse en función de posibilitar la debida defensa de los derechos sustanciales y el dictado de pronunciamientos judiciales que sean útiles y comprensivos de todas las situaciones de conflictos involucradas.

Por estas razones, estimo que el recurso de apelación debe ser desestimado, imponiéndose las costas de la Alzada en el orden causado, en atención a las particularidades del caso. MI VOTO.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Cecilia PAMPHILE adhiero al mismo expidiéndome de igual modo.

Por ello, esta Sala I POR MAYORIA

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la parte actora a fs. 338 y, en consecuencia, confirmar la resolución dictada a fs. 335/337 en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

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 y 35, LA).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI - Dr. Fernando M. GHISINI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ LARREA JORGE HECTOR S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 524351/2014) – Interlocutoria: 94/17 – Fecha: 04/04/2017

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

DEMANDA. INTERPOSICION DE LA DEMANDA. FALLECIMIENTO. NULIDAD PROCESAL. SUCESORES DEL CAUSANTE.

Al haber fallecido el causante previamente a la interposición de la demanda ejecutiva, corresponde declarar la nulidad de lo actuado y, en su caso, proceder a interponer una nueva

demanda contra los sucesores del causante.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN C/ LARREA JORGE HECTOR S/ APREMIO" (EXP Nº 524351/2014) venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 1 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

1. Viene la presente causa a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto subsidiariamente al de revocatoria por el Sr. Cristhian Larrea a fs. 38/40, contra lo resuelto a fs. 34/35.

Expresa agravios en el mismo escrito. Se queja por entender que si bien se hizo lugar al planteo de nulidad del mandamiento, por haberse incoado una acción contra una persona que ya no existe, entiende que dicho proceso debe de haberse dado por extinguido con costas a cargo de la actora, quien tiene la carga de corroborar mínimamente la existencia de la persona contra quien se dirige el proceso.

Refiere, que al redireccionar la acción contra él y su hermana, la persecución del crédito los afecta de manera personal, no da lugar a una defensa a título de sucesores de su padre y conculca los derechos constitucionales de debido proceso y defensa en juicio.

En resumen, ataca el redireccionamiento de la causa y la apertura a prueba de la misma. Dice además, que con este proceso se coarta y conculca derechos de demás causahabientes y acreedores. Agrega que el reclamo debió interponerse dentro del sucesorio ya entablado, o que, por el fuero de atracción se debió haber subsumido al mismo.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 44/45 contesta la actora. Cita jurisprudencia de este Tribunal que entiende aplicable. Refiere, que no es cierto –como sostiene el recurrente- que la nulidad que acarrea el fallecimiento del demandado sea una nulidad absoluta en los términos del art. 1047 del Código de fondo.

Entiende que resulta ajustada a derecho la resolución en crisis en cuanto establece la nulidad de la intimación practicada en el domicilio fiscal, respecto del demandado fallecido, y los actos producidos en consecuencia.

No obstante, en cuanto a la decisión del A-quo de tener por cumplida la citación de los herederos con su presentación en autos y trabar la litis solo respecto a ellos, entiende que dicha solución fue tomada por el magistrado –sin petición de su parte-, no correspondiendo expedirse al respecto, y agrega, que no se opone al eventual decreto de nueva notificación respecto de los herederos.

A fs. 46 Juez de grado no hace lugar a la revocatoria y concede la apelación interpuesta en subsidio.

2. Según lo vemos, la decisión adoptada en la instancia de grado es desacertada.

Más allá de la nulidad del mandamiento (declaración que por sí sola determina la nulidad de todo lo actuado en consecuencia), en el caso existe una nulidad mayor y más grave.

Todo lo actuado se encuentra viciado de nulidad absoluta, en tanto la demanda fue entablada contra una persona inexistente.

En efecto, tal como surge de las citas doctrinarias y jurisprudenciales que, en apoyo de su posición traen ambos herederos, corresponde declarar la nulidad de todo lo actuado desde la interposición misma de la demanda, al carecer el demandado de personalidad jurídica, por haber fallecido con anterioridad.

Es que, la persona demandada que fallece antes de la interposición de la demanda no ostenta la condición de parte procesal y, en tanto la posibilidad de ser parte, constituye un presupuesto procesal de carácter absoluto, de él depende, la válida constitución de la relación procesal (cfr. Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Sala I, Zabala, Angela C. c. Ortiz Maldonado, Juan • 13/05/2002 Publicado en: LLGran Cuyo 2002, 536)

Y, si todo lo aquí actuado deriva de ello, mal podría conservarse algo.

3. Al respecto, indica Gozaíni: "…La lógica argumental es contundente, pues si el sujeto pasivo de la relación jurídica procesal no existe, ni existía al tiempo de la interposición de la demanda porque la existencia de las personas termina con la muerte, las actuaciones producidas son absolutamente nulas e insuceptibles de consentimiento, ya que sólo puede consentir en los términos del art. 170 del Cód. Procesal Civil y Comercial… Entablada como fue la pretensión, ella no se puede sanear por la confirmación del acto…" (cfr. Demanda contra persona fallecida: Nulidad absoluta e insanable. Costas, Gozaíni, Osvaldo A. Publicado en: LA LEY 09/05/2016, 8 • LA LEY 2016-C, 195).

Y, en igual línea se ha sostenido que "…si ejecutado falleció antes de la promoción del juicio debe declararse de oficio la nulidad de

las actuaciones (Conf. Fassi-Yañez, “Código Procesal Civil”, t. 1, pág. 856 #24 y jurisp. citada bajo N° 46; Falcon, “Código Procesal Civil y Comercial...”, t. II, pág. 169, ap. D) y jurisp. allí citada). Ello así, pues los principios procesales que hacen a la lealtad y la buena fe en el trámite de las causas, por cuya vigencia y correcto cumplimiento han de velar los magistrados, exigen ponderar la actitud de las partes en función de tales particularidades, sin caer en fundamentos aparentes que desvirtúen la finalidad del proceso jurisdiccional, que atiende a la búsqueda de la verdad jurídica objetiva (Conf. CSJN, Fallos: 305:126), no debiendo de convertirse el proceso en una ficción, convalidando una actuación que afecta gravemente el derecho de defensa (Morello-Sosa Berizonce, “Códigos Procesales...”, t. II-C, págs. 344 y 345, n° 8).”

En similar sentido se ha sostenido que “…ante la muerte de una de las partes, la nulidad debe alcanzar a las actuaciones posteriores al deceso. Si el fallecimiento ocurrió con anterioridad a la ejecución, ésta debe seguirse contra los herederos, si así no se hace, la nulidad debe ser declarada de oficio (Colombo-Kiper, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Anotado y Comentado”, t. II, pág. 353 y citas jurisp.).

De tal forma, la intimación de pago cumplida a fs. 43, en el mes de mayo de 2007, casi cuatro años luego de ocurrido el fallecimiento de la accionada, es nula debido al hecho de su deficiente tramitación, como también los actos verificados en su consecuencia, y no los anteriores, por su propia naturaleza, están fulminados de nulidad absoluta de conformidad con lo normado por el art. 387 del Cód. Civil y Comercial de la Nación, sin que tal extremo sea susceptible de confirmación.

No debe pasarse por alto que el emplazamiento y su validez tienen, entonces, el carácter de un verdadero presupuesto procesal. Sin él, no hay litis válida. De ahí, que la comunicación de la demanda al demandado constituye una de las aplicaciones procesales del derecho natural y constitucional de igualdad…” (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J, Cons. Prop. Arzobispado Espinosa 1090 c. P. y B., L. s/ ejecución de expensas • 25/02/2016, Publicado en: LA LEY 18/04/2016, 11).

En síntesis:

a) si el ejecutado ha fallecido antes de interponerse la demanda, como no ha llegado nunca a ser parte, no existe una relación jurídica previa que posibilite seguir la ejecución frente a sus herederos.

b) Ello por cuanto la sucesión procesal no puede producirse: para suceder a un difunto en un proceso, éste tiene que haber sido parte del mismo.

c) Por lo tanto, no advirtiendo que en el supuesto, concurran circunstancias excepcionales que impongan apartarse de estas reglas, al haber fallecido el causante previamente a la interposición de la demanda ejecutiva, corresponde declarar la nulidad de lo actuado y, en su caso, proceder a interponer una nueva demanda contra los sucesores del causante.

Las costas de esta instancia se imponen a cargo de la actora vencida. Las de la instancia de grado, atento a desconocer la actora el fallecimiento, se impondrán en el orden causado.

Por ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Hacer lugar al recurso de apelación deducido y declarar la nulidad de lo actuado, conforme lo expuesto en los considerandos, y, en su caso, procederse a interponer una nueva demanda contra los sucesores del causante.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la actora vencida y las de la instancia de grado en el orden causado.

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en un 30% de lo que corresponda en la instancia de grado (art. 15 de la Ley 1594).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"SAN MARTIN CLAUDIA VERONICA C/ PATAGONIA AR S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 508176/2016) – Interlocutoria: 96/17 – Fecha: 04/04/2017

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

ACREDITACION DE LA PERSONERIA. INTIMACION. PRESENTACION EXTEMPORANEA. INCONTESTACION DE LA DEMANDA.

Cabe confirmar el proveído que dispuso ante la falta de cumplimiento oportuno de la intimación cursada a fin de que la parte acredite la personería invocada, hacer efectivo el apercibimiento allí dispuesto y tener por no presentado el escrito de contestación de demanda, toda vez que entendemos que la A-quo ha procedido adecuadamente, protegiendo la garantía constitucional de defensa en juicio y en la órbita de las atribuciones que le otorga el Art. 34, inc. 5° b), del Código Procesal Civil y Comercial. Así, previamente, intimó al letrado por el plazo de ley a subsanar la omisión advertida en cuanto a la acreditación de la personaría, notificación que se efectuó en debida forma, conforme lo ya expuesto, lo que se cumplió extemporáneamente.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "SAN MARTIN CLAUDIA VERONICA C/ PATAGONIA AR S.A. S/ DESPIDO Y COBRO DE HABERES" (JNQLA4 EXP Nº 508176/2016) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

I. Vienen los presentes a estudio en virtud del recurso de apelación interpuesto subsidiariamente al de revocatoria por la parte demandada contra el auto de fs. 314, en cuanto dispone -ante la falta de cumplimiento oportuno de la intimación cursada a fs. 298, consistente en la acreditación de personería-, hacer efectivo el apercibimiento allí dispuesto y tener por no presentado el escrito de contestación de demanda obrante a fs. 82/297.

En sus agravios de fs. 318/320, manifiesta que mediante providencia de fecha 23/09/16 se intimó a su parte a acreditar personería en debida forma y que por problemas de gestión de los instrumentos, se procedió a dar cumplimiento el día 05/10/2016, ante lo cual se dicta el proveído atacado.

Entiende que la sanción dispuesta resulta desmesurada y constituye un claro caso de un exceso ritual manifiesto.

Alega que la intimación de fs. 298 contiene un apercibimiento no contemplado procesalmente, y a tal efecto cita y transcribe en lo pertinente el art. 21 de la ley 921.

Hace referencia a la doctrina del exceso ritual manifiesto. Asimismo, como derivación, entiende que se afecta el principio de verdad material en el proceso, en tanto se priva a su parte de contestar demanda y de producir la prueba ofrecida, y el derecho de defensa en juicio.

Solicita, en definitiva, se deje sin efecto el auto del 07/10/2016 y se lo tenga por presentado, parte, por contestada en tiempo y forma la demanda, acompañada la prueba documental y por ofrecida la restante.

A fs. 321 se deniega la revocatoria intentada y se concede la apelación deducida en subsidio.

La contraria contesta los agravios a fs. 323/324, solicitando su rechazo, con costas.

II. Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, adelantamos que el recurso intentado no puede prosperar.

En primer lugar, cabe destacar que la intimación dispuesta en el proveído de fs. 298 fue debidamente notificada al letrado de la presentante, conforme constancia de fs. 313 bis.

Luego, se advierte que la situación planteada en autos configura un supuesto no previsto en la ley de procedimiento laboral, respecto del cual el máximo Tribunal Provincial sentó su postura en la causa “PUCHETA ADRIANA” (Ac. 4/11) -también laboral- en el que señaló:

“…el letrado de la actora al apelar y expresar agravios de la sentencia de Primera Instancia (cfr. fs. 430/435) invoca apoderamiento, sin acreditar tal representación.

La Alzada, al abordar los recaudos de admisibilidad del recurso de apelación, señala la falta de acreditación del mandato denunciado y en su caso, la de la firma por parte de la accionante o la alegación de gestión procesal.

También sostuvo que inicialmente la actora se presentó por su propio derecho, con el patrocinio del abogado firmante (crf. fs. 14), y que con posterioridad a ese acto y no obstante invocar apoderamiento, el profesional interviniente en el proceso no acreditó personería. Agrega, a lo dicho, que se encuentra vencido en exceso el plazo previsto en el Art. 9 de la Ley 921, sin que luzca ratificación alguna (vide fs. 443 y vta.).

Por ello, resolvió como corolario forzoso que el escrito de expresión de agravios de fs. 430/435 debía reputarse inexistente y, por ende, mal concedido el recurso de apelación".

(…) En el sub-lite, el Dr. M. Mansilla no acreditó personería al apelar y expresar agravios. Tampoco invocó el Art. 9 del rito laboral, o su par 48 del C.P.C.y C.

Por tanto, no nos encontramos bajo la consideración de la figura del "gestor procesal", sino que la situación queda delimitada a la falta de justificación -mediante la presentación del instrumento de poder- de sus facultades para intervenir en las presentes.

Arribado a este punto, entiendo que la materia debatida se subsume en lo dispuesto por el Art. 47 del C.P.C.y C. -por aplicación supletoria conforme a la remisión dispuesta por el Art. 54 del ritual laboral-, norma que regula la representación procesal de origen convencional.

En el análisis del tema a decidir, insoslayable es considerar aspectos centrales de la representación procesal, que nos remite al examen conjunto de los Arts. 46 y 47 del Código Procesal Civil y Comercial…

Ahora bien, un proceso regularmente constituido requiere, además de la competencia del juez, que las partes tengan capacidad para estar en juicio y en el supuesto de actuar con representante, que éste tenga poder suficiente y válido para actuar. La representación es así un presupuesto del proceso.

En nuestro ordenamiento, las normas mencionadas supra regulan las clases de representación: legal y convencional. En ese sentido, el Art. 47 del código de forma contempla la representación procesal voluntaria, la cual exige a los letrados que acrediten su personería en el primer acto judicial que realicen en nombre de sus poderdantes, mediante la adjunción de la correspondiente escritura de poder general o especial. (Y conforme el Art. 7 de la Ley 921, simple carta poder o poder apud-acta).

Y aquí, cabe destacar que si bien el texto bajo análisis establece la carga procesal de acreditar ab initio la personería de quien se presenta en juicio en nombre de otro, lo cierto es que la norma no limita su justificación cuando dicha etapa ha sido superada. Ello así, porque el precepto legal no prevé sanción alguna.

Entonces, debe acudirse a otras disposiciones del Código adjetivo y de manera fundamental, a los deberes procesales tipificados en su Art. 34, inc.5° b), que tienden a la aplicación del principio de saneamiento, conforme al cual atañe al judicante disponer que se subsanen las deficiencias, irregularidades o ausencia de poder. Estamos ante un vicio básicamente subsanable a través de una intimación (Art. 354, inc. 4, del C.P.C.y C.)

En los presentes, el letrado no acreditó su carácter de apoderado. Pero tal falta luce infructuosa para modificar la condición de su intervención procesal…

En el sub-lite, contrariamente a lo sostenido por la Alzada, la situación en juzgamiento cae en la órbita de los Arts. 46 y 47 del Código Procesal Civil y Comercial, y es ajena totalmente a la presentación de urgencia regulada por los Arts. 9 de la Ley 921 y 48 del Código Procesal.

(…) En todo caso, debió intimar al abogado apelante para que justifique en debida forma la personería invocada.

Por otra parte, cabe señalar que el principio rector que orienta todas las resoluciones judiciales de naturaleza procesal es el que más favorezca a la protección de la garantía constitucional de defensa en juicio (Art. 18 de la Constitución Nacional y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Y ello así, en tanto los requisitos de forma tienen como finalidad el resguardo de exigencias de orden externo. De tal suerte que, sin más, el Art. 9° de la Ley 921 importa aferrarse a un rigorismo formal, que no se compadece con una adecuada administración de justicia, amén de advertirse la relatividad de la falencia puntualizada.

Y son precisamente los jueces los llamados a ponderar la realidad, so pena de caer en lo que la Corte Suprema ha calificado tantas veces de exceso de rigorismo formal…"

Ahora bien, analizando el presente caso bajo los citados lineamientos y pautas de interpretación, entendemos que la A-quo ha procedido adecuadamente, protegiendo la garantía constitucional de defensa en juicio y en la órbita de las atribuciones que le otorga el Art. 34, inc. 5° b), del Código Procesal Civil y Comercial. Así, previamente, intimó al letrado por el plazo de ley a subsanar la omisión advertida en cuanto a la acreditación de la personaría, notificación que se efectuó en debida forma, conforme lo ya expuesto, lo que se cumplió extemporáneamente.

Atento ello, y agotada la vía mediante la cual se intentó sanear oportunamente la deficiencia advertida, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido en subsidio del de revocatoria y, en consecuencia, confirmar el proveído de fs. 314, con costas al

apelante vencido (arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCyC).

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada en subsidio del de revocatoria a fs. 318/320 y, en consecuencia, confirmar el proveído de fs. 314 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 68 CPCyC).

3. Regular los honorarios de la Dra. ..., por su actuación en el doble carácter por la parte actora, en la suma de $ 2.060, y los del Dr. ..., patrocinante de la demandada, en la suma $ 1.030 (arts. 6, 7, 9, 10, 15 y 35, Ley 1594).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1877/2017) – Interlocutoria: 102/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

INCIDENTE DE EJECUCION. RECAUDOS. RECONOCIMIENTO DEL EMPLEADOR. CREDITOS LIQUIDOS Y EXIGIBLES. DICTAMEN DE LA COMISION MÉDICA. RECHAZO DEL INCIDENTE.

Corresponde confirmar la decisión que rechaza la formación del incidente de ejecución por no encontrarse configurados los recaudos previstos por el art. 47 de la ley 921. En efecto, el instrumento acompañado -Dictamen de la Comisión Médica por el cual se determina una incapacidad del 9,17%- no se trata de un reconocimiento efectuado por la aseguradora ni por el empleador. Por otra parte, la “obligación” que se intenta ejecutar y que es el objeto de la presente, depende para su conformación de la respuesta jurisdiccional que se de en esta causa, y que determinará si resulta procedente o no en función de las pruebas a producirse y que se evaluarán en el momento procesal indicado. Asimismo, no se trata de una cantidad líquida de dinero o fácilmente liquidable, y tampoco ha sido reconocida por la aseguradora demandada. Nótese que al contestar la demanda, niega reiteradamente adeudar suma alguna al actor, como así también, el cálculo efectuado por éste (…).

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN C/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION", (JNQLA1 INC Nº 1877/2017), venidos a esta Sala I integrada por la Dra. Cecilia PAMPHILE y el Dr. Marcelo J. MEDORI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Jorge D. Pascuarelli, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA y, de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. La parte actora, en los términos del art. 47 de la ley 921, peticiona la formación de incidente de ejecución.

Adjunta un Dictamen de la Comisión Médica de fecha 22/09/2016, por el cual se determina una incapacidad del 9,17%.

En base al IBM denunciado en estas actuaciones determina un importe de $182.000, calcula un 32% de intereses, en orden a lo cual, arriba a la suma de $240.000, por la que reclama se despache la ejecución.

La demandada se opone. Indica que el Dictamen de la Comisión 9 sólo establece un porcentaje de incapacidad; que el valor en dinero que tal porcentaje representa no es líquido en tanto se encuentra en cuestión el IBM, la indemnización del art. 3 de la ley 26773, etc.

El magistrado lo desestima, en tanto no se dan los recaudos previstos por el art. 47 de la ley 921.

Frente a esto se interpone revocatoria con apelación en subsidio.

Indica el recurrente que, expirados los 15 días que otorga la ley 26.773 sin que la accionada diera en pago, no cabe sino practicar la liquidación correspondiente, imputando tal suma a cuenta de lo que resulte la condena definitiva.

Destaca que nos situamos frente al terreno de derechos alimentarios y que, la circunstancia de no haber agotado la vía administrativa, para promover la demanda, no quita que nos encontremos frente a un reclamo sistémico.

Luego de sustanciada la cuestión, el magistrado rechaza la revocatoria. Para así hacerlo, pondera que fue el accionante quien instó un proceso judicial cuya prueba debe producirse a los fines de arribar a la resolución de la presente causa.

2. Así planteada la cuestión entiendo que el recurso no ha de prosperar en tanto, de los escritos constitutivos del proceso, no emerge que la pretensión presente los caracteres requeridos por el artículo 47 de la ley de procedimiento laboral.

Por una parte, la resolución de la pretensión requiere el tratamiento de los planteos de inconstitucionalidad formulados por la parte actora, no surgiendo tampoco con la nitidez requerida de las constancias que aquí se adjuntan, el IBM propuesto para el cálculo.

"…Debe tenerse en cuenta que el juicio ejecutivo constituye un proceso declarativo abreviado en cuanto al debate de las partes y a los límites del conocimiento y de la decisión judicial, porque nunca resuelve en definitiva la relación jurídica sustancial. Además, son requisitos fundamentales de los títulos ejecutivos -que no son susceptibles de sortearse-, la liquidez y la exigibilidad del crédito.

El título ejecutivo es la constatación fehaciente de una obligación exigible, caracterizado como un presupuesto de una vía procesal específica. La tutela jurisdiccional concedida a determinados créditos generalmente documentados, se logra mediante el reconocimiento, por parte de la ley procesal o sustancial – según las distintas hipótesis-, de una particular certeza jurídica a los créditos dinerarios que cumplen determinados requisitos (exigibilidad, liquidez). En el ordenamiento procesal esta certeza nace del principio general del art. 520 y disposiciones concordantes (Cám. Nac. Apel. Trab. Sala VII, 17-7-92 "Obra Social del Personal Aeronáutico C/ Austral Lineas Aéreas S.A." D:T: 1992 –B- 2397)… Entendiendo en consecuencia, que existe un reclamo controvertido que no habilita la vía requerida por la recurrente…" (cfr. "HERNANDEZ ELVA ETELVINA C/ DAZO PATRICIA Y OTRO S/ PREPARA VIA EJECUTIVA", Expte. Nº 794-CA-1.999).

Estos conceptos son plenamente aplicables al caso analizado y, por lo tanto, toda vez que las diligencias posibles de ser llevadas a cabo, no lograrían disipar las dudas en punto a la exigibilidad y liquidez del crédito aquí reclamado, la desestimación de la vía debe ser confirmada…" (cfr. esta Sala, "OLIVERA CAROLINA DEL VALLE C/ TELEFÓNICA MÓVILES ARGENTINA ARGENTINA S.A. Y OTRO s/ COBRO EJECUTIVO" Expte. N° 500963/2013).

En esta línea también he sostenido, en voto conjunto con la Dra. Clérici: "…el art. 47 de la Ley de procedimientos laboral hace ejecutables aquellos créditos reconocidos por el empleador en instrumentos públicos o administrativos, siempre que se traten de deudas líquidas y exigibles.

El espíritu de la ley es claro, valorando que el trabajador es sujeto de principal tutela y el carácter alimentario de su crédito, otorga una vía rápida de solución del conflicto respecto a ciertos rubros adeudados.

Aplicando estos parámetros al caso en estudio, observamos que no se encuentran reunidos los requisitos indicados en la normativa citada y que autorizan la formación del incidente.

En efecto, el instrumento acompañado no se trata de un reconocimiento efectuado por la aseguradora ni por el empleador.

Por otra parte, la "obligación" que se intenta ejecutar y que es el objeto de la presente, depende para su conformación de la respuesta jurisdiccional que se de en esta causa, y que determinará si resulta procedente o no en función de las pruebas a producirse y que se evaluarán en el momento procesal indicado.

Asimismo, no se trata de una cantidad líquida de dinero o fácilmente liquidable, y tampoco ha sido reconocida por la aseguradora demandada. Nótese que al contestar la demanda, niega reiteradamente adeudar suma alguna al actor, como así también, el cálculo efectuado por éste (ver. fs. 47).

Consecuentemente, y por lo expuesto, no corresponde la ejecución pretendida deviniendo, por tanto, ajustada a derecho la decisión cuestionada…" (cfr. "MORENO PABLO DANIEL C/ EXPERTA ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION", JNQLA5 INC Nº 1007/2016).

3. No obstante ello, no puedo dejar de reflexionar sobre un punto.

Todo el sistema previsto por la Ley de Riesgos de Trabajo se funda en dos aspectos centrales: la prevención para disminuir la posibilidad de acaecimientos de infortunios y luego, acaecido el mismo, asegurar reparaciones suficientes y oportunas.

Así se expresa en la ley 26773 que "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…"

Y en tal línea se establece que "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" (ARTICULO 4º, Ley 26773).

Pero lo cierto es que, más allá de la obligación legal que pesa sobre la demandada –desde lo cual, los términos de su contestación podrían merecer un reproche por insuficiencia, en otro contexto- en definitiva y conforme al modo en que ha sido planteada la pretensión, entiendo que la decisión del magistrado debe ser confirmada, con costas al vencido, difiriéndose la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuente con pautas para ello. MI VOTO.

El Dr. Marcelo MEDORI dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta SALA I

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 68 en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 17 de la Ley 921 y 68 del CPCC) y diferir la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuente con pautas para ello.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Marcelo J. MEDORI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 48888/2011) – Interlocutoria: 104/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DE FAMILIA: Tenencia.

DEBERES Y DERECHO SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS. CUIDADO PERSONAL COMPARTIDO. MODALIDAD ALTERNADA. INTERES SUPERIOR DE LA NIÑA.

Cabe confirmar la sentencia que fija respecto de la niña un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada. Ello así, ya que corresponde señalar que en el sistema del nuevo Código Civil y Comercial el cuidado unipersonal solicitado por las partes es de excepción. Consiguientemente, al valorar los antecedentes y pruebas producidas en autos, no se advierten razones suficientes que determinen que uno deba ejercer el cuidado personal en forma exclusiva, por lo que concluimos que el ejercicio compartido es lo más adecuado para el interés superior de la niña.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "W. N. M. C/ B. A. B. S/ TENENCIA" (JNQFA4 EXP. N° 48888/2011) venidos en apelación del JUZGADO DE FAMILIA NRO. 4 a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y

CONSIDERANDO:

1.- Vienen las presentes actuaciones a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación deducido por el actor contra la sentencia dictada en hojas 315/318, en cuanto fija un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada respecto de la niña G.M.

Expresa agravios en hojas 321/323.

Se queja por entender que en la sentencia no se explicitan los fundamentos de la decisión. Alude a la agresividad de la demandada, conforme surge del expediente Ley 2212.

Refiere que G.M. se encuentra a su cargo y que desde mayo de 2011 vive en forma exclusiva en su domicilio. Agrega que no pierde el contacto con ningún familiar.

Manifiesta que existe un error al interpretar que la menor permanece alternadamente un día con cada progenitor y fin de semana de por medio. Que, por el contrario, 23 días del mes pernocta con él y los 8 restantes con la progenitora, por lo que su domicilio es el principal.

Solicita se revoque la sentencia apelada y se dicte el régimen de cuidado personal compartido con residencia principal en lo del progenitor, con costas.

La contraria contesta los agravios en hoja 325, solicitando se tenga por reproducida la línea argumental y los diversos motivos expuestos por la A-quo en la resolución atacada.

La Sra. Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente interviene en hoja 330.

2.- Ingresando al análisis de la cuestión planteada por el actor, anticipamos que el recurso deducido no habrá de prosperar.

En primer lugar, cabe adecuar las pretensiones de tenencia inicialmente formuladas por las partes en la demanda y reconvención (de fechas 1/06/2011 y 8/07/2011, respectivamente), a la nueva normativa aplicable a la materia (conf. art. 7 del CCyC), tal como lo hace la Magistrada en su sentencia, acertadamente, a nuestro entender.

Esta Sala se ha expedido recientemente sosteniendo que "…el cambio terminológico de "patria potestad" por "responsabilidad parental" no implica un simple reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos, pues el obsoleto concepto de patria potestad llevaba ínsita la idea de los hijos como objeto de protección y no como sujetos de derecho en desarrollo. Asimismo, pone, como regla general, en cabeza de ambos progenitores 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. Cabe destacar que este cambio terminológico se ha realizado de conformidad con el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las responsabilidades de los padres, y el art. 7° de la Ley 26.061, que se refiere a la responsabilidad familiar".

"Así, la responsabilidad parental es entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para "el pleno desarrollo de su personalidad" y "para estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad" (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquélla no solo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización (LORENZETTI, Ricardo Luis, DE LORENZO, Miguel F., LORENZETTI, Pablo-Coordinadores. Autora: HERRERA, Marisa, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo IV, pág. 267; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala J, P.P.N. y otro c/B.C.E. s/Alimentos, 8/09/15)".

"Asimismo, diferenciado de la responsabilidad parental encontramos el cuidado personal que constituye uno de los deberes y derechos de los progenitores que derivan del ejercicio de aquella y atañe a la vida cotidiana del hijo (art. 648) y que en caso de tratarse de padres no convivientes el cuidado personal puede ser asumido por uno de ellos o por ambos (art. 649)".

"Por otra parte, el art. 650 dispone que el cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el primero, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado".

“Nótese que, la figura del cuidado personal adquiere relevancia en todos aquellos supuestos en los cuales hay un desmembramiento entre titularidad y ejercicio. Es en este contexto de ruptura entre los progenitores en el cual la custodia personal tiene virtualidad. El cuidado personal involucra los pequeños actos de la vida cotidiana de los hijos que pueden ser de diversa índole”, ("M. L. B. D. C. C/ A. C. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS", JNQFA4 EXP 65835/2014).

2.1. La sentencia dictada en autos fija un régimen de cuidado personal compartido de modalidad alternada respecto de la niña G.M. La Magistrada fundamenta la decisión teniendo en cuenta principalmente la opinión de la menor en los términos del art. 707 del CCyC y 12 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, como así también los informes psicológico y social producidos en autos. Señala que aparece como adecuada dicha modalidad, toda vez que es la que mayor similitud presenta frente al desenvolvimiento preexistente y los deseos manifestados por la niña.

Ahora bien, corresponde señalar que en el sistema del nuevo Código Civil y Comercial el cuidado unipersonal solicitado por las partes es de excepción.

Al respecto, se comparte lo expuesto por la Sentenciante en cuanto a que “Cierto es que tampoco el resto de la prueba arrimada a autos ha permitido arribar a la convicción de que resulte conveniente apartarse de la regla general en materia del cuidado del hijo (art. 650 y 651 CCC)…”

Nótese, que de la entrevista mantenida por la Defensora del Niño con G.M., con anticipación al dictado de la sentencia de grado, surge el deseo de la menor de estar con ambos padres, y tal manifestación ha sido especialmente valorada por la A-quo, considerando el grado de discernimiento y la madurez de la niña.

Asimismo, de las constancias de autos se desprende claramente que la conflictiva entre los adultos ha sido trasladada a G.M. en numerosas oportunidades, debiendo los progenitores procurar el ejercicio responsable de la coparentalidad, tal como lo señala la Sra. Defensora (crf. hoja 330).

También se observa que las actuaciones del expediente Ley 2212 a las que alude el recurrente, y que obran agregadas por cuerda, datan de hace más de 4 años, siendo la última denuncia policial agregada de fecha 21/10/2012, por lo que no adquieren la relevancia pretendida para la resolución del presente.

En definitiva, tras valorar los antecedentes y pruebas producidas en autos, no se advierten razones suficientes que determinen que uno deba ejercer el cuidado personal en forma exclusiva, por lo que concluimos que el ejercicio compartido es lo más adecuado para el interés superior de la niña.

“Sostiene Medina que el cuidado personal compartido es más beneficioso para el niño que el atribuido a uno solo de los progenitores ya que: a) Favorece la participación de ambos progenitores en la crianza de sus hijos; b) Iguala a los padres en el desarrollo de su vida física, psíquica, emocional, profesional, entre otras, distribuyendo equitativamente las tareas de crianza de los hijos; c) Nivela situaciones de competencia en cuanto al reconocimiento del rol que cada uno de ellos cumple, evitando la compulsión a la apropiación del hijo por parte de uno de ellos; d) Posibilita la incorporación de criterios educativos compartidos, necesarios para la formación del menor. De manera similar a la acontecida en los periodos de convivencia parental; e) Distribuye más equitativamente los gastos de sostén del hijo; f) Disminuye el sentimiento de abandono o pérdida del niño, como resultado de la separación”. (MEDINA, Graciela – RIVERA, Julio C. “Código Civil y Comercial de la Nación”, comentario de María Soledad MIGUEZ de BRUNO, art. 650, Editorial La Ley, 2014).

Luego, en cuanto a la modalidad fijada –alternada-, también compartimos la valoración efectuada por la sentenciante.

Sobre este punto se sostiene que: “El "cuidado personal compartido alternado" se comprueba —cualquiera sea la designación— si hay alternancia en la guarda material, tomando a su cargo el progenitor no sólo la custodia del hijo en los días de descanso (p. ej., los fines de semana), sino también la atención del niño en sus actividades diarias. Los casos típicos de esta clase de cuidado se presentan cuando los padres se atribuyen la custodia personal del hijo, por ejemplo, dividiendo por mitades cada semana, quincena o si se asigna un mes completo, alternativamente a cada uno. Debe quedar claro que el art. 650 no requiere, para configurar el cuidado personal compartido alternado, que el hijo pase períodos iguales con cada progenitor; pues los tiempos (en que el niño estará con uno u otro) será "según la organización y posibilidades de la familia", como reza la disposición. Sin embargo, alguna equivalencia se exige pues, si claramente el hijo se halla el tiempo principal con un progenitor y, consecuentemente, un "tiempo secundario" con el otro, la figura no sería ya la referida sino lo que el nuevo Código denomina "cuidado personal compartido indistinto" (Mizrahi).” (ob. cit. comentario art. 650 CCyC).

Traídos estos conceptos al caso a estudio, tenemos que de las constancias de hojas 247 y 250 surge el régimen provisorio que se viene desarrollando desde abril del año 2013. Sin perjuicio de considerar que el mismo se acerca a la modalidad alternada descripta, aunque no se identifica plenamente, lo cierto es que entendemos –tal como anticipáramos- que la opción fijada en la sentencia resulta ser la más ajustada al interés superior de la niña. Ello, teniendo en cuenta la situación preexistente de la falta de

convivencia de los padres, la falta de acuerdo entre los mismos en el ejercicio de un plan de parentalidad, y por sobre todo, la necesidad y el beneficio que significa para la niña compartir su tiempo y realizar sus actividades acompañada por ambos progenitores de manera alternada, siendo que no existen circunstancias que impidan que así se desarrolle.

3.- Por lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en hojas 315/318.

Las costas de Alzada se imponen en el orden causado atento la naturaleza de la cuestión debatida.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor y, en consecuencia, confirmar la sentencia dictada en hojas 315/318.

Imponer las costas de Alzada en el orden causado y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en un 30% de lo que corresponda por la labor de primera instancia (art. 15, LA).

Regístrese, notifíquese electrónicamente a las partes y a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"BILLAR FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL EDUCACION S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 421965/2010) – Sentencia: 21/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL: Responsabilidad contractual del Estado.

ESTABLECIMIENTO EDUCATIVO. ALUMNO. HORARIO DE RECREO. MORDEDURA DE UN PERRO. INCAPACIDAD FISICA. CUANTIFICACION. DAÑO ESTETICO. DAÑO MORAL. GASTOS DE TRASLADO Y VESTIMENTA. TRATAMIENTO PSICOTERAPEUTICO. PERDIDA DEL AÑO ESCOLAR. TASA DE INTERES. INTERESES MORATORIOS. TASA PASIVA. COMPUTO.

1.- Cabe confirmar la indemnización por daño físico que la sentencia de grado le reconoce al actor quien fuera víctima cuando era menor de edad (actualmente ha alcanzado la mayoría de edad) por la mordedura de un perro en su brazo derecho mientras estaba en el tiempo de recreo en el patio de la escuela primaria a la que concurría, pues la a-quo, en realidad, no desestima parte del daño físico, sino que considera que la indemnización por incapacidad sobreviniente repara solamente las secuelas que alteran funcionalmente el cuerpo de la persona, ocasionándole un detrimento en su capacidad de ganancia y, por ello, excluye a los efectos de la reparación el porcentaje de incapacidad asignado a la cicatriz, sopesando la existencia de esta secuela antiestética en oportunidad de cuantificar la indemnización por daño moral.

2.- Es cierto que el monto indemnizatorio –por gastos de traslado y de vestimenta- es la mitad de lo pretendido en la demanda por la totalidad de los rubros antedichos, pero ello no importa

que exista omisión de tratamiento de las cuestiones denunciadas en la expresión de agravios, sino que la apreciación prudencial de la a quo ha determinado que la suma otorgada se ajusta a lo que presuntivamente puede haber erogado el actor.

3.- Asiste razón a la parte actora respecto del reconocimiento de tratamiento psicoterapéutico, aunque en realidad no se trata de una omisión en el abordaje del tema, sino de un olvido al momento de cuantificar la indemnización por daño material. Advierto que la jueza de grado expresamente hace lugar al reclamo por tratamiento psicológico, estimando el valor de la sesión en $ 150,00, pero después no incluye el monto final en la indemnización. Dado que la demandada no ha cuestionado este aspecto del fallo, corresponde, entonces, incorporar a la indemnización por daño material el costo de las 48 sesiones de tratamiento que ha indicado la perito (durante un año, a razón de una sesión semanal), el que asciende a $ 7.200,00, por lo que el capital de condena se eleva a la suma de $ 221.200,00.

4.- Cabe confirmar la sentencia de grado en cuanto a que no hace lugar a reparación por la pérdida del año escolar por parte del actor, toda vez que no se advierte que la repetición del grado que cursaba haya ocasionado al actor algún perjuicio de orden patrimonial, enmarcándose sus consecuencias en el ámbito de lo extrapatrimonial, dado que el daño denunciado en la demanda refiere a la pérdida del año escolar en sí y a la pérdida de trato habitual con sus compañeros de grado, a la vez que lo encuentro suficientemente indemnizado con el monto otorgado por la a quo en concepto de daño moral.

5.- A efectos de valuar si la indemnización fijada por la a quo para resarcir el daño moral es justa o desmesurada, como lo pretende la demandada recurrente, he de tener en cuenta las características del hecho dañoso (un niño que encontrándose dentro de la escuela y en horario escolar es atacado por un perro); la conmoción que tiene que haber producido este ataque en una persona menor de edad, la que razonablemente puede presumirse; el tratamiento de la lesión sufrida, que determinó no sólo la curación y sutura inicial, sino también la necesidad de realizar un injerto en la zona lesionada; la evolución tórpida de este último, con infecciones recurrentes, conforme el informe médico pericial; la cicatriz que tiene el actor en su codo y parte de su brazo, que afecta la estética corporal; la pérdida del año lectivo en que ocurrió el accidente, que lo obligó a repetir el grado y perder a sus compañeros de clase –hecho reconocido por la demandada-; las consecuencias en la vida de relación del actor, quién evita los contactos interpersonales dado las burlas de sus pares respecto de su cicatriz y la aversión a los perros, de los que da cuenta el informe pericial en psicología. Valorando estos extremos, considero que la suma otorgada en la sentencia de grado en concepto de indemnización del daño moral ($ 200.000,00) constituye un resarcimiento justo de los padecimientos espirituales que razonablemente pudo haber sufrido el demandante.

6.- El daño extrapatrimonial, en autos, se produjo en el mismo momento del hecho dañoso, más allá que ha perdurado hasta la actualidad, por lo que la mora de la demandada coincide con aquél momento.

7.- En lo concerniente a la tasa de interés aplicada al daño moral […] si bien esta Sala II ha venido aplicando igual tasa del interés moratorio ya sea que se trate de reparación de daños

patrimoniales como no patrimoniales, entiendo que ante el cuestionamiento expreso de la parte –demandada-, se debe rever aquella posición. Por ello, […] al haber sido fijada –la indemnización por daño moral- a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital. En efecto, en tanto el capital correspondiente a la reparación del daño moral responde a valores actuales, no fue afectado por la depreciación del valor de la moneda nacional por el período comprendido entre la fecha de la mora y la del dictado de la sentencia, como sí ocurre con un capital calculado a la fecha de la mora. Consecuentemente, entiendo que debe modificarse la tasa de interés a aplicar sobre la indemnización por daño moral por el período 1 de enero de 2008 a 18 de marzo de 2016 –ambos inclusive-, fijándola en la pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del 19 de marzo de 2016 y hasta el efectivo pago, en la activa del mismo banco.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BILLAR FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL EDUCACION S/ D. Y P. DERIVADOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO", (Expte. Nº 421965/2010), 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 Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora y la demandada Consejo Provincial de Educación interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 500/508, que hace lugar a la demanda respecto del Consejo Provincial de Educación, con costas al vencido, y hace lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la demandada Caja de Seguros S.A., con costas también al codemandado.

a) La parte actora se agravia, en primer lugar, porque la a quo ha desestimado parte importante del daño físico reclamado, apartándose de lo dictaminado por el perito médico.

Dice que no existe, en la sentencia apelada, debida fundamentación lógica, jurídica y científica para modificar la pericia médica. Cita el art. 476 del CPCyC.

Sigue diciendo que no se indica cuáles son los elementos de autos que habilitan a la jueza de primera instancia a juzgar al margen de la prueba producida.

Señala que la a quo no cuestionó la competencia del perito, tampoco los principios científicos o técnicos en los que se fundó el dictamen, no se alegó falta de concordancia entre lo dictaminado y las reglas de la sana crítica.

Agrega que tampoco las partes cuestionaron el informe pericial.

Destaca que la edad del actor en el momento de producción del hecho dañoso, el ámbito escolar donde sucedió, el contexto socioeconómico del demandante, son elementos de convicción que otorgan viabilidad al porcentaje de incapacidad fijado por el perito.

Señala que claramente el perito establece que la incapacidad física del actor es del 36%, por lo que mal puede resolver la jueza de grado que la misma debe ser considerada exclusivamente respecto de la funcionalidad del codo.

También formula queja por lo que entiende como omisión de valorar dos rubros indemnizatorios: gastos de traslado y gastos de vestimenta.

Destaca que de las pruebas incorporadas a la causa surge que los gastos de traslado fueron abonados y efectuados por el actor durante varios meses, en razón de tener que trasladarse desde su domicilio, ubicado en la meseta de la capital neuquina, hasta y desde los centros asistenciales (Hospital Regional Neuquén y Clínica San Lucas), lo que importa un trayecto de aproximadamente 10 kilómetros de distancia. Agrega que fueron muchos los taxis y remises tomados por la falta de frecuencia del transporte público en el sector y en el horario en que atendían al actor.

Indica que la testimonial de autos da cuenta que el actor vivía en la meseta al momento del accidente y que había escasa

frecuencia de colectivos en el sector, en tanto que la demandada nada ha probado al respecto.

En cuanto a los gastos de vestimenta afirma que la demandada tampoco nada probó. Sostiene que el hecho dañoso, donde al actor lo mordió un perro, no sólo ha provocado daños físicos, sino también en su vestimenta. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Como tercer agravio cuestiona el no reconocimiento de los gastos por tratamiento psicológico.

Manifiesta que esta reparación fue expresamente incluida en la demanda y reconocida por la pericial en psicología.

Finalmente se queja por lo que considera una errónea valoración del rubro indemnizatorio “pérdida del año escolar”.

Pone de manifiesto que la a quo reconoce que la pérdida del año escolar ocurrió, pero encuentra que no se ha probado que ello fue como consecuencia del hecho dañoso.

Entiende que esta última circunstancia se encuentra probada, ya que el actor vive, y vivía, en precarias condiciones en la zona de la meseta, sector que en el año 2007 se encontraba alejado del centro y cuyo acceso era por un camino de tierra que salía desde el barrio Parque Industrial y se internaba en la meseta, pasando por el basurero municipal y llegando al barrio, con características rurales. Afirma que las viviendas se encuentran separadas unas de otras, que el agua potable se distribuía por camiones cisternas en forma periódica, siendo almacenada por los vecinos; en tanto que el servicio de transporte público era de cuatro frecuencias diarias.

A lo dicho suma que el informe pericial psicológico determina que el demandante sufrió estrés post traumático, mencionando entre sus consecuencias: evitar actividades, lugares o personas que motivan recuerdos del trauma (ir al colegio, encontrarse con los alumnos que se burlan de él), reducción acusada del interés en actividades significativas (asistir a la escuela, cumplir con tareas escolares), consecuencias que se prolongaron más de seis meses de ocurrido el episodio.

Dice que también la pericia médica corrobora este extremo, ya que en ella se da cuenta de que el actor con posterioridad al accidente ocurrido en julio de 2007, fue operado en agosto de 2007, siendo dado de alta tres meses después.

b) La demandada Consejo Provincial de Educación se agravia por el monto de la reparación por daño moral.

Califica a dicho monto como exorbitante y alejado de la realidad, destacando que el daño estético está constituido por una cicatriz en el brazo, y que la propia sentenciante de grado observa que esta cicatriz no lo incapacita laboralmente, como tampoco surge de autos que el niño haya quedado incapacitado para realizar algún deporte o alguna actividad artística.

Agrega que la sentencia recurrida fija la reparación del daño moral en la suma de $ 200.000,00, fallando de este modo ultra petita, ya que el actor había solicitado en tal concepto una indemnización de $ 40.000,00 con más el daño estético por $ 61.500,00, rubros que sumados no llegan al monto de la indemnización determinada. Cita jurisprudencia.

Se agravia también porque la jueza de primera instancia dispuso el cálculo de los intereses desde el día del accidente, sin distinguir el daño moral del daño físico.

Afirma que al establecer una indemnización por daño moral actualizada y aplicar la tasa de interés del fallo “Alocilla”, la sentencia apelada incurre en una superposición de valores que altera el significado económico del capital de condena, incrementándolo indebidamente y comprometiendo los principios que vedan el enriquecimiento sin causa.

c) La aseguradora demandada contesta los traslados de las expresiones de agravios señalando que el fallo de grado se encuentra firme respecto del rechazo de la citación a su parte.

d) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 551/552.

Dice que los fundamentos de la sentencia son sólidos en cuanto a la justificación del monto de la indemnización por daño moral. Señala el padecimiento del actor, destacado en ambas pericias, el que muestra que el niño no solamente sufrió en el momento del ataque, sino que continuó con las operaciones y tratamientos, con la reinserción en el ámbito escolar donde fue víctima de constantes burlas y por sobre todo, porque su niñez terminó transcurriendo en un hábitat hostil, rodeado de perros. Recuerda que la cicatriz queloide la llevará de por vida, no obstante los tratamientos que haga.

Defiende, respecto de los demás agravios, la sentencia recurrida.

e) La codemandada Consejo Provincial de Educación no contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria.

II.- Los agravios de las partes giran en torno de la procedencia y extensión de la reparación del daño determinada en la sentencia de grado, por lo que llegan firmes a esta instancia tanto la existencia del hecho dañoso y sus características, como la responsabilidad de la demandada recurrente por las consecuencias del mismo.

El hecho dañoso del que fuera víctima el actor cuando era menor de edad (actualmente ha alcanzado la mayoría de edad) fue descripto en la sentencia de grado como: encontrándose el actor en tiempo de recreo en el patio de la escuela primaria a la que concurría, fue mordido en su brazo por un perro que ingresó al establecimiento educativo; en tanto que la responsabilidad de la demandada encuentra su fundamento en el art. 1.117 del Código Civil de Vélez Sarsfield –norma de aplicación en atención a la

fecha del suceso dañoso- dado su condición de propietaria de la escuela.

La parte actora se agravia, en primer lugar, por la desestimación a los efectos indemnizatorios de parte del daño físico.

De la lectura del informe pericial médico obrante a fs. 354/356 vta. surge que el experto ha determinado el porcentaje de incapacidad total del actor con fundamento en que éste presenta: a) cicatriz queloide en el codo, a la que califica como aberrante y antiestética; y b) limitación funcional del codo.

Para la primera afección, atribuye un 30% de incapacidad, en tanto que para la segunda afección, un 6% de incapacidad.

La a-quo, en realidad, no desestima parte del daño físico, sino que considera que la indemnización por incapacidad sobreviniente repara solamente las secuelas que alteran funcionalmente el cuerpo de la persona, ocasionándole un detrimento en su capacidad de ganancia y, por ello, excluye a los efectos de la reparación el porcentaje de incapacidad asignado a la cicatriz, sopesando la existencia de esta secuela antiestética en oportunidad de cuantificar la indemnización por daño moral. Y ello es, en mi opinión, correcto.

En autos “Barros c/ Tripailao” (expte. n° 368.042/2008, P.S. 2013-III, n° 100) señalé que: “…del informe pericial surge que esta cicatriz no le ocasiona al actor una disminución en su capacidad laborativa, ni una merma física que le impida desenvolverse con normalidad en las distintas actividades diarias, y en su vida de relación. Desde este punto de vista, asiste, entonces, razón al recurrente, respecto a que no existe un daño patrimonial a reparar.

“Tiene dicho la jurisprudencia que “la indemnización por incapacidad sobreviniente resarce no solamente la incapacidad física sino la merma de aptitudes que sufre el individuo para obtener lucros futuros y cualquier disminución mensurable económicamente que experimente el dañado con las consecuencias negativas que se generen en su patrimonio” (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala J, 17/8/2010, “Avellaneda c/ La Central de Vicente López S.A.”, LL on line, AR/JUR/45006/2010), y que “el concepto de incapacidad sobreviniente comprende toda disminución física o psíquica que afecta tanto la capacidad productiva del individuo como aquella que se traduce en un menoscabo en cualquier tipo de actividad que desarrollaba con la debida amplitud y libertad” (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala E, 17/8/2010, “Sepich c/ N.S.B. S.A.”, LL on line AR/JUR/61589/2010).

“Mediante la indemnización por incapacidad sobreviniente no son las lesiones padecidas las que se indemnizan, sino la disminución de la aptitud física o psíquica derivada de las secuelas permanentes. Y en autos, como se dijo, no existe para el actor disminución alguna de sus capacidades físicas o psíquicas derivadas de la cicatriz –única secuela del accidente-. Consecuentemente no existe daño material para el accionante.

“Lo expuesto no quiere decir que la secuela que presenta la víctima no deba ser indemnizada. Indudablemente de no haber sufrido el accidente de tránsito el actor no tendría la cicatriz que hoy tiene, y que constituye un daño a la salud del demandante.

“Ricardo Luis Lorenzetti señala que “cuando una persona sufre un daño físico suele recurrir al médico para que lo determine y éste lo hace en función de sus conocimientos específicos. El jurista puede caer en la tentación de adoptar, sin más, ese criterio. Resulta necesario precisar cuál es el concepto jurídico y cuál es el médico, sus diferencias y similitudes.

“Lo que se resarce no es la incapacidad sino sus repercusiones económicas y morales. En nuestro caso, se debe atender al modo en que la minusvalía afecta la capacidad de ganancia del sujeto, ya que el régimen jurídico contempla el resarcimiento de ganancias perdidas por las lesiones (art. 1086, Cód. Civil), no las lesiones en si mismas” (aut. cit., ”La lesión física a la persona. El cuerpo y la salud. El daño emergente y el lucro cesante” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 110/111).

“Por ende y tal como lo he dicho, el actor no tiene repercusiones patrimoniales de su lesión, pero, sí las tiene morales, toda vez que se ha infligido un daño a su salud que es necesario reparar. Ello determina que no quepa en autos otorgar una indemnización enmarcando el daño físico como daño patrimonial, conforme lo ha hecho la a quo, sino valorar la secuela física en oportunidad de graduar el daño moral”.

Agrego que la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A resolvió que correspondía disminuir el importe indemnizatorio acordado en concepto de incapacidad sobreviniente si los altos porcentuales calculados por el perito médico no se compadecen con las secuelas físicas irreversibles que caracterizan a la incapacidad sobreviniente e, indudablemente, tuvo en cuenta aspectos relativos a la lesión estética que deben ser ponderados a la hora de valorar el daño moral (autos “Casimiro c/ González”, 20/6/2002, LL AR/JUR/7349/2002).

Y este proceder no significa ni dejar de reparar el daño estético, ya que la indemnización se otorga en concepto de daño extrapatrimonial, ni menos aún apartarse del informe pericial médico, sino solamente encuadrar jurídicamente la procedencia de la reparación pretendida, función que le compete al juzgador y no al perito.

El informe pericial, en su apartado “Consideraciones Médico-Legales”, claramente explicita que la consecuencia de la cicatriz es de orden estético y no funcional, por lo que, reitero, es correcto lo actuado por la jueza de grado en este aspecto.

III.- Otra queja de la parte actora refiere a la omisión de la a quo en orden a reparar los gastos de traslado y de vestimenta reclamados en la demanda. Sin embargo, no existe tal omisión.

En los Considerandos del fallo de grado (fs. 505 vta./506) se puede leer:

“Respecto del reembolso de los gastos médicos, de farmacia, de vestimenta y de traslados, admitiré el rubro indemnizatorio…”, graduando ese reembolso en la suma de $ 2.000,00.

Es cierto que el monto indemnizatorio es la mitad de lo pretendido en la demanda por la totalidad de los rubros antedichos, pero ello no importa que exista omisión de tratamiento de las cuestiones denunciadas en la expresión de agravios, sino que la apreciación prudencial de la a quo ha determinado que la suma otorgada se ajusta a lo que presuntivamente puede haber erogado el actor.

Por ende, el presente agravio también se rechaza.

IV.- Asiste razón a la parte actora respecto del reconocimiento de tratamiento psicoterapéutico, aunque en realidad no se trata de una omisión en el abordaje del tema, sino de un olvido al momento de cuantificar la indemnización por daño material.

Advierto que la jueza de grado expresamente hace lugar al reclamo por tratamiento psicológico, estimando el valor de la sesión en $ 150,00, pero después no incluye el monto final en la indemnización.

Dado que la demandada no ha cuestionado este aspecto del fallo, corresponde, entonces, incorporar a la indemnización por daño material el costo de las 48 sesiones de tratamiento que ha indicado la perito (durante un año, a razón de una sesión semanal), el que asciende a $ 7.200,00, por lo que el capital de condena se eleva a la suma de $ 221.200,00.

V.- El último agravio de la parte actora se refiere a la no reparación por la pérdida del año escolar por parte del actor.

El reclamo que se formula en la demanda sobre este rubro se funda en que, si bien no se computaron como inasistencias escolares las ausencias incurridas por el demandante como consecuencia del tratamiento de su lesión, la demandada no brindó al accionante una maestra domiciliaria para que aquél pudiera estudiar los mismos contenidos que sus compañeros y de igual manera; petición que afirma la parte actora se realizó al Consejo Provincial de Educación (fs. 17 vta.).

Si bien la demandada reconoce que el actor repitió el grado que cursaba al momento del accidente, afirma que ello se debió a una decisión de la familia y que nunca se le requirió la provisión de un maestro domiciliario (fs. 29 vta.).

La jueza de grado rechaza la reparación porque no encuentra probado que la pérdida del año escolar tuviera como causa el accidente sufrido por el actor.

En realidad no se encuentra acreditado que la parte actora hubiera solicitado al Consejo Provincial de Educación la provisión de un maestro domiciliario, pero lo cierto es que la demandada no debió esperar a que se le requiriera el servicio de educación domiciliaria, sino que en conocimiento de la situación del actor, conforme lo estaba, debió oficiosamente arbitrar los medios a efectos que el niño accidentado e imposibilitado de acudir a clases contara con la asistencia de un maestro domiciliario.

No obstante ello, no se advierte que la repetición del grado que cursaba haya ocasionado al actor algún perjuicio de orden patrimonial, enmarcándose sus consecuencias en el ámbito de lo extrapatrimonial, dado que el daño denunciado en la demanda refiere a la pérdida del año escolar en sí y a la pérdida de trato habitual con sus compañeros de grado, a la vez que lo encuentro suficientemente indemnizado con el monto otorgado por la a quo en concepto de daño moral.

VI.- Abordando ahora las quejas de la parte demandada, ellas refieren a la cuantía de la indemnización por daño moral y al cómputo de los intereses respecto de este rubro indemnizatorio.

Con relación al monto de la reparación del daño moral hace ya tiempo que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado una clara directriz rechazando las sumas simbólicas o exiguas, por considerarlas violatorias del principio alterum non laedere que surge del art. 19 de la Constitución Nacional (autos “Santa Coloma c/ E.F.A.”, 5/8/1986, Fallos 308: 1.160).

Sin embargo, tampoco puede fijarse un monto en concepto de reparación del daño moral que, por su magnitud, desvirtúe la finalidad de esta reparación. Esto también ha sido señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al sostener que, siendo el daño moral insusceptible de apreciación pecuniaria,sólo debe buscarse una relativa satisfacción del agraviado mediante una suma de dinero que no deje indemne la ofensa, pero sin que ello represente un lucro que justamente desvirtúe la finalidad de la reparación pretendida (autos “Quelas c/ Banco de la Nación Argentina”, 27/6/2000, LL 2001-B, pág. 463).Rubén H. Compagnucci de Caso sostiene que “El mayor problema que suscita la reparación del daño extrapatrimonial o moral es la cuantificación o medida de su indemnización.

“Es que paradójicamente uno de los argumentos centrales de quienes rechazan la categoría y su juridicidad indica el carácter arbitrario que tiene su determinación judicial.

“Nos encontramos en la zona más dificultosa de toda esta materia, ya que las teorías que sostienen su carácter resarcitorio, el importante contenido de ética que lo engloba, y la inocultable tendencia hacia la justicia del caso concreto, llevan a pretender una

justa y adecuada reparación económica… Señala Pizarro, quién ha estudiado el tema con profundidad y erudición, que es preciso no confundir la valoración del daño con la cuantificación de la indemnización; y en el caso del daño moral primero es necesario establecer su contenido intrínseco, las variaciones en el tiempo por su agravación o disminución, y el interés espiritual lesionado; luego de ello determinar su entidad en el plano indemnizatorio cuantificando la indemnización… Debo señalar que el quantum dinerario por el daño moral tiene independencia absoluta de los de orden patrimonial. Para su estimación desinteresa la existencia de ambos tipos de perjuicios, y mucho menos aparece conveniente vincularlos y dar un cierto porcentaje de uno con relación al otro… El juez posee un cierto grado de libertad en la estimación, pero ello no lo libera de tener en cuenta y consideración ciertos elementos. No es posible desconocer la gravedad del perjuicio, el que se puede observar con un importante grado de objetividad, por aquello del id quod plerunque fit, es decir lo que ordinariamente ocurre o acaece conforme a un comportamiento medio o regular.

"El estado espiritual de la víctima es una pauta a tener en cuenta y consideración… La actuación y comportamiento del demandado, que tendría como objeción acercarse a la tesis de la pena privada, es a mi entender una cuestión que no se puede soslayar" (aut. cit., "La indemnización del daño moral. Avaluación del pretium doloris", Revista de Derecho de Daños, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2013-3, pág. 35/38).

A efectos de valuar si la indemnización fijada por la a quo para resarcir el daño moral es justa o desmesurada, como lo pretende la demandada recurrente, he de tener en cuenta las características del hecho dañoso (un niño que encontrándose dentro de la escuela y en horario escolar es atacado por un perro); la conmoción que tiene que haber producido este ataque en una persona menor de edad, la que razonablemente puede presumirse; el tratamiento de la lesión sufrida, que determinó no sólo la curación y sutura inicial, sino también la necesidad de realizar un injerto en la zona lesionada; la evolución tórpida de este último, con infecciones recurrentes, conforme el informe médico pericial; la cicatriz que tiene el actor en su codo y parte de su brazo, que afecta la estética corporal; la pérdida del año lectivo en que ocurrió el accidente, que lo obligó a repetir el grado y perder a sus compañeros de clase –hecho reconocido por la demandada-; las consecuencias en la vida de relación del actor, quién evita los contactos interpersonales dado las burlas de sus pares respecto de su cicatriz y la aversión a los perros, de los que da cuenta el informe pericial en psicología.

Valorando estos extremos, considero que la suma otorgada en la sentencia de grado en concepto de indemnización del daño moral ($ 200.000,00) constituye un resarcimiento justo de los padecimientos espirituales que razonablemente pudo haber sufrido el demandante.

Agrego que esta determinación del monto de la reparación del daño moral no importa un exceso en las facultades de la jueza de grado, ya que los importes que constan en la demanda, en procesos por daños y perjuicios, son siempre estimativos, quedando a criterio del magistrado judicial valuar en definitiva el monto de la reparación.

VII.- La demandada se queja por la determinación de la fecha de la mora, y consecuente devengamiento de intereses desde ese momento con relación a la indemnización por daño moral, considerando que ella ha sido fijada a valores actuales.

La jurisprudencia nacional ha aceptado pacíficamente la doctrina del plenario "Gómez c/ Empresa Nacional de Transportes" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (sentencia del 16/12/1958, LL 93, pág. 667) en orden a que en la obligación de indemnizar nacida de los actos ilícitos, sean delitos o cuasidelitos, la mora se configura automáticamente desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación, criterio que ahora encuentra consagración positiva en el art. 1.748 del Código Civil y Comercial.

De lo dicho se sigue la improcedencia de la pretensión de la recurrente en orden a modificar la fecha de la mora, la que hoy, además, sería contraria a la legislación vigente.

El daño extrapatrimonial, en autos, se produjo en el mismo momento del hecho dañoso, más allá que ha perdurado hasta la actualidad, por lo que la mora de la demandada coincide con aquél momento.

La demandada también critica la tasa de interés aplicada al daño moral, con cita de jurisprudencia sobre el tema.

Analizado el planteo, y si bien esta Sala II ha venido aplicando igual tasa del interés moratorio ya sea que se trate de reparación de daños patrimoniales como no patrimoniales, entiendo que ante el cuestionamiento expreso de la parte, se debe rever aquella posición.

Rodolfo M. González Zavala destaca la relevancia que tiene, a efectos de determinar la indemnización por daño moral, si corresponde remontarse a los precios que tenían las satisfacciones cuando se produjo el daño o si hay que computar los valores vigentes al momento de la condena, concluyendo que lo correcto es esta última opción ya que "a) No siempre se trata de un daño moral que ya pasó: en múltiples ocasiones las consecuencias espirituales negativas continúan al momento de la sentencia (y previsiblemente seguirán a futuro)… b) La deuda por daños siempre ha sido calificada como una obligación de valor. Su monto, por

ende, se cristaliza recién al momento del pago y no está afectado por la prohibición de indexar. C) Remontarse a valores pretéritos puede ser bastante complicado, y resulta de gran dificultad práctica y poca certeza técnica –máxime en un contexto de crisis económica mundial y probable depreciación monetaria- que el juzgador, a los fines de determinar el monto indemnizatorio, procure trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio" (aut. cit., "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias", RCCyC 2016, pág. 38).

Pero, aclara el autor que vengo citando, si lo correcto es considerar el valor actual de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, la clave está en la cuantía de la tasa de interés. "En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas con ingredientes que, además de resarcir la mora, buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores actuales) la depreciación monetaria registrada entre el hecho y la condena" (aut. cit., op. cit.).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos donde la aplicación de esta tasa de interés desde la mora importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, ""R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.", 7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, " "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.

En efecto, en tanto el capital correspondiente a la reparación del daño moral responde a valores actuales, no fue afectado por la depreciación del valor de la moneda nacional por el período comprendido entre la fecha de la mora y la del dictado de la sentencia, como sí ocurre con un capital calculado a la fecha de la mora.

El Tribunal Superior de Justicia provincial al modificar su criterio respecto de la tasa de interés a aplicar, reconoció que la tasa activa bancaria contempla la expectativa inflacionaria y su aplicación permite no sólo compensar la falta de uso del dinero sino que mantiene incólume el capital de condena (autos "Alocilla c/ Municipalidad de Neuquén", Acuerdo n° 1.590/2009 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En tanto que en autos, hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia el interés moratorio solamente persigue compensar el no uso del dinero, dado que el capital no se ha desvalorizado, y a partir de dicha fecha y hasta el efectivo pago corresponde, además de compensar la privación del capital, preservarlo del proceso inflacionario.

Por otra parte, si aplicamos a la indemnización por daño moral la tasa activa desde el momento fijado por la a quo (1 de enero de 2008) y hasta la fecha de la sentencia de grado (18 de marzo de 2016), obtenemos un monto en concepto de intereses de $ 374.511,61, el que excede el importe del capital y casi lo duplica; y si agregamos los intereses al capital, la suma total que se debería abonar al actor por la reparación del daño moral es de $ 574.511,61, resultado que distorsiona la condena a indemnizar el daño moral, ya que supera en más de dos veces la suma determinada por la jueza de grado cuando, reitero, dicha suma se ha fijado en base a valores vigentes al momento del dictado de la sentencia de grado.

Consecuentemente, entiendo que debe modificarse la tasa de interés a aplicar sobre la indemnización por daño moral por el período 1 de enero de 2008 a 18 de marzo de 2016 –ambos inclusive-, fijándola en la pasiva del Banco Provincia del Neuquén, y a partir del 19 de marzo de 2016 y hasta el efectivo pago, en la activa del mismo banco.

VIII.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente a los recursos de apelación de autos y modificar, también parcialmente, el resolutorio recurrido, incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 221.200,00; y fijando para la indemnización por daño moral la siguiente tasa de interés: a partir de la fecha de la mora y hasta el 31 de diciembre de 2007 inclusive, la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén; por el período 1 de enero de 2008 a 18 de marzo de 2016, ambos inclusive, la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén; y a partir del 19 de marzo de 2016 y hasta el efectivo pago, la tasa activa del mismo banco, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, se imponen en el orden causado (art. 71, CPCyC).

Los honorarios de los abogados actuantes ante la Alzada se regulan, para los Dres. ..., ... y ..., en conjunto, en el 30% de la totalidad de los honorarios de los letrados de la parte actora por su actuación en la primera instancia; y para la Dra. ..., en el 30% de la totalidad de los honorarios de los letrados de la codemandada Consejo Provincial de Educación por su actuación en la primera instancia, todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar la sentencia de fs. 500/508 incrementando el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 221.200,00; y fijando para la indemnización por daño moral la siguiente tasa de interés: a partir de la fecha de la mora y hasta el 31 de diciembre de 2007 inclusive, la tasa promedio entre la activa y la pasiva del Banco Provincia del Neuquén; por el período 1 de enero de 2008 a 18 de marzo de 2016, ambos inclusive, la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén; y a partir del 19 de marzo de 2016 y hasta el efectivo pago, la tasa activa del mismo banco, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, en el orden causado (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los abogados actuantes ante la Alzada para los Dres. ..., ... y ..., en conjunto, en el 30% de la totalidad de los honorarios de los letrados de la parte actora por su actuación en la primera instancia; y para la Dra. ..., en el 30% de la totalidad de los honorarios de los letrados de la codemandada Consejo Provincial de Educación por su actuación en la primera instancia, todo de conformidad con lo prescripto por el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART." - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 445944/2011) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE PARTICULARES. CONSTRUCCION DE EDIFICIO. DAÑOS A LA PROPIEDAD LINDERA. VALORACION DE LA PRUEBA.TASA DE INTERES. INTERES MORATORIO. DAÑO EMERGENTE.TASA DE INTERES. TASA PASIVA HASTA LA PRESENTACION DE LA PERICIA. LUEGO DE LA PERICIA TASA ACTIVA. DESVALORIZACION DE LA VIVIENDA. GASTOS DE ALQUILER. DAÑO MORAL.

1.- Cabe confirmar la condena a resarcir los daños sufridos en el inmueble de los actores y originados en los trabajos de obra en el edificio lindero, toda vez que, de la prueba relatada – constancias del expediente administrativo iniciado por la Dirección de Obras Particulares de la Municipalidad de Neuquén y acta de constatación notarial de la propiedad de los actores confeccionada de manera previa al inicio de la obra de construcción del edificio lindero- es

posible afirmar que la aparición de: "… las grietas y fisuras en los muros del acceso, estar, comedor, cocina y patio. En los pisos y revestimiento cerámico se pueden ver fisuras y grietas y también están fisurados los cielorrasos…" es temporalmente posterior a la realización de los trabajos para construir el edificio. Es cierto que no existe una pericia técnica anterior a la edificación cuestionada sin embargo la prueba apuntada permite sostener esa conclusión pues opera a modo de indicios.

2.- En cuanto a la objeción de los demandados acerca de la imputación de los mismos –daños en la propiedad de los actores- a la cuestión de la humedad –propia de la vivienda-, no sólo que en la primera constatación efectuada por el arquitecto E. se señala que en el garaje el problema de humedad estaba resuelto, así: "… se detectaron en el garaje algunas entradas de humedad localizadas las cuales ya fueron arregladas por la propietaria…", sin que refiriera advertir grietas de ningún tipo, las que a juzgar por el tamaño que dan cuenta las fotografías que acompañan a la pericia técnica es prácticamente imposible que no se hubieran observado.

3.- Si bien los recurrentes señalan que al ser colocados –los pilotes- por perforación no hubieron golpes que pudieran provocar los daños, sin embargo la existencia de las vibraciones ya sea por el método que tuvo en cuenta en primer lugar el perito - hormigonados in-situ luego de practicarse los huecos cilíndricos de diámetros y profundidades indicados por la Dirección de la Obra, mediante herramientas hoyadoras (tipo tirabuzones)- o el sistema tenido en cuenta luego de la impugnación -pilotes hincados-, lo cierto es que está acreditado que en el proceso constructivo hubo vibraciones y que las mismas tienen la aptitud de provocar los daños que acredita la pericia.

4.- En lo concerniente al valor del daño relacionado con las reparaciones que cabe realizar al inmueble y en punto a la tasa de interés que corresponde aplicar, partimos de la base que los intereses moratorios corren desde la fecha del daño, pues lo que vienen a conjugar es la falta de disponibilidad del dinero para el acreedor. […] Así, al estar fijada la fecha del daño al 15 de mayo de 2.008, el establecimiento de la mora a partir de allí es correcta.

5.- En lo concerniente a la tasa de interés que corresponde aplicar al daño emergente sufrido en la propiedad de los actores, el monto de las reparaciones está determinado al año 2.014 fecha en que se presentó la pericia. Por lo tanto, hasta la fecha de la determinación el monto deba incluir intereses moratorios –por la falta de disponibilidad del capital- a una tasa que no contenga el componente inflacionario- y a partir de allí, la tasa activa que sí tiene en cuenta dicha circunstancia. En consecuencia, he de proponer que el daño emergente se fije en la suma de $69.773,46, diferenciándose la tasa de interés aplicable en el siguiente modo: a partir del 15 de mayo de 2008 y hasta el 7 de marzo de 2014 –fecha de presentación de la pericia la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén; y a partir de esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del mismo banco.

6.- En cuanto a la desvalorización de la vivienda se trata de un particular tipo de perjuicio ya que cabe partir de la certidumbre que la indemnización para reparar el inmueble se destina a que los arreglos restablezcan el estado del inmueble afectado por el daño, sin que permanezca con daños estructurales. De este modo la desvalorización de la vivienda sólo ocurrirá en la

medida que las reparaciones se efectúen incorrectamente, circunstancia que ya no le es imputable a los demandados, quienes asumiendo los gastos de la refacción cumplen con la obligación que les cabe.

7.- En cuanto al rechazo del pago de los alquileres fundado en la falta de prueba, entiendo que le asiste razón a los actores, pues es cierto que el perito determinó que las reparaciones requieren un plazo de 90 días durante los cuales los actores deberían encontrarse fuera de su hogar. […] Por ello y acreditada la necesidad de que los actores deban permanecer fuera de la casa durante un período de tres meses esa circunstancia otorga una pauta suficiente para su determinación al momento de concretarse las restauraciones.[…] De este modo al momento de practicarse la liquidación deberá incluirse un monto que permita alquilar una vivienda que durante un período de tres meses les conceda a los actores la posibilidad de desenvolver su vida cotidiana en condiciones de comodidad, aun cuando no se trate de una vivienda con las mismas condiciones.

8.- En cuanto a la suma otorgada en concepto de daño moral, corresponde confirmar la establecida -$ 40.000-, pues se trata del daño a la vivienda de los actores, siendo una 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, a lo que cabe agregar las distintas instancias, reclamos e incomodidades que padecieron durante el período que duró el proceso de construcción, de modo tal que la suma aparece adecuada y razonable.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de Febrero del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “URLICH JULIETA Y OTRO C/ LYNCO SRL Y OTROS S/ D.Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART.”, (Expte. Nº 445944/2011), 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 Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 482/491, condenando a los demandados a abonar a los actores la suma de $ 110.176,96.

Apelan ambas partes, expresando agravios las demandadas a fs. 502/506; a quienes agravia que la decisión tiene probada la responsabilidad a partir de dichos extractados de los testimonios y de una pericia técnica ampliamente impugnada, al igual encuentra acreditado que antes del inicio de la obra, el inmueble de los actores estaba en buenas condiciones ignorándose la prueba que acompañó su parte.

En esa senda enumeran que se trata de una propiedad que se construyó sin zapatas, que cuenta con construcciones efectuadas sin permiso municipal y que tiene problemas de humedad constatados por todos.

Aluden a la existencia de un subsuelo que no se había proyectado inicialmente, y que finalmente la inspección municipal dejó constancia de que la casa se elevó dos metros por encima de la vereda y en el socavamiento se colocó un subsuelo sin que se haya agregado al expediente la estructura antisísmica.

Hace referencia a que el arquitecto que realizó el plano de replanteo de la casa dejó constancia que hay 46,76 metros cuadrados construidos sin permiso municipal.

También aluden a que no se han considerado las fotografías que dan cuenta de la existencia de humedad antes de la construcción del edificio, que en el año 2006 ya acreditaban humedad por encima del zócalo y otra en medio de la pared en las que, pese a haber sido reparadas la humedad volvió a florecer.

Se refiere a la nota que su parte presentó a la Municipalidad en septiembre de 2008 por las filtraciones que llegaban de la casa de la actora, donde constaban no sólo las filtraciones sino también la calidad de la pared, pudiendo apreciarse como había cedido la

construcción.

Manifiestan que las circunstancias señaladas encuentran respaldo en la documentación y en los dichos del testigo Pérez que se expresaba en igual sentido.

Se agravia que se haya determinado la responsabilidad de su parte a partir de una pericia técnica que fue enérgicamente impugnada por su parte y sobre cuyos términos el Juez no efectuó ninguna consideración.

Expresa que las conclusiones del perito parten de datos falsos, puntualmente de un hecho inexistente pues indica que existieron vibraciones provocadas por la hinca de los pilotes y que lo llevaran a concluir: “las fisuras y grietas que presenta la vivienda de la actora denuncian un asiento de la vivienda y es debido a la consolidación del suelo limo arenoso… debido a las vibraciones provocadas por la hinca de los pilotes.”

Señala que la conclusión es falsa pues los pilotes se colocaron por perforación con helicoides con una máquina autopropulsada por lo que los pilotes no se hincaron, y así no hubo golpes que pudieran provocar los daños que indica el perito.

Frente a esta impugnación el Juez señala que de haberse efectuado con mechas el riesgo era mayor, sin que fundamentara esa conclusión.

Agregan que las conclusiones que el perito brindara con cita de Tomlison son equivocadas pues las mismas se refieren a lo que sucede con estructuras apoyadas en pilotes pero no hace extensiva las conclusiones a lo que ocurre con las estructuras vecinas.

Tampoco, según los apelantes, se tuvo en cuenta que el modo en que fueron colocados los pilotes se encuentra acreditado por medio de prueba testimonial y está plenamente probado que no hubo golpes para hincar los pilotes

También se agravian del monto otorgado en concepto de daño material, como así también el criterio para imponer los intereses tomando como inicio la fecha que determina de conocimiento de los daños, el 15 de mayo de 2008.

Expresa que el presupuesto del perito en orden los rubros indemnizatorios fue teniendo en cuenta los precios de plaza a la fecha de su elaboración –marzo de 2.014-, de modo tal que pese a la claridad del dictamen en ese sentido el Juez decide que deben computarse los intereses desde mayo de 2008, más aún cuando la propia reclamante había solicitado que se determinen los daños al momento de la efectiva realización.

También se agravia del monto otorgado en concepto de daño moral pues entiende que es excesivo y en orden a que el mismo sea disminuido argumenta que este tipo de sucesos no pueden transformarse en fuente de enriquecimiento patrimonial pues ello constituye una solución inequitativa e injusta.

Deja planteada la reserva del caso federal y solicita se revoque la sentencia.

A fs. 507/509 expresan sus agravios los actores, quienes puntualizan en primer término el importe otorgado en concepto de daño requerido para reparar la vivienda pues sostiene que el valor debe resultar de la suma que sea necesaria para llevar adelante las tareas especificadas por el perito para reparar la totalidad de las averías que tiene la casa.

De este modo, si se establece un monto fijo teniendo en cuenta la variación de precios en aspectos relativos a la construcción, es claro –a su juicio- que la suma no va a representar la cantidad necesaria para realizar efectivamente las reparaciones.

Asimismo los agravia que el Juez haya considerado que hubo falta de prueba y de estimación por su parte del rubro desvalorización de la vivienda y que por ello lo haya rechazado.

En esa senda indica: “Es claro que un valor tiene la cosa tal como fue construida y otro muy distinto la misma cosa reparada pues un principio general en el caso de bienes valiosos y destinados a alguna perdurabilidad, como son las edificaciones edilicias, determina que el menoscabo de parte estructurales, a pesar de una refacción idónea, genera por regla una merma en el valor de cotización, en cuanto dicho menoscabo de partes estructurales, a pesar de una refacción idónea, genera por regla una merma en el valor de la cotización, en cuanto dicho menoscabo puede ser entonces advertido con algún mínimo asesoramiento”

Insiste en que aún realizándose las reparaciones quedarán huellas en el bien, por lo que no podrá ser restituido a su estado anterior de modo tal que la desvalorización venal es procedente.

Se agravia de que pese a reconocer que su parte deberá afrontar gastos por alquileres mientras se repara la vivienda, la sentencia rechaza el rubro, bajo el argumento de que no hubo prueba ni estimación al respecto.

Señala que el especialista determinó que las obras requerirán 90 días para ser llevadas a cabo y que durante ese lapso no podrá habitarse la vivienda.

Entiende que la procedencia del rubro no depende de un valor previo, sino que debe establecerse la condena y luego al momento de efectivizarse la circunstancia de tener que alquilar concretarse el monto.

Solicita que se haga lugar al rubro peticionado y que se fije prudencialmente a partir del valor del inmueble de conformidad a lo dispuesto por los artículos 503, 516 y ccds. del CPCyC.

A fs. 511/513 obra contestación de agravios de la demandada quien luego de reiterar que la sentencia fue apelada en todas sus

partes, subsidiariamente solicita se rechacen los agravios de la actora.

II.- Reseñados los agravios es preciso examinar en principio el relativo a la determinación de la responsabilidad pues sólo a partir de dilucidar esa cuestión será posible abordar el resto de los agravios y en esa senda, lo que se debate es la posibilidad de imputar el daño que tiene el inmueble de los actores a la actividad constructora que desarrollaron los demandados.

Cabe recordar que: "La construcción jurídica que emerge de los arts. 901 y ss. del Cód. Civil (ver arts. 1726 y 1736 del Cód. Civil y Comercial de la Nación), permite establecer que para determinar la causa de un daño, es necesario formular un juicio de probabilidad, o sea considerar si tal acción u omisión del presunto responsable era idónea para producir regular o normalmente un cierto resultado. Ese juicio de probabilidad que deberá hacerlo el juez, lo será en función de lo que un hombre de mentalidad normal, juzgada ella en abstracto, hubiese podido prever como resultado de su acto (cf. Bustamante Alsina, Jorge, "La relación de causalidad y la antijuricidad en la responsabilidad extracontractual", LA LEY 1996-D, 23)."

"Es así que, para determinar la causa de un daño, se debe hacer ex post facto un juicio de adecuación o cálculo de probabilidad a la luz de los hechos de la causa, habrá que preguntarse si la acción u omisión del presunto agente —en abstracto y prescindiendo de sus condiciones particulares—, era por sí misma apta para ocasionar el daño según el curso ordinario de las cosas. Si se contesta afirmativamente de acuerdo con la experiencia diaria de la vida, se declarará que la acción u omisión era adecuada para producir el daño, el que será entonces imputable objetivamente al agente. Si se contesta que no, faltará relación causal, aunque considerando el caso en concreto tenga que admitirse que dicha conducta fue también una condictio sine qua non del daño, pues de haber faltado este último no se habría producido o al menos no en esa manera (cf. López Mesa, Marcelo J., El mito de la causalidad adecuada, LA LEY 2008-B, 861)."("B., S. c. BBVA Banco Frances S.A. s/ daños y perjuicios" 02/05/2016 Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G Cita online: AR/JUR/57624/2016.)

Es por ello que en primer término hay que determinar si de la prueba colectada, es posible reconstruir cuál era el estado del inmueble antes del inicio de los trabajos de obra en el edificio lindero.

En ese sentido, del examen de las actuaciones he de resaltar en primer lugar las constancias de los expedientes administrativos.

Así, a fs. 437 el Arquitecto Eden, que suscribe como Jefe de la División de Inspecciones de la Municipalidad de Neuquén, expresa en julio del año 2007: "… se pudo observar que la propiedad se encuentra en buenas condiciones edilicias, únicamente se detectaron en el garaje algunas entradas de humedad localizadas las cuales ya fueron arregladas por la propietaria".

A esa fecha también destaca: "en el lote lindero se encuentra realizado actualmente un depósito en el fondo del terreno, además se aclara que se ha presentado en la Dirección de Obras Particulares bajo Expediente N° 03/L/2007 el proyecto de un edificio de aproximadamente 1487.92 m²".

En el mes de octubre del año 2008, el arquitecto Eden da cuenta de que: "… habiendo concurrido a la propiedad ubicada en calle Periodistas Neuquinos N° ... se observaron fisuras en distintas partes de la casa, siendo el recorrido de las mismas en su mayoría en forma diagonal. Cabe mencionar que la Dirección de Obras Particulares no cuenta con equipos que permitan el estudio en profundidad de las patologías mencionadas ni las incumbencias para realizarlos; por dicho motivo solo se puede hacer mención a la inspección ocular realizada en el predio." –fs. 449-

En un sentido similar, la constatación efectuada a pedido de los actores por parte de la Escribana Orlandini –fs. 61/62- del mes de mayo de 2.006 da cuenta que aquellos: "…desean dejar constancia del estado del inmueble dado que al lado de su vivienda, en sentido al Este, en breve comenzarán con los trabajos de construcción de un edificio. Procedemos a recorrer la vivienda, ingresando por el hall de entrada el cual linda con el terreno que da en sentido al Este, ambientes todos que lindan con dicho terreno, haciéndome visualizar la requirente que todos los ambientes descriptos se encuentran en muy buen estado de conservación. A continuación salimos por una puerta que existe en el lavadero y que nos lleva a través de una escalera al patio, haciéndome visualizar la requirente que todos los ambientes descriptos se encuentran en muy buen estado de conservación. A continuación salimos por una puerta que existe en el lavadero y que nos lleva a través de una escalera al patio, haciéndome observar la requirente que toda la pared medianera que linda con el terreno en el cual se procederá a construir un edificio se halla en buen estado de conservación, habiendo solo sufrido el desgaste normal por el transcurso del tiempo … volvemos a ingresar a la vivienda, bajando aún más por la misma escalera llegamos al garaje, el cual también linda con el terreno mencionado, el cual también se halla en muy buen estado de conservación hasta el día de la fecha … volvemos a subir por dicha escalera hacia el lavadero y la requirente solicita continuemos el recorrido por las tres habitaciones existentes en el inmueble, encontrándose dos de ellas ubicadas al Sud y Sudoeste y la tercera ubicada en sentido al Nord Oeste; así como también el baño, ubicado en sentido al Sud, y el comedor que da en sentido al Norte, ambientes todos que la requirente me hace visualizar que se hallan en muy buen estado de conservación.

La requirente procede a sacar fotografías del interior de la vivienda, las cuales solicita sean certificadas por la autorizante y que

formarán parte del presente acta…"

De lo mencionado destaco la coincidencia entre la constatación efectuada por el arquitecto de la Municipalidad la que dejara asentada la Escribana con carácter previo al inicio de los trabajos.

En ese sentido, de la prueba relatada es posible afirmar que la aparición de: "… las grietas y fisuras en los muros del acceso, estar, comedor, cocina y patio. En los pisos y revestimiento cerámico se pueden ver fisuras y grietas y también están fisurados los cielorrasos…" es temporalmente posterior a la realización de los trabajos para construir el edificio.

Es cierto que no existe una pericia técnica anterior a la edificación cuestionada sin embargo la prueba apuntada permite sostener esa conclusión pues opera a modo de indicios.

Al referirse a la prueba por indicios y las presunciones: "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 estos 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 seguirá." ("Teoría General de la Prueba Judicial" Hernando Devis Echandía-Tomo II-pág. 628/9-Zavalía Editor-1974) ("ARGENTI SUSANA LAURA CONTRA SUCESION DE ZEC OMAR RUBEN Y OTRO S/RECONOCIMIENTO DE SOCIO EN S.H.", (Expte. Nº 334087/6)28/7/2009)

En cuanto a la objeción de los demandados acerca de la imputación de los mismos a la cuestión de la humedad, no sólo que en la primera constatación efectuada por el arquitecto Eden se señala que en el garaje el problema de humedad estaba resuelto, así: "… se detectaron en el garaje algunas entradas de humedad localizadas las cuales ya fueron arregladas por la propietaria…", sin que refiriera advertir grietas de ningún tipo, las que a juzgar por el tamaño que dan cuenta las fotografías que acompañan a la pericia técnica es prácticamente imposible que no se hubieran observado.

Respecto al tema de la humedad el perito expresa: "De la visita realizada a la vivienda del actor surge que no se visualizan grietas verticales por fallo de asiento puntual, por lo que no se puede atribuir el asiento de los suelos por debajo del inmueble, a una pérdida de agua. En los casos en que los asentamientos de viviendas se deban a pérdidas de agua, por encima del lugar en que se localizó la pérdida de agua, se debe ver una grieta bien vertical, debido a que el arrastre de partículas de suelo, hace que aparezcan tracciones horizontales." –fs. 349-.

Allí el perito especifica: "Es decir que el origen de las grietas que aparecen en los muros, pisos y cielorrasos, es el asiento del suelo que está por debajo de las zapatas de fundación de la vivienda de los actores y dicho asentamiento fue producto de las vibraciones que produjo el pilotaje realizado en la obra de la demandada."

A fs. 379 el perito expresa: "…debo decir que los riesgos de sentamiento son mayores en el caso de pilotes perforados y hormigonados "in situ" que en los pilotes hincados, por lo que los daños en la vivienda de la actora fueron provocados por su asentamiento, debido a la obra construida por la demandada.

Esta conclusión surge fundamentalmente por el lugar en que se localizan las grietas y la forma de las mismas, que descargan sobre el terreno de los demandados y por la pendiente adoptada por los pisos aledaños a la obra construida por Lynco S.R.L., que debido al asentamiento han perdido su horizontalidad y tienen pendiente progresiva hacia el lote de los demandados.

Estas tres fundamentaciones son suficientes para determinar el origen del asiento de la vivienda. Dado que la vivienda ha sido construida sobre un suelo arenoso y que dichos suelos se compactan por vibración, es que he atribuido la causa al pilotaje realizado por la demandada y más si fueron excavados y hormigonados "in situ"."

La impugnación que plantean los demandados se refiere a que el informe inicial del perito alude a que los pilotes: "… no se ejecutaron hincándolos con martinetes o arietes sino que hormigonados in-situ luego de practicarse los huecos cilíndricos de diámetros y profundidades indicados por la Dirección de la Obra, mediante herramientas hoyadoras (tipo tirabuzones) con extracción del material, y que previa colocación de las armaduras metálicas según cálculos, se volcó el hormigón correspondiente siendo éste solamente sometido a la acción de vibradores para su necesaria compactación, y cuya repercusión abarca diámetros muy pocos centímetros por fuera del diámetro del pilote en ejecución …"

Al agraviarse, los recurrentes señalan que al ser colocados por perforación no hubieron golpes que pudieran provocar los daños, sin embargo la existencia de las vibraciones ya sea por el método que tuvo en cuenta en primer lugar el perito o el sistema tenido en cuenta luego de la impugnación, lo cierto es que está acreditado que en el proceso constructivo hubo vibraciones y que las mismas tienen la aptitud de provocar los daños que acredita la pericia.

En ese sentido, al contestar la impugnación de la pericia, el ingeniero Fernández cita "Los riesgos de asentamiento son mucho

mayores en el caso de pilotes perforados y moldados in situ que en el de pilotes hincados, evidentemente al taladrar el hueco para el pilote, puede provocarse un aflojamiento en la arena…" y continúa: "Los daños en la vivienda de la actora no fueron provocados por golpes, sino por la vibración que produce tanto la hinca de pilotes con helicoides y la acción de un vibrador. El avance de la mecha hoyadora y la posterior acción de vibradores para la compactación del hormigón, produjeron las vibraciones en el suelo areno-limoso y fueron la causa del asentamiento de la fundación de la vivienda contigua (actora) que se puso de manifiesto con grietas y fisuras en los muros y descenso del piso con declive hacia la construcción realizada por la demandada." –fs. 376/377-.

Por otra parte y en cuanto a los metros construidos sin permiso municipal, dicha circunstancia podrá ser pasible de sanciones administrativas pero para el caso lo relevante es acreditar que esa construcción está efectuada sin solidez.

En consecuencia y por lo expuesto entiendo que cabe confirmar la sentencia en cuanto determina la responsabilidad de los demandados.

En cuanto a los rubros indemnizatorios ambas partes los cuestionan: por su procedencia, por su monto y por la fecha de la mora en cuanto a los intereses.

El daño emergente, fijado a los valores numéricos establecidos en la pericia fue cuestionado por los demandados señalando que, si la suma se determinó a marzo de 2014 no hay razón de que se le apliquen intereses desde el año 2.008.

En tal sentido, es preciso en primer lugar y en cuanto a la fecha señalar que, en razón de su naturaleza, los intereses moratorios corren desde la fecha del daño, pues lo que vienen a conjugar es la falta de disponibilidad del dinero para el acreedor.

La cuestión ha sido abordada recientemente por mi colega de Sala, en autos: "BILLAR, FRANCO JAVIER C/ CONSEJO PROVINCIAL DE EDUCACIÓN S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO" Expte. 421.965/2010, si bien resolviéndola en torno a la determinación del valor del daño moral, el examen allí realizado arroja pautas para resolver los agravios en torno al valor del daño relacionado con las reparaciones que cabe realizar al inmueble.

Allí señalaba la Dra. Clerici: "La jurisprudencia nacional ha aceptado pacíficamente la doctrina del plenario "Gómez c/ Empresa Nacional de Transportes" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (sentencia del 16/12/1958, LL 93, pág. 667) en orden a que en la obligación de indemnizar nacida de los actos ilícitos, sean delitos o cuasidelitos, la mora se configura automáticamente desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de reparación, criterio que ahora encuentra consagración positiva en el art. 1.748 del Código Civil y Comercial."

Así, al estar fijada la fecha del daño al 15 de mayo de 2.008, el establecimiento de la mora a partir de allí es correcta.

Sin embargo es preciso atender que fijada la mora al año 2008, y los valores de material y mano de obra en dinero al momento de presentación de la pericia, -año 2014- las cuestiones referidas al interés y el contenido de la obligación, en definitiva, ponen en discusión aspectos relativos a los modos en que se componen las distintas tasas de interés.

En el precedente indicado decíamos: "… si bien esta Sala II ha venido aplicando igual tasa del interés moratorio ya sea que se trate de reparación de daños patrimoniales como no patrimoniales, entiendo que ante el cuestionamiento expreso de la parte, se debe rever aquella posición."

"Rodolfo M. González Zavala destaca la relevancia que tiene, a efectos de determinar la indemnización por daño moral, si corresponde remontarse a los precios que tenían las satisfacciones –reparaciones en el presente caso- cuando se produjo el daño o si hay que computar los valores vigentes al momento de la condena, concluyendo que lo correcto es esta última opción ya que "a) No siempre se trata de un daño moral que ya pasó: en múltiples ocasiones las consecuencias espirituales negativas continúan al momento de la sentencia (y previsiblemente seguirán a futuro)…b) La deuda por daños siempre ha sido calificada como una obligación de valor. Su monto, por ende, se cristaliza recién al momento del pago y no está afectado por la prohibición de indexar. C) Remontarse a valores pretéritos puede ser bastante complicado, y resulta de gran dificultad práctica y poca certeza técnica –máxime en un contexto de crisis económica mundial y probable depreciación monetaria- que el juzgador, a los fines de determinar el monto indemnizatorio, procure trasladarse mentalmente a los valores vigentes a la fecha de producirse el perjuicio" (aut. cit., "Satisfacciones sustitutivas y compensatorias", RCCyC 2016, pág. 38).

Pero, aclara el autor que vengo citando, si lo correcto es considerar el valor actual de las satisfacciones y si los intereses arrancan cuando el daño moral se produjo, la clave está en la cuantía de la tasa de interés. "En estos casos pareciera inadecuado emplear tasas con ingredientes que, además de resarcir la mora, buscan paliar la inflación. Habría aparentemente una duplicidad. Se estaría computando dos veces (con los intereses y los valores actuales) la depreciación monetaria registrada entre el hecho y la condena" (aut. cit., op. cit.).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al dictar el plenario "Samudio de Martínez c/ Transportes Doscientos Setenta S.A." (sentencia del 20/4/2009), si bien estableció que sobre el capital reconocido corresponde aplicar la tasa de interés activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina, hizo una excepción en los supuestos

donde la aplicación de esta tasa de interés desde la mora, importe una alteración del capital establecido en la sentencia, configurando un enriquecimiento indebido.

Con fundamento en este plenario la Cámara mencionada viene aplicando para la indemnización del daño moral una tasa de interés diferenciado en el período comprendido entre la ocurrencia del hecho dañoso y la sentencia, con excepciones y alguna disidencia (Sala J, "M.M.D. c/ MR", 11/3/2014, LL AR/JUR/2483/2014; Sala E, "M.N.F. c/ K.M.A.", 12/3/2014, RCyS 2014-VIII, pág. 156; Sala B, "V., C.F. c/ A., S.H.", 27/5/2014, ED 258, pág. 612; Sala E, "P.,D.M. c/ Q., S.J.", 16/7/2014, ED 261, pág. 57; Sala J, ""R.R.G. c/N.P.R.", 7/10/2014, LL AR/JUR/57564/2014; Sala F, "Porta c/ El Rápido Argentino Cía. de Microómnibus S.A.", 7/4/2015, LL AR/JUR/8026/2015; Sala A, " "M.V.T. c/ Julia Tours S.A.", 24/8/2015, RCCYC 2015, pág. 138; ídem., "M., N.A. c/ Empresa San José S.A.", 18/11/2016, RCYS 2017-II, pág. 116; Sala I, "Paderni c/ Rapetti", 20/9/2016, LL 2016-F, pág. 331, entre otros).

Partiendo de estos antecedentes, entiendo que asiste razón a la recurrente en orden a que la indemnización del daño moral, al haber sido fijada a valores contemporáneos a la fecha de la sentencia y aplicársele un interés moratorio calculado conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, incorpora un componente inflacionario que, en realidad, no afectó al capital.

Por aplicación de los conceptos aludidos, en el caso de autos, el monto de las reparaciones está determinado al año 2.014 fecha en que se presentó la pericia, de modo tal que es posible hacer extensivos los argumentos antes señalados al monto así establecido, importando que hasta la fecha de la determinación el monto deba incluir intereses moratorios –por la falta de disponibilidad del capital- a una tasa que no contenga el componente inflacionario- y a partir de allí, la tasa activa que sí tiene en cuenta dicha circunstancia.

Expresaba la Dra. Clerici en el precedente mencionado: "El Tribunal Superior de Justicia provincial al modificar su criterio respecto de la tasa de interés a aplicar, reconoció que la tasa activa bancaria contempla la expectativa inflacionaria y su aplicación permite no sólo compensar la falta de uso del dinero sino que mantiene incólume el capital de condena (autos "Alocilla c/ Municipalidad de Neuquén", Acuerdo n° 1.590/2009 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias). En tanto que en autos, hasta el momento del dictado de la sentencia de primera instancia el interés moratorio solamente persigue compensar el no uso del dinero, dado que el capital no se ha desvalorizado, y a partir de dicha fecha y hasta el efectivo pago corresponde, además de compensar la privación del capital, preservarlo del proceso inflacionario."

En virtud a lo expuesto, he de proponer que el daño emergente se fije en la suma de $69.773,46, diferenciándose la tasa de interés aplicable en el siguiente modo: a partir del 15 de mayo de 2008 y hasta el 7 de marzo de 2014 –fecha de presentación de la pericia la tasa pasiva del Banco Provincia del Neuquén; y a partir de esa fecha hasta el efectivo pago la tasa activa del mismo banco.

Al decidir así, también es posible dar respuesta al agravio de los actores en cuanto consideraran que era preciso una determinación posterior de la suma, al momento de efectuar las reparaciones, pues la diferenciación entre los distintos componentes de las tasas permitirá el establecimiento próximo que reclamaran los mismos.

En cuanto a la desvalorización de la vivienda se trata de un particular tipo de perjuicio ya que cabe partir de la certidumbre que la indemnización para reparar el inmueble se destina a que los arreglos restablezcan el estado del inmueble afectado por el daño, sin que permanezca con daños estructurales.

De este modo la desvalorización de la vivienda sólo ocurrirá en la medida que las reparaciones se efectúen incorrectamente, circunstancia que ya no le es imputable a los demandados, quienes asumiendo los gastos de la refacción cumplen con la obligación que les cabe.

Por otra parte, el reclamo de los actores está planteado a nivel teórico pues la pericia nada dice respecto a que pese a las refacciones el inmueble pueda quedar afectado estructuralmente, mencionando únicamente a fs. 353 "…La totalidad de las lesiones en la vivienda podrán ser reparadas. Los elementos estructurales quedarán con tensiones encima de las que tenían antes del pilotaje, debido a los asentamientos que debieron soportar", sin que se advierta que las mencionadas tensiones puedan tener una incidencia tal que lleven a la desvalorización del inmueble, por lo que no es posible concluir en el modo que éstos pretenden, correspondiendo que el agravio se rechace.

En cuanto al rechazo del pago de los alquileres fundado en la falta de prueba, entiendo que le asiste razón a los actores, pues es cierto que el perito determinó que las reparaciones requieren un plazo de 90 días durante los cuales los actores deberían encontrarse fuera de su hogar.

En ese sentido, el artículo 165 del Código Procesal dispone que el Juez debe establecer la suma de condena o las bases sobre las que cabe efectuar la liquidación: "La sentencia fijará el importe del crédito o de los perjuicios reclamados, siempre que su existencia esté legalmente comprobada, aunque no resultare justificado su monto."

Por ello y acreditada la necesidad de que los actores deban permanecer fuera de la casa durante un período de tres meses esa circunstancia otorga una pauta suficiente para su determinación al momento de concretarse las restauraciones.

No obstante, es preciso destacar que al acreedor le cabe un deber de colaboración que se dirige concretamente a que la obligación no resulte innecesariamente más gravosa para el acreedor.

De este modo al momento de practicarse la liquidación deberá incluirse un monto que permita alquilar una vivienda que durante un período de tres meses les conceda a los actores la posibilidad de desenvolver su vida cotidiana en condiciones de comodidad, aun cuando no se trate de una vivienda con las mismas condiciones.

No puede perderse de vista que se trata de un período de tiempo corto en relación a lo que la ley de locaciones establece como período locativo, de modo tal que en este punto lo razonable es hacer prevalecer la proximidad con el actual domicilio aun cuando no sea una casa de iguales dimensiones, debiendo tener en cuenta que resultará una morada transitoria.

De este manera al encontrarse establecidas las bases para la liquidación, el procedimiento de determinación aritmético deberá iniciarse dentro de los 30 días de quedar firme la sentencia, pues la decisión que se propone si bien busca resguardar el valor de los perjuicios sufridos por los accionantes, los condenados no pueden quedar cautivos de la incertidumbre del monto que deberán afrontar.

El plazo al que aquí se alude –reitero- deberá tenerse en cuenta sin perjuicio de la facultad que asiste a los demandados de iniciar por su parte el procedimiento tendiente a la determinación del monto de su obligación de condena.

En cuanto a la suma otorgada en concepto de daño moral, corresponde confirmar la establecida pues se trata del daño a la vivienda de los actores, siendo una 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, a lo que cabe agregar las distintas instancias, reclamos e incomodidades que padecieron durante el período que duró el proceso de construcción, de modo tal que la suma aparece adecuada y razonable.

En ese sentido y estando fijado el monto a la fecha de la sentencia, corresponde se diferencie la tasa de interés que devengará el mismo, del modo efectuado al tratar el daño emergente, esto es desde el 15 de mayo de 2.008 al 26 de noviembre de 2.015 –fecha de la sentencia- corresponderá aplicar la tasa pasiva y desde allí hasta el efectivo pago la activa, ambas del Banco Provincia de Neuquén.

Por todo lo expuesto propongo al Acuerdo rechazar el recurso de los co-demandados y hacer lugar al de los actores rechazándolo únicamente en lo que se refiere al monto por desvalorización de la vivienda, disponiendo que la suma de condena se liquide de conformidad a lo expuesto en los considerandos que anteceden, confirmando asimismo la suma de $ 40.000 en concepto de daño moral, imponiéndose las costas de esta instancia a las co-demandadas vencidas.

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. 482/491, condenando a los demandados a pagar a los actores el monto dispuesto en los considerandos, difiriéndose la suma total a la etapa de liquidación, bajo las pautas allí indicadas.

II.- Imponer las costas de Alzada a los demandados vencidos, fijándose los honorarios en un 30% del monto que se determine en la Primera Instancia.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 472397/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 02/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ASEGURADORA. LEGITIMACION PASIVA. LEY DE SEGURO. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. LEY APLICABLE. IURA NOVIT CURIA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. FACULTADES DEL JUEZ. INDEMNIZACION POR DAÑOS. CUANTIFICACION. INCAPACIDAD FISICA. GASTOS DE FARMACIA. GASTOS DE VESTIMENTA. GASTOS DE TRASLADO. DAÑO MORAL. DAÑOS MATERIAL. PRIVACION DE USO DEL RODADO.

1.- Si las partes enmarcaron sus pretensiones en la Ley de Seguros, no resulta posible variar tal encuadramiento legal aplicando el régimen de defensa del consumidor, no obstante su carácter de orden público, ya que ello afectaría gravemente el principio de congruencia y el derecho de defensa de la parte demandada.

2.- Tanto la Ley de Seguros, como la Ley 20.091, tienen preeminencia sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Y pese a la reforma de la ley 26.361, sus disposiciones no le son aplicables a aquéllas. Ello porque existe una incompatibilidad entre ambos regímenes, no sólo de índole jurídica sino también práctica. Frente a ello la cobertura que surge de las normas legales y convencionales que vinculan al asegurador con su asegurado no pueden quedar alteradas por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

3.- Tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad, no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas (Mendez y Vuotto), es que el importe por el que debe prosperar el rubro por incapacidad física debe elevarse hasta la suma de $53.500.

4.- Respecto de los gastos de farmacia, vestimenta y traslado, la a quo no se ha apartado de la jurisprudencia que invoca el quejoso toda vez que aceptó la procedencia de los rubros en cuestión, pero la aceptación de un monto mayor no resulta procedente dado que, como se indica en la sentencia, no produjo prueba alguna en relación al tema, y de ello no se vierte crítica alguna, ni se alega la existencia de prueba que justifique el reclamo, razón por la cual el importe fijado deberá ser confirmado.

5.- En orden al daño moral, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, “Se pueden puntualizar 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)”. Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto fijado debe elevarse a la suma de $20.000.

6.- Toda vez que la parte no ha producido prueba alguna relacionada con el estado de la moto con motivo del accidente, es que los rubros en cuestión (daño material y privación de uso) no prosperarán dado que el presupuesto adjuntado no importa relación causal con el accidente,

cuestión esta señalada en la sentencia y que no fuera adecuadamente rebatida, a lo que se agrega que ninguno de los testigos que declararan en la causa aluden a la existencia de daños en la moto.

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VALENZUELA CONTRERAS CLAUDIO C/ MALDONADO RUBEN DARIO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 472397/2012), 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 Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 262/279 hace lugar parcialmente a la demanda, y en consecuencia, condena a Claudio César Valenzuela Contreras a abonar la suma de $68.350 con mas sus intereses e impone las costas en un 80% a la demandada y el resto a la actora. Asimismo, hace lugar a la defensa planteada por la Aseguradora Escudos Seguros SA, rechazando la acción en su contra, con costas en el orden causado.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 310/321 y cuyo traslado es respondido por la aseguradora a fs. 323/326.

También la actora apela la totalidad de los honorarios.

II.- En primer lugar, cuestiona que se haya hecho lugar a la defensa de la aseguradora toda vez que no se encuentra acreditado que haya cumplido con el deber de informar la suspensión de la cobertura a su asegurado, con especial énfasis en el deber de información que rige todas las relaciones de consumo.

El segundo agravio se dirige a cuestionar el monto fijado por incapacidad física, requiriendo la aplicación de la fórmula "Mendez".

Discute por bajos los montos relacionados con gastos de farmacia, vestimenta, traslados y daño moral.

Objeta el rechazo del daño material y privación de uso.

Por último, se queja de la forma en que se impusieron las costas del proceso.

III.- Ingresando al tratamiento del primer agravio relacionado con la defensa interpuesta por la aseguradora, adelanto que los argumentos expuestos por el quejoso no tendrán andamiento.

Tal como resulta de las constancias de la causa, citada que fuera la aseguradora, interpuso la defensa de falta de legitimación pasiva con fundamento en que el asegurado no abonó la prima pertinente.

Corrido el debido traslado a la actora esta contesta a fs. 47/48, sosteniendo que la defensa era improcedente con fundamento en lo dispuesto por los artículos 31 y 56 de la Ley de seguros.

Al dictar sentencia la jueza, con cita de un precedente de esta Cámara que se comparte, desestima la postura del accionante y dichos argumentos no fueron rebatidos en modo alguno en el escrito recursivo, por lo cual, han quedado consentidos.

En la Alzada el quejoso pretende que se desestime la defensa en base a que la aseguradora no comunicó la anulación de la póliza y el deber de información con sustento en la Ley de defensa del consumidor, lo cual importa un cambio sustancial en el encuadre jurídico de la postura que en el momento procesal sostuviera, y ello no es posible por resultar violatorio del derecho de defensa, y por otro lado, la normativa cuya aplicación ahora pretende tampoco es posible de ser considerada en el ámbito del contrato de seguro, sin perjuicio de señalar que carece de legitimación para alegar la falta de información de la compañía a la asegurada dado que la víctima es un tercero en el contrato de seguro.

Así hemos dicho en casos similares y que se mantiene el 1 de noviembre del 2.016 en la causa "J. A. DEL C. C/ CAJA DE AHORROS Y SEGUROS S.A. Y OTRO S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" (Expte. Nº 370364/2008):

III.- Ingresando al análisis de la cuestión, y en primer lugar, advierto que no resulta de aplicación en el caso la Ley de Defensa del Consumidor.

En efecto, y del resolutorio apelado, observo que la aquo aplica la Ley 24.240 cuando este marco legal nunca fue propuesto por las partes.

En efecto, la codemandada funda su planteo de prescripción de la acción en las normas de la Ley de Seguros, en tanto que la parte actora –al contestar el traslado de la excepción opuesta- en ningún momento invoca que resulte de aplicación la Ley 24.240, sino que centra su defensa en la interrupción del plazo de prescripción operado con la interposición del beneficio de litigar sin gastos. Tampoco en su alegato la accionante hace alusión al derecho del consumo.

Ahora bien, no dejo de advertir que de lo que se trata es de establecer si la acción se encuentra prescripta o no, por lo que podría entenderse que, dado el carácter restrictivo con que debe analizarse la prescripción de una acción, debe aplicarse la norma más favorable a la vigencia de aquella, y así se habilitaría la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

Pero resolver la controversia con base en tal normativa importa tanto como sustraer el litigio del marco normativo formulado por las partes, variando así las bases del conflicto.

Si bien no ignoro que la Ley de Defensa del Consumidor es de orden público (art. 65), habiendo señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es obligación de los tribunales judiciales aplicar este tipo de leyes, aunque las partes no lo hayan pedido expresamente (cfr. autos "Soldevila c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados", 14/10/2008, Fallos 331:2231; autos "Barrios c/ Provincia de Buenos Aires", 6/5/2008, Fallos 331:1085), entiendo que ello es posible en tanto y en cuanto la aplicación de la normativa no pedida no importe el encuadramiento de la controversia en un régimen legal distinto del propuesto por los litigantes.

En autos "Villarroel c/ Vinet" (P.S. 2011-II, n° 61) señalé, con cita de la Dra. Andrea Meroi, sobre las implicancias de los cambios de encuadramientos legales, cuando se trata de un cambio de norma y de toda una serie de consecuencias jurídicas no previstas por las partes. Y, sostuve que:

La máxima iura novit curia, no puede aquí ser entendida como facultad del juez de producir un potestativo cambio de punto de vista jurídico respecto del querido y asumido por los litigantes.

La fórmula en análisis no implica descargar a las partes de la alegación de las normas jurídicas que le son favorables: significa tan sólo que es innecesario probar el derecho vigente y alegarlo con completa precisión y total exhaustividad. El límite a las facultades de aplicación del derecho por los jueces viene exactamente determinado por los límites que los litigantes hayan querido establecer respecto de sus derechos subjetivos, su medida y la amplitud de su ejercicio."

Dice Tapia Fernández: "desde mi punto de vista, la causa de pedir está formada –como se sabe y es communis opinio- por dos elementos: el fáctico y el jurídico.

El elemento fáctico –en esto es también pacífica la opinión científica- vincula al juez en todo caso. Pero respecto del elemento jurídico –el controvertido- es necesario establecer, a mi juicio, una apreciación. El elemento jurídico de la causa de pedir no lo constituye tan solo la/s norma/s concreta/s del ordenamiento jurídico aplicable. Pienso que, a su vez, este elemento jurídico está constituido por dos subelementos: el punto de vista jurídico (o calificación jurídica, o razonamiento jurídico, o fundamentación jurídica o como se quiera denominar) que no es mas que ese conjunto de consecuencias jurídicas que la ley anuda a un determinado supuesto fáctico y que hace que la tutela específica que solicita la parte sea ésa concreta y no otra distinta (por que el actor puede hacer valer sus derechos si quiere y en la medida que quiere), es el paso del hecho al derecho, la traducción en conceptos jurídicos del supuesto de hecho concreto. Y el elemento puramente normativo de ese punto de vista jurídico: la/s concreta/s norma/s aplicable/s a ese objeto procesal delimitado por las partes y sometido a consideración del juez. De ambos elementos sólo el segundo conforma la libertad del juez en las máximas iura novit curia y dabo tibi ius.".

"En definitiva, la habilitación que se reconoce a los órganos jurisdiccionales para examinar la pretensión a la luz de un tratamiento jurídico distinto del que le dota la parte encuentra el límite infranqueable de la identidad de la propia pretensión, cuya configuración pertenece al ámbito del poder de disposición del sujeto."

"Es que el peligro de inseguridad jurídica es evidente para un litigante que no tiene oportunidad de alegar y probar en su defensa todos los elementos constitutivos de la acción no ejercitada que, no obstante, se resuelve".

"Es que la idea de indefensión es el límite que debe regir el principio iura novit curia tanto desde la perspectiva de la regla de la congruencia, cuanto del respeto del principio de contradicción e igualdad de las partes, ya que lo que está en juego es el derecho de defensa en juicio."(El resaltado me pertenece).

"Si el demandado contesta una pretensión esgrimida en base a todas las prescripciones de la norma A y se lo condena por las de la norma B, entiendo que no se ha respetado su derecho de defensa en juicio…."

"…En resumidas cuentas: el principio por el cual el juez aplica el derecho, el iura novit curia, constituye una potestad del juzgador pero en modo alguno ello puede significar que carezca de límites. Así, dicho principio se encuentra limitado por el principio de congruencia, contradicción, igualdad entre las partes y el derecho de defensa de manera tal que el juez no puede modificar los hechos acreditados en el proceso y a los cuales se encuentra vinculado siempre.

Pero tampoco puede modificar la calificación o fundamentación jurídica que realizan las partes en sus escritos introductorios de la pretensión y su contestación y que se encuentra relacionada con los presupuestos de hecho del litigio, pudiendo únicamente modificarse el elemento puramente normativo en ese punto de vista jurídico…." ("D. CONTRA D. S/DAÑOS Y PERJUICIOS" 22/6/06)".

Bajo estos parámetros, y a riesgo de repetirme, si las partes enmarcaron sus pretensiones en la Ley de Seguros, no resulta posible variar tal encuadramiento legal aplicando el régimen de defensa del consumidor, no obstante su carácter de orden público, ya que ello afectaría gravemente el principio de congruencia y el derecho de defensa de la parte demandada.

De todas maneras señalo que la ley mencionada no resulta de aplicación al contrato de seguro.

En efecto, se ha dicho: 10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman." ("Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios-08/04/2014-La Ley Online- AR/JUR/6035/2014).

Y agrega: "…no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 09/12/2009)."

A su vez, la Cámara Nacional de apelaciones en lo comercial, Sala B señaló en los autos "B.E y otro c Mapfre Argentina de Seguros SA s/ ordinario el 30 de diciembre del 2.015 (Publicado en: RCyS 2016-VI , 225 LA LEY 10/06/2016, 5 con nota de María F. Compiani • LA LEY 2016-C, 544 con nota de María F. Compiani • RCyS 2016-VIII, 245 Cita online: AR/JUR/59759/2015), en fundamentos que comparto:

No desconozco que el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor establece una directiva en materia de integración normativa, al prescribir que las disposiciones de esa ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones jurídicas incluidas por la ley. También dispone que en caso de duda rige el principio de interpretación más favorable al consumidor.

La télesis de la norma que involucra las diferentes ramas del derecho torna necesario el diálogo entre las distintas fuentes aplicables para la solución del caso sometido a estudio.

En tal contexto, cabe señalar que tanto la Ley de Seguros, como la Ley 20.091, tienen preeminencia sobre la Ley de Defensa del Consumidor. Y pese a la reforma de la ley 26.361, sus disposiciones no le son aplicables a aquéllas.

Ello porque existe una incompatibilidad entre ambos regímenes, no sólo de índole jurídica sino también práctica. Frente a ello la cobertura que surge de las normas legales y convencionales que vinculan al asegurador con su asegurado no pueden quedar alteradas por la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Esta última legislación tiene por objeto actuar como efectivo control de cláusulas contractuales predispuestas en los contratos de adhesión, cuando el Estado Nacional no interviene. En los seguros, el Estado Nacional a través de la Superintendencia de Seguros de la Nación, aprueba las cláusulas de las pólizas y las primas y controla la actividad aseguradora y reaseguradora en general, resultando así la auténtica y genuina autoridad de control de la actividad aseguradora y reaseguradora "con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial".

Por su lado, la Ley de Defensa del Consumidor incluye reglas protectoras y correctoras, complementarias y no sustitutivas de la regulación general contenida en los códigos de fondo y la legislación vigente.

De admitirse una posición contraria, podría llegar a afirmarse que actualmente el contrato de seguro se encuentra regido por la Ley de Defensa del Consumidor, aplicándose supletoriamente las normas contenidas en la Ley de Seguro en cuanto ellas no resulten modificadas por aquélla. También se llegaría a poner en tela de juicio, las facultades de control de la Superintendencia de Seguros de la Nación (art. 8 de la ley 20.091) (CNCom, esta Sala, in re: "Dotti, Juan María c. Caja de Seguros S.A. s/ ordinario, 29- 06- 15).

En similar sentido, la CSJN sostuvo que si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del CCiv.) y los accionantes revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización. Ergo, si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 CCiv., voto del Juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483), adoptando el criterio de la oponibilidad de las cláusulas contractuales en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor (Fallos: 329:3054 y 3488; 331:379, y causas 0.166. XLIII. "Obarrio, María Pia cl Microómnibus Norte S.A. y otros" y G.327.XLIII. "Gauna, Agustín y su acumulado c. La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro", sentencias del 4 de marzo de 2008). Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues ese Tribunal consideró que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (CSJN, in re: Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa Buffoni, Osvaldo Omar cl Castro, Ramiro Martín si daños y perjuicios", del 08/04/2014).

Por último y sentada como fuera la procedencia de la cláusula de exclusión de cobertura, es preciso abordar el agravio respecto a que la misma sería inoponible a la víctima del accidente la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fallo reciente que involucra la cuestión, si bien que en relación a otra cláusula, sostuvo: "8°) Que los arts. 109 y 118 de la ley de Seguros 17.418 establecen que el asegurador se obliga a mantener indemne el patrimonio del asegurado o del conductor por él autorizado por cuanto deban a un tercero como consecuencia de daños causados por el vehículo objeto del seguro, por cada acontecimiento ocurrido durante la vigencia del contrato, y "La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro".

9°) Que sin perjuicio de señalar que el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las víctimas de accidentes de tránsito constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, y que esta Corte Suprema ha reforzado toda interpretación conducente a su plena satisfacción, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Código Civil) y los damnificados revisten la condición de terceros frente a los mismos porque no participaron de su realización, por lo que si desean invocarlo deben circunscribirse a sus términos (arts. 1195 y 1199 del Código Civil, votó del juez Lorenzetti en la causa "Cuello" y Fallos: 330:3483).

10) Que la función social que debe cumplir el seguro no implica, empero, que deban repararse todos los daños producidos al tercero víctima sin consideración a las pautas del contrato que se invoca, máxime cuando no podía pasar inadvertido para los damnificados que estaban viajando en un lugar no habilitado para el transporte de personas y que de tal modo podían contribuir, como efectivamente ocurrió, al resultado dañoso cuya reparación reclaman." ("Buffoni, Osvaldo Omar c. Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios-08/04/2014-La Ley Online- AR/JUR/6035/2014).

Y agrega: "…no obsta a lo dicho la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues esta Corte ha considerado que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro (M.1319.XLIV "Martínez de Costa, María Esther c. Vallejos, Hugo Manuel y otros s/ daños y perjuicios", fallada el 09/12/2009)."

Por último, el argumento que esboza en cuanto al desamparo en el que se encontraría las víctimas en caso de hacerse lugar a la exclusión de cobertura no es de aplicación al caso de autos pues no puede sostenerse válidamente que la demandada condenada sea insolvente, de modo tal que en este caso en particular dicho argumento resulta dogmático.

Por las razones expuestas, el primer agravio no tendrá andamiento.

IV.- a) Incapacidad física.

Al respecto, los agravios del quejoso se refieren a la cuantía del rubro en cuestión, sin que se adviertan cuestionamientos con respecto a los parámetros considerados por la jueza en su sentencia.

Sobre el tema esta Sala ha variado su postura en relación a la forma de calcular el monto por incapacidad física, adoptando el criterio de tomar en cuenta el promedio entre la fórmula de la matemática financiera y la fórmula Méndez.

Así, hemos dicho a partir de la causa PORTALES HECTOR ELIDOR C/ MOÑO AZUL S.A Y OTRO S/ ACCIDENTE ACCION CIVIL" (EXPTE. 453788/11):

En ese aspecto parto de señalar que comparto que: "… parece posible sostener que el empleo de fórmulas no importa una restricción a la legítima discrecionalidad judicial, sino a la arbitrariedad. Una fórmula no encorseta el razonamiento, sino que simplemente lo expresa con una claridad que es reconocidamente superior (cuando entran en juego magnitudes y relaciones de alguna complejidad interna) a otras posibilidades de expresión. En un estado republicano nada es jurídicamente correcto sólo por las condiciones personales de quien lo afirme o por su mera autoridad, sino que lo es cuando resiste un proceso argumentativo abierto. El ocultamiento de las premisas y de las relaciones empleadas en una conclusión jurídica, parece más bien una actitud oscurantista que perjudica la seriedad de la conclusión implicada, que una contribución a su fortaleza. El empleo de fórmulas explícitas, en este contexto, contribuye simplemente a la honestidad intelectual exigible en este campo. No se trata de una búsqueda irrazonable de precisión ni de un compromiso con método de cálculo alguno, impuesto por razones externas al derecho (por ejemplo, por la eventual autoridad de otras ciencias). Al contrario, importa contribuir a una honestidad consistente en facilitar la refutación de las conclusiones que se sostienen y se consideran correctas. ("La utilidad, significado y componentes de las fórmulas para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes"-Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías LA LEY 2011-A , 877)

En esa inteligencia es que para la determinación de los daños en los casos de indemnizaciones que no están tarifadas como resultan las originadas en acción civiles, la inclusión de los distintos valores que requieren las variables se encuentra sujeta a cuestiones probatorias gobernadas por una lógica de presunciones diversa a las que imperan en el ámbito laboral.

Así, no se trata que el uso de fórmulas resulte inadecuado per se, sino que la determinación y elección del valor de las variables que se utilizan puede resultar complicado de justificar teniendo en cuenta los hechos probados en la causa.

De esta manera en la medida que el actor pretenda que las variables recepten la particularidad de determinados hechos, resulta una carga probatoria acreditar dichos extremos.

Lo dicho tiene relevancia pues a la hora de receptar los cambios introducidos en la denominada fórmula "Méndez" frente a la tradicionalmente utilizada "Vuotto", se presenta de distinto modo la cuestión relativa a la expectativa de vida que propone tomar 75 años frente a la anterior que lo relacionaba únicamente con la edad jubilatoria, y aquella que se refiere a la perspectiva de modificación del salario, ya que es diferente lo que cabe tener encuentra para una persona de 30 o 40 años que para una persona de 50 o 60, en cuyo caso la perspectiva de mejora de salario no es un "hecho notorio".

Destaco estas variables, pues a la hora de modificar un criterio que puede tener impacto en una importante serie de casos, encuentro imprescindible destacar que soy partidario de la utilización de las fórmulas como marco de referencia pero a la vez que es relevante para las partes desplegar la actividad probatoria que el caso particular requiere si lo que se pretende es la modificación de alguna de ellas.

Así, sostienen los autores antes citados: "… aquella crítica que descarta el empleo de fórmulas sobre la base de advertir algunas de sus dificultades, constituye una estrategia de argumentación claramente falaz. Usualmente los mismos críticos, en el acto de descartar ese modo de determinación, prefieren otro que participa en general, de las características que esbozamos en el párrafo anterior, sin siquiera intentar sostener su preferibilidad. Y como es evidente, que un término de una alternativa tenga debilidades, no significa que el otro sea preferible. Demostrar lo segundo, requiere otra cosa. Sin embargo muchas críticas parten de advertir problemas (de elección de variables, de estabilidad de condiciones, etc.) y a continuación descartan emplear toda fórmula y pasan a un acto de intuición único y genéticamente inexplicado, por el cual fijan una cantidad. Todo ello, sin advertir que los mismos problemas que afectaban al procedimiento que desechan, afectan también al que emplean.

Únicamente que, en el que eligen, esa falencia queda escondida tras un proceso de decisión que no se explica, mientras que, cuando se emplean fórmulas, esos problemas quedan a la vista y expuestos a la crítica. En ese modo abierto y explícito de exponer las dificultades, está la fortaleza, no la debilidad, de emplear fórmulas."

"Al contrario, el ingreso a computar —tanto como el valor de cualquiera de las restantes variables— es una circunstancia de hecho y sujeta a las reglas generales del razonamiento judicial. Y podría corresponder a un promedio ponderado del ingreso total para cada uno de los períodos, o a una fracción del mismo, cuando se estime que el daño corresponde a una incapacidad parcial."

"… Es claro, por ejemplo, que una pauta de la experiencia (un hecho notorio) indica que el ingreso de las personas no es igual a lo largo de toda su vida.

Asimismo que está sujeto a circunstancias múltiples y ajenas a su decisión.

Pero también, en cada caso individual sometido a decisión judicial, pueden discutirse y tenerse por acreditados diversos extremos que conlleven alguna conclusión plausible que haga diferir el caso de aquellas estimaciones generales. En un proceso individual, no obstante, la prueba producida puede contradecirlo para el caso concreto, o justificar alguna predicción particular a su respecto. Ciertas tareas especiales, por ejemplo, pueden o no, estar alcanzadas por la jubilación obligatoria y en el caso particular que se esté juzgando, puede ser más pequeña o más grande la probabilidad de una jubilación voluntaria. La curva de ingresos de un deportista, por ejemplo, puede alcanzar su pico muy prematuramente y derivar en un rápido descenso posterior, y así pueden darse casos diversos. Para resumirlo en una regla práctica simple, podríamos decir que las máximas más generales de la experiencia (las que asumen una persona indiferenciada), en este campo, ceden frente a otras de menor generalidad pero todavía generales (las que se refieren por ejemplo, a deportistas, o deportistas de tal o cual disciplina). Y las mismas, ceden frente a las particularidades acreditadas en el proceso individual, para la víctima. Lo expuesto, nuevamente, no es más que una aplicación particular de reglas usuales de convicción judicial y prueba…"

En cuanto al porcentaje de incapacidad que he de incluir para el cálculo, corresponde destacar que al igual que las fórmulas matemáticas los guarismos informados son pautas de orientación que quedan sometidas a la interpretación que de las mismas haga el Juez.

Al respecto, sostuvo mi colega de Sala: "Debo recordar que la indemnización por incapacidad sobreviniente se ha fijado de acuerdo con las normas del derecho civil, y con fundamento en la facultad prevista en el art. 165 del CPCyC, conforme lo ha puesto de manifiesto la a quo. A los efectos de la determinación del monto de la reparación se han tomado en cuenta distintos aspectos que fueron desarrollados en el Considerando respectivo del fallo de grado, donde se ha aclarado que la justeza de la estimación del grado de incapacidad no resulta relevante en juicios donde se persigue la reparación integral a la luz de la normativa civil."

"Ricardo Lorenzetti recuerda que "en doctrina y jurisprudencia reiterada, se señala que la valoración de la incapacidad es una decisión que compete a los jueces. A tales fines no los obliga la prueba pericial, ya que en un sistema regido por las reglas de la sana crítica no hay tal imposición. Tampoco la ley puede obligarlos. Las que han establecido baremos mediante sus decretos

reglamentarios, se cuidan bien de señalar que ellos resultan obligatorios en sede administrativa y no judicial" (aut. cit., "La lesión física a la persona.

El daño emergente y el lucro cesante" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 1, pág. 117). Si bien es cierto que este autor pone de manifiesto que la utilización de baremos otorga al juez un principio de certeza, ello no quiere decir que lo actuado por la a quo sea irrazonable. Más aún cuando el apelante no se agravia por el monto fijado en concepto de indemnización, sino únicamente porque no se determinó un porcentaje exacto de incapacidad."

"Jurisprudencialmente se ha sostenido que "a fin de establecer la indemnización por incapacidad física, no debe adoptarse un criterio puramente matemático, no siendo tampoco de decisiva importancia el porcentaje asignado por el perito, sino la proyección que aquella puede tener en el futuro de la víctima. A este efecto ha de valorarse su edad, su estado de salud, actividad habitual, condición social, familiar y económica anterior al hecho, para luego determinar cuál es la gravitación en todos los aspectos de su vida" (Cám. Fed. San Martín, "B., J.O. c/ Transporte Automotores Luján", 8/11/1991, LL 1992-C, pág. 570)."("BURGOS ABELARDO CONTRA ZOPPI HNOS Y OTRO S/DAÑOS Y PERJUICIOS", (Expte.Nº 255667/1)6/11/12)

Aplicando, entonces, los conceptos aludidos en los párrafos que anteceden y tomando en cuenta que la parte no ha probado sus ingresos a la fecha del hecho, se considerará el salario mínimo vigente en aquel entonces y en consideración con el porcentaje de incapacidad, no objetado, y un promedio entre ambas fórmulas, es que el importe por el que debe prosperar el rubro en cuestión debe elevarse hasta la suma de $53.500.

Destaco que, según mis cálculos, el resultado de la fórmula Méndez sería superior al indicado por el apelante, debo tener en cuenta los términos de los agravios vertidos por la actora que postula un importe de $63.950, razón por la cual y a fin de respetar el principio de congruencia, es que se arriba a la suma indicada en el párrafo que antecede.

b) Gastos de farmacia, vestimenta y traslados.

La crítica vertida por el quejoso en relación al monto que fijara la jueza con relación a los rubros en cuestión no resulta suficiente como para justificar un importe mayor.

Al respecto, cabe destacar que la a quo no se ha apartado de la jurisprudencia que invoca el quejoso toda vez que aceptó la procedencia de los rubros en cuestión, pero la aceptación de un monto mayor no resulta procedente dado que, como se indica en la sentencia, no produjo prueba alguna en relación al tema, y de ello no se vierte crítica alguna, ni se alega la existencia de prueba que justifique el reclamo, razón por la cual el importe fijado deberá ser confirmado.

c) Daño moral.

Nuevamente el apelante objeta por bajo el monto fijado aludiendo a los padecimientos que habría padecido.

En cuanto al daño moral, hemos señalado que para determinar su cuantía, 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.

Nuestro máximo Tribunal Provincial tiene dicho que "la determinación del daño moral en cuanto a la fijación de su importe, ciertamente, se presenta con álgidos contornos a poco que se advierta que no se halla sujeta a parámetros objetivos sino a una ponderación que prudentemente deben efectuar los magistrados sobre la lesión a las íntimas afecciones de los damnificados, los padecimientos registrados, o sea los agravios que se configuran en un ámbito tan reservado y profundo como es el espiritual" (Ac. 769/01; Ac. 107/11).

Asimismo, y en aras a la siempre ardua búsqueda de parámetros objetivos para decidir tanto en relación a la procedencia como su determinación monetaria, "Se pueden puntualizar 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)".

Teniendo en cuenta lo expuesto precedentemente así como las lesiones que se detallan en la pericial médica, las actividades normales que realizaba, la pericial psicológica y las demás circunstancias de autos, considero que el monto fijado debe elevarse a la suma de $20.000.

d) Daños materiales y privación de uso.

Sostiene la parte la procedencia de los rubros en cuestión ya que entiende que el daño material quedó acreditado con el presupuesto que fuera reconocido y por la forma en que ocurriera el hecho, así como la pertinencia del rubro privación de uso.

En el caso y toda vez que la parte no ha producido prueba alguna relacionada con el estado de la moto con motivo del accidente, es que los rubros en cuestión no prosperarán dado que el presupuesto adjuntado no importa relación causal con el accidente, cuestión esta señalada en la sentencia y que no fuera adecuadamente rebatida, a lo que se agrega que ninguno de los testigos

que declararan en la causa aluden a la existencia de daños en la moto.

e) Costas.

Al respecto, considero que dada la naturaleza del reclamo y que la demanda prospera en su mayor extensión, es que las costas deben imponerse en su totalidad a la demandada vencida, conforme lo sostuviera esta Sala en reiteradas oportunidades.

f) Apelación arancelaria.

Tomando en consideración las pautas del artículo 6 de la ley 1.594 y la actividad desplegada por los profesionales que intervinieron en el proceso, estimo adecuados los porcentajes fijados en la sentencia, por lo que deberán ser confirmados.

V.- Por las razones expuestas, propongo se haga lugar parcialmente al recurso y en consecuencia se eleve el monto de condena a la suma total de $83.850.

Costas de Alzada a la demandada vencida en función del resultado del recurso.

Con respecto a la apelación deducida contra la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, las costas de Alzada se impondrán a la actora perdidosa, debiendo regularse los honorarios en base a lo previsto por el artículo 15 de la ley 1.594.

La Dra. Patricia CLERICI dijo:

Adhiero al voto del señor Vocal que ha emitido opinión en primer término, y en lo que refiere al primer agravio agrego que la violación de disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor no fue un tema propuesto a la jueza de grado, por lo que esta Cámara también se encuentra impedida de ingresar a su análisis en virtud de la manda del art. 277 del CPCyC.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo señalé en el precedente “Jara c/ Caja de Ahorros S.A.” citado en el primer voto, con posterioridad a los precedentes del Tribunal Superior de Justicia “Géliz c/ Caja de Seguros S.A.” (Acuerdo n° 46/2010 del registro de la Secretaría Civil) y “Merino c/ Caja de Seguros S.A.” (Acuerdo n° 8/2013 del registro de la Secretaría Civil), la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó resolución en autos “Buffoni c/ Castro” (sentencia del 8/4/2014, LL 2014-C, pág. 144) señalando que una ley general posterior –con expresa referencia a la Ley de Defensa del Consumidor con la reforma de la ley 26.361- no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Modificar parcialmente la sentencia de fs. 262/279 en cuanto al monto de condena que se eleva a la suma total de $83.850.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida en función del resultado del recurso y respecto de las devengadas por la apelación deducida contra la procedencia de la defensa interpuesta por la aseguradora, se impondrán a la actora perdidosa.

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia, en el 30% de los determinados en la instancia de grado (art. 15 de la Ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II - (Expte.: 454223/2011) – Sentencia: 37/17 – Fecha: 07/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

SENTENCIA. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. FALLO EXTRA PETITA. DIFIRENCIAS SALARIALES. LIQUIDACION FINAL. INDEMNIZACION POR ANTIGUEDAD. BASE DE CÁLCULO. MEJOR REMUNERACION.

Corresponde revocar la sentencia que hace lugar a la demanda por diferencias salariales derivadas del erróneo cómputo de la remuneración tomada como base para el cálculo de la liquidación final -arts. 245 y 231 de la LCT-, toda vez que el resolutorio cuestionado ha incurrido en el vicio de incongruencia por haber fallado extra petita. En efecto, las diferencias en la liquidación final que reclamaron las actoras reconocían su causa en el erróneo encuadramiento convencional, y en la omisión de percepción de los adicionales peticionados; y esta pretensión fue rechazada en tanto la prueba pericial contable determinó que la categoría profesional asignada a las trabajadoras como los haberes abonados por la demandada fueron los correctos –extremo que se encuentra consentido por ambas partes-. Luego, condenar a la demandada al pago de diferencias en la liquidación final como consecuencia de no considerar la perito que la base de cálculo tomada a tal fin fuera la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por las demandantes, en los términos del art. 245 de la LCT importa tanto como alterar la base fáctica de la acción entablada en este expediente, ya que se condena por una cuestión no reclamada en la demanda y sobre la cual, lógicamente, la demandada no se ha defendido.

Texto completo:

NEUQUEN, 7 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “NOGUERA MIRTA MABEL Y O. C/ PREVENIR S.A. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES”, (JNQLA1 EXP Nº 454223/2011), venidos en apelación a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 314/316, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La recurrente se agravia por considerar que ha habido un error en la remuneración tomada como base de cálculo de la liquidación final.

Dice que el a quo ha incluido en esta remuneración conceptos no contemplados por las actoras, por lo cual su parte no pudo ejercer el derecho de contradicción.

Sigue diciendo que las actoras han reclamado las diferencias salariales derivadas del pago del rubro “Caja Compensadora del Personal de Cirugía”, señalando que este adicional no se tuvo en cuenta para la liquidación de las indemnizaciones de los arts. 245 y 231 de la LCT, en tanto que la pericia contable detectó el correcto pago de lo reclamado por las demandantes.

Señala que se encuentra acreditado que la demandada abonó correctamente los haberes de las actoras, incluyendo el adicional por neonatología del 20% y los aumentos otorgados en los años 2008, 2009 y 2010, como así también que abonó correctamente el adicional al personal de quirófano, el que no correspondía fuera pagado a las demandantes.

Afirma que el a quo advirtió estos extremos pero, pese a ello, hace lugar a la demanda. Entiende que ello demuestra la incongruencia del fallo recurrido.

Se queja también de lo que califica como infundada imposición de costas.

Sin perjuicio de lo desarrollado como fundamento del primer agravio, manifiesta que la demanda prosperó en un 20% del monto inicial, y por conceptos no reclamados, por lo que la condena en costas a su parte resulta arbitraria e infundada.

Sostiene que las costas debieron ser impuestas por su orden.

Hace reserva del caso federal.

B) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 325/327.

Denuncia que el memorial de su contraria no reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC.

Entiende que la demandada no ha leído detenidamente el informe pericial contable y que el reclamo en concepto de diferencias en la liquidación fue uno de los puntos del reclamo de las actoras. Agrega que el juez tiene facultades para suplir alguna omisión,

aunque insiste que en autos ella no existe.

Considera que se encuentra precluida la etapa para impugnar y observar el informe pericial contable.

Sostiene que el juez de grado, en materia de costas, no ha hecho más que aplicar el principio objetivo de la derrota.

II.- En primer lugar, entiendo que el memorial de la parte demandada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, en tanto constituye una crítica razonada y concreta de la sentencia de primera instancia, por lo que corresponde abordar su tratamiento.

III.- La cuestión traída a conocimiento de la Alzada radica en determinar si la sentencia de primera instancia ha incurrido o no en violación del principio de congruencia, al hacer lugar a la demanda por diferencias salariales derivadas del erróneo cómputo de la remuneración tomada como base para el cálculo de la liquidación final.

De acuerdo con la demanda de autos, las actoras reclamaron diferencias salariales mensuales, consecuencia de una errónea categorización de las demandantes, y las diferencias en el pago de las indemnizaciones de los arts. 245 y 231 de la LCT, basadas, a su vez, en el pago en menos de los haberes (fs. 86 vta./88).

Tal como lo señala el a quo en su sentencia, y llega firme a esta instancia, no existieron estas diferencias salariales, dado que la prueba pericial contable determinó que se abonó correctamente a las actoras los salarios, incluidos los adicionales reclamados.

No obstante ello, el juez de grado hace lugar a la demanda por diferencias en la liquidación final detectadas por la perito contadora, conforme planilla de fs. 295.

Ahora bien, de acuerdo con los dichos de la experta, estas diferencias salariales surgen por que la perito “no coincide con el importe tomado como mejor remuneración mensual, normal y habitual tal como reza el art. 245 de la LCT …” (fs. 297).

Conforme lo sostiene la parte actora al contestar el memorial de su contraria, las accionantes cuestionaron el pago de la liquidación final, pero el fundamento del cuestionamiento fue la supuesta errónea categorización de las demandantes, con percepción en menos de sus haberes mensuales y consecuente pago en menos de la liquidación final, y no que el salario base tomado por la demandada para el pago de las indemnizaciones de ley no fuera, de entre los percibidos por las trabajadoras, la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que refiere el art. 245 de la LCT.

La pregunta a responder es ¿constituye una vulneración del principio de congruencia, con afectación del derecho de defensa de la demandada, que la demanda haya progresado con base en estas últimas diferencias en el pago de la liquidación final?

Como consecuencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio incluidos en el art. 18 de la Constitución Nacional, en materia procesal se ha desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre lo planteado por las partes y lo resuelto en la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia del principio de congruencia, sosteniendo que “los jueces están facultados para calificar jurídicamente hechos y determinar las normas que los rigen con independencia de los argumentos o derechos expuestos por las partes; doctrina ésta que se resume con el aforismo iura novit curia”, pero esta facultad no autoriza que el juez modifique los presupuestos fácticos del litigio, ni altere la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito vulnera el principio de congruencia y afecta, en definitiva, la garantía del debido proceso (cfr. autos “Quenón c/ Directores del Banco Popular Financiero”, Fallos 292:493; “Empresa Constructora Casa S.A.C.I.F.I. c/ Banco Hipotecario Nacional”, Fallos 307:1.487; “Aragone c/ Ema A. Checchi de Cichero Pitre”, Fallos 307:510). Asimismo ha dicho nuestro máximo tribunal nacional que “el principio de congruencia se vincula con la garantía de defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria” (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos “Franco s/recurso de apelación Ley 24.521”, Fallos 327:1.607).

Sin embargo, en materia procesal laboral, la ley de la materia permite que el juez falle ultra petita. Así lo dispone a nivel local el art. 40 de la ley 921.

Carlos Alberto Livellara señala que en la sentencia ultra petita, la falta de correspondencia es de índole cuantitativa, al otorgar más de lo querido. En este caso, la cuestión ha sido incorporada al proceso por las partes, y el tribunal resuelve por encima de lo solicitado, pero dentro de los conceptos y categorías introducidos por aquellas. Por el contrario, en la sentencia extra petita se incurre en una deficiencia cualitativa, cuando se concede algo distinto de lo peticionado por las partes o se introducen cuestiones no planteadas por aquellas, y por ende ajenas a la relación jurídico-procesal. Tal pronunciamiento afecta gravemente la garantía de la defensa en juicio (cfr. aut. cit., “La facultad del juez laboral de calificar la acción y de fallar ultra petita”, Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2007-1, pág. 198/199).

El autor citado da como ejemplo de una sentencia extra petita, el siguiente: si en una demanda se ha reclamado únicamente el preaviso y la indemnización por despido injustificado, no se podrán incluir el aguinaldo y las vacaciones proporcionales, por más

que se pruebe que no fueron pagadas, porque la litis quedó trabada con el reclamo inicial.

Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba (Sala Laboral) nulificó el decisorio de grado en cuanto consideró injustificado el despido del trabajador al no haberse acreditado el cese por incapacidad laboral temporaria que padecía, pues el dependiente, en su reclamo, cuestionó la causal del despido aseverando la existencia de tareas livianas en la empresa demandada que le permitían seguir trabajando, de modo que el pronunciamiento contempla una figura que no fue invocada por las partes como sustento de sus respectivas posturas, lo cual lesiona el derecho de defensa del demandado (autos "Toledo c/ Oscar A. Ramallo S.R.L.", 20/4/2010, LL AR/JUR/25218/2010).

Esta Sala II también ha considerado que existía violación al principio de congruencia cuando, habiéndose demandado en el marco de la ley 24.557, se condenó solidariamente a la empleadora con fundamento en la falta de examen preocupacional como así también de los controles periódicos, por importar un incumplimiento de los deberes de seguridad e higiene previstos en el art. 75 de la LCT y en la ley 19.587, considerando que el principio iura novit curia no permite condenar a una de las partes en virtud de una acción no entablada por el accionante (autos "Pérez c/ Roque Mocciola S.A.", expte. n° 373.906/2008, P.S. 2013-I, n° 18). También se entendió que se violaba el principio de congruencia cuando se condenaba a un rubro que no fue objeto de la pretensión del actor –en el caso, la entrega de los certificados del art. 80 de la LCT- (autos "Olivares c/ Distribuidora Olivos S.R.L.", expte. n° 382.130/2008, P.S. 2014-I, n° 1).

Analizado lo actuado por el juez de grado, a la luz de los conceptos reseñados, entiendo que el resolutorio cuestionado ha incurrido en el vicio de incongruencia por haber fallado extra petita.

En efecto, las diferencias en la liquidación final que reclamaron las actoras reconocían su causa en el erróneo encuadramiento convencional, y en la omisión de percepción de los adicionales peticionados; y esta pretensión fue rechazada en tanto la prueba pericial contable determinó que la categoría profesional asignada a las trabajadoras como los haberes abonados por la demandada fueron los correctos –extremo que se encuentra consentido por ambas partes-. Luego, condenar a la demandada al pago de diferencias en la liquidación final como consecuencia de no considerar la perito que la base de cálculo tomada a tal fin fuera la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por las demandantes, en los términos del art. 245 de la LCT importa tanto como alterar la base fáctica de la acción entablada en este expediente, ya que se condena por una cuestión no reclamada en la demanda y sobre la cual, lógicamente, la demandada no se ha defendido.

Consecuentemente, corresponde revocar el resolutorio apelado y disponer el rechazo de la demanda.

IV.- Dado lo resuelto en el apartado anterior, que importa la modificación de la condena en costas (art. 279, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada sobre este tema.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el decisorio apelado, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda de autos.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

En virtud de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC ya citado se dejan sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia, y se fijan los emolumentos profesionales por la actuación en esa instancia en las sumas de $ 11.000,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y $ 7.700,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

Los honorarios de la perito contadora ... se regulan en la suma de $ 2.200,00, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, quienes actúan a lo largo de todo el proceso, y la labor cumplida.

Los honorarios por la actuación ante la Alzada se regulan en las sumas de $ 3.850,00 para el Dr. ..., y $ 2.310,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido 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 la sentencia de fs. 314/316 y disponer el rechazo íntegro de la demanda de autos.

II.- Imponer las costas por la actuación en ambas instancias a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto las regulaciones de honorarios de la primera instancia (art. 279 CPCyC) y fijar los emolumentos profesionales por la actuación en esa instancia en las sumas de $ 11.000,00 para el Dr. ..., en doble carácter por la demandada; y $ 7.700,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., en doble carácter por la parte actora, de conformidad con lo prescripto por los arts. 9, 10 y 11 de la ley 1.594, considerando el valor JUS vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia.

IV.- Regular los honorarios de la perito contadora ... en la suma de $ 2.200,00, teniendo en cuenta la adecuada proporción que deben guardar con la retribución de los abogados de las partes, quienes actúan a lo largo de todo el proceso, y la labor cumplida.
V.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en las sumas de $ 3.850,00 para el Dr. ..., y $ 2.310,00 en conjunto para los Dres. ... y ..., de acuerdo con lo establecido por el art. 15 de la ley arancelaria.
VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"BAEZ ADRIAN ESTEBAN 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 467708/2012) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

DETERMINACION DE LA INCAPACIDAD. PORCENTAJE DE INCAPACIDAD. BAREMO. PRESTACIONES DINERARIAS. INGRESO BASE. CONFISCATORIEDAD. INCOSTITUCIONALIDAD. RECHAZO. INTERESES. COMPUTO DE INTERESES.

1.- No existe por parte de la a quo un error en la sumatoria de los valores considerados para determinar el porcentaje de incapacidad final fijado al trabajador de autos en el 65% de la T.O, pues como consecuencia de la aplicación de las tablas de evaluación de incapacidades -decreto n° 659/1996- el actor presenta una minusvalía del 64% -incapacidad parcial-, en tanto que por aplicación de los factores de ponderación, esta valoración se eleva al 81,75% -incapacidad total-; luego, la norma reglamentaria es clara respecto a que en estos supuestos, el valor máximo de la incapacidad no puede superar el 65%, y a este valor se atuvo el fallo de grado.

2.- Corresponde dejar si efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. El legislador ha tomado como pauta para liquidar la indemnización tarifada de la ley 24.557, el promedio de los salarios percibidos por el trabajador incapacitado durante el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante, o el período menor si es que el trabajador no contaba a ese momento con dicha antigüedad en el empleo. Consecuentemente, para conocer si la utilización del promedio salarial del art. 12 de la LRT es o no confiscatorio, deben utilizarse elementos vigentes a la época contemplada en la norma en cuestión. Luego, si consideramos el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho dañoso (7 de septiembre de 2011), que es de $ 2.300,00 (Resolución n° 2/2011 del Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), advertimos que el ingreso base mensual correspondiente al actor ($ 4.122,67) supera en mucho a dicho salario mínimo, por lo que no encuentro la desproporción en perjuicio del trabajador que señala la a quo. Más aún cuando aquella fecha (7 de septiembre de 2011) coincide con la mora de la demandada, y

desde ella se computan los intereses conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

3.- En cuanto a la fecha en que comienzan a aplicarse los intereses originados en un accidente de trabajo, el Tribunal Superior de Justicia provincial tiene posición asumida, hace ya tiempo, en orden a que, en materia de riesgos del trabajo, la mora de la aseguradora se produce el día de la primera manifestación invalidante de la enfermedad o del accidente (autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), por lo que lo actuado por la jueza de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BAEZ ADRIAN ESTEBAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (JNQLA5 EXP 467708/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 204/214 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

A) La parte actora se agravia porque, luego de determinada la minusvalía del trabajador en un 64%, al meritar los factores de ponderación, la jueza de grado incurre en un error al sumar los mismos, resultando un porcentaje en más del 6,4%, pero concluye en que el actor posee un 65% de incapacidad, cuando en realidad la misma es del 81,75%.

B) La parte demandada se agravia por la declaración de inconstitucionalidad de oficio del art. 12 de la ley 24.557, por configurar el vicio de incongruencia al resolverse, de ese modo, extra petita.

Afirma que la sentenciante de primera instancia aplica como parámetro para el cálculo de la fórmula el salario mínimo, vital y móvil publicado en el mes de octubre de 2016.

Entiende que el art. 12 de la ley 24.557 es claro.

Recuerda que su parte percibió de la empleadora una alícuota que ha tenido en cuenta la base imponible máxima establecida en la Resolución General de la AFIP n° 1.750/2004.

Formula queja por la aplicación de intereses desde el 4 de julio de 2011, cuando su parte cumplió en tiempo y forma con sus obligaciones.

Sostiene que no puede aplicarse interés alguno ya que la aseguradora nunca estuvo en mora. Reclama que la fecha para el inicio del cálculo de los intereses debe ser la de la sentencia de primera instancia o la de presentación de la pericia médica.

Mantiene la reserva del caso federal.

C) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 232/234, y la actora hace lo propio a fs. 236/237.

II.- En primer lugar, entiendo que el recurso de la parte actora constituye una crítica razonada y concreta del aspecto del fallo de grado con el que no acuerda, toda vez que señala cuál es la decisión que lo agravia y por qué.

De ello se sigue que corresponde abordar su tratamiento.

III.- He de comenzar el análisis de los recursos de autos por el planteado por la parte actora.

La demandante se agravia por el porcentaje de incapacidad final fijado por la a quo para el trabajador de autos (65%), entendiendo que existe un error en la sumatoria de los valores considerados.

No existe tal error.

De la lectura del fallo de grado surge que la incapacidad psicofísica del demandante se ha fijado en el 64%, si a este porcentaje sumamos los factores de ponderación especificados en la sentencia recurrida se arriba a una incapacidad total del 81,75%, que coincide con el cálculo realizado por el apelante en su expresión de agravios.

Ahora bien, por aplicación del baremo del decreto n° 659/1996, y esto lo explica claramente la sentenciante de grado, cuando una incapacidad sea parcial por aplicación de la tabla de evaluación de incapacidades laborales, y por la incorporación de los factores de ponderación se llegue a un porcentaje igual o superior al 66%, el valor máximo de dicha incapacidad será del 65% (apartado "Factores de Ponderación", punto 4. "Operatoria de los Factores").

En autos, como consecuencia de la aplicación de las tablas de evaluación de incapacidades el actor presenta una minusvalía del 64% -incapacidad parcial-, en tanto que por aplicación de los factores de ponderación, esta valoración se eleva al 81,75% -incapacidad total-; luego, la norma reglamentaria es clara respecto a que en estos supuestos, el valor máximo de la incapacidad no puede superar el 65%, y a este valor se atuvo el fallo de grado.

De lo dicho se sigue que la apelación de la parte actora ha de ser rechazada.

IV.- Ingreso ahora al tratamiento del recurso de apelación de la parte demandada.

El primer agravio que formula la recurrente es respecto de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557.

Las Salas I y III de esta Cámara de Apelaciones –la primera con diferentes integraciones- ya se han expedido respecto de la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en los términos utilizados por la a quo. Tanto en autos "Fernández c/ Mapfre ART S.A." (expte. n° 454.898/2011, Sala I P.S. 2016-VII, n° 242); como en las causas "Alarcón c/ Prevención ART S.A." (expte. n° 466.441/2012, Sala III P.S. 2017-I, n° 26) y "Curifuta c/ Horizonte Cía. Arg. Seg. Gr. S.A." (expte. n° 471.760/2012, Sala I P.S. 2017-I, n° 6) se ha dejado sin efecto la declaración de inconstitucionalidad que cuestiona la parte demandada.

En estos fallos se cita un precedente de la Sala II (autos "Navarrete c/ Galeno ART S.A.", expte. n° 424.467/2010, P.S. 2016-V, n° 145), en el cual se dijo:

"Los precedentes jurisprudenciales que han hecho lugar a la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT lo han fundado en dos razones diferentes. Una, la no consideración a los fines de la obtención del salario promedio de los rubros salariales catalogados como no remuneratorios (cfr. CNAT, Sala VI, "Falcón c/ Mapfre Argentina ART S.A.", 23/4/2012, LL AR/JUR/18772/2012). La otra, una notable diferencia entre el salario que venía percibiendo el trabajador y el resultante del art. 12 de la LRT, que torne a este último en irrazonable y confiscatorio (cfr. CNAT, Sala V, "Lucero c/ Provincia ART S.A.", 5/7/2006, LL AR/JUR/4009/2006; Cám. Trab. Córdoba, Sala 7, "Flores c/ Consolidar ART S.A.", 16/10/2008, LL AR/JUR/11601/2008)…El planteo que se realiza en autos refiere a la diferencia entre el ingreso base mensual que surge de computar los salarios percibidos por la demandante durante el año anterior al accidente –producido el día 15 de agosto de 2007-, y el que resulta de computar los salarios percibidos durante el año anterior a julio de 2009, oportunidad en que, a criterio de la accionante, la incapacidad se habría tornado definitiva.

"Esta comparación no resulta, en mi opinión, válida ya que no surge de autos que la incapacidad de la trabajadora se haya tornado definitiva en julio de 2009 (en esa fecha, en realidad, denuncia la persistencia de la dolencia y se reabre el accidente de trabajo), en tanto que la mora ha sido establecida por el a quo al momento del accidente, en un todo de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos "Mansur c/ Consolidar ART S.A.", por lo que no se advierte que exista irrazonabilidad o confiscatoriedad en el cómputo del ingreso base mensual que se hizo en el fallo de grado, toda vez que el mismo es acorde a los valores vigentes al momento de la mora.

"Y esta conclusión no se ve conmovida por la doctrina que dimana del precedente "Ascua c/ SOMISA" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (10/8/2010, Fallos 333:1361), toda vez que en autos no se encuentra frustrada la finalidad de la indemnización tarifada, en tanto se han respetado los salarios vigentes al momento del hecho dañoso que, como se dijo, coincide con la mora de la demandada".

En el sub lite, la a quo ha considerado injusta la indemnización que debe percibir el trabajador por aplicación del art. 12 de la LRT, si se la compara con el monto que resultaría de tomar como remuneración el salario mínimo, vital y móvil vigente a septiembre de 2016 (la sentencia lleva fecha 26 de octubre de 2016).

Conforme se ha destacado en los fallos ya citados de esta Cámara de Apelaciones, la comparación no es válida. No puede encontrarse confiscatoriedad ni irrazonabilidad si se comparan elementos no equivalentes.

El legislador ha tomado como pauta para liquidar la indemnización tarifada de la ley 24.557, el promedio de los salarios percibidos por el trabajador incapacitado durante el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante, o el período menor si es que el trabajador no contaba a ese momento con dicha antigüedad en el empleo. Consecuentemente, para conocer si la utilización del promedio salarial del art. 12 de la LRT es o no confiscatorio, deben utilizarse elementos vigentes a la época contemplada en la norma en cuestión.

Luego, si consideramos el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho dañoso (7 de septiembre de 2011), que es de $ 2.300,00 (Resolución n° 2/2011 del Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), advertimos que el ingreso base mensual correspondiente al actor ($ 4.122,67) supera en mucho a dicho salario mínimo, por lo que no encuentro la desproporción en perjuicio del trabajador que señala la a quo. Más aún cuando aquella fecha (7 de septiembre de 2011) coincide con la mora de la demandada, y desde ella se computan los intereses conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Consecuentemente se ha de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, fijándose el capital de condena en la suma de $ 271.511,00.

V.- Finalmente, y en lo que al segundo agravio de la demandada refiere, el Tribunal Superior de Justicia provincial tiene posición asumida, hace ya tiempo, en orden a que, en materia de riesgos del trabajo, la mora de la aseguradora se produce el día de la primera manifestación invalidante de la enfermedad o del accidente (autos “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, Acuerdo n° 20/2013 del registro de la Secretaría Civil), por lo que lo actuado por la jueza de grado resulta ajustado a la doctrina citada.

No obstante ello, se advierte un error de tipeo en el fallo de grado, toda vez que se fija la mora el día 4 de julio de 2011 cuando ambas partes son contestes en que el hecho dañoso se produjo el día 7 de septiembre de 2011, por lo que los intereses corren desde esta última fecha, y no desde la erróneamente indicada por la jueza de primera instancia.

VI.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte actora y hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, y modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 271.511,00 y fijando la fecha de la mora el día 7 de septiembre de 2011, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, y que el agravio acogido es consecuencia de actividad oficiosa de la juzgadora, se imponen en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 71, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primea instancia; y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que se regule para la totalidad de los letrados de la parte demandada, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, todo de conformidad con lo prescripto en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Fernando GHISINI 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. 204/214 vta., disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 271.511,00 y fijando la fecha de la mora el día 7 de septiembre de 2011, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, teniendo en cuenta el éxito obtenido, y que el agravio acogido es consecuencia de actividad oficiosa de la juzgadora, en el orden causado (arts. 68, 2da. parte y 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ... y ..., en el 30% de la suma que se determine para cada uno de ellos, por igual concepto y por su actuación en la primea instancia; y los del Dr. ..., en el 30% de la suma que se regule para la totalidad de los letrados de la parte demandada, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, todo de conformidad con lo prescripto en el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

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

"PROVINCIA DE NEUQUEN C/ VISTA SUR S.A. EN FORMACION S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 67717/2015) – Sentencia: 44/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

IMPUESTO INMOBILIARIO. TITULO EJECUTIVO HABIL. EXENCIONES IMPOSITIVAS. DISIDENCIA.

1.- El hecho que el contribuyente cuente con derecho a obtener una exención impositiva no importa que tal exención tenga vigencia, se requiere siempre de la resolución de la autoridad administrativa que expresamente exima al contribuyente del pago del impuesto. En el sub lite no se cuenta con ninguna resolución administrativa que conceda la exención en el pago del impuesto inmobiliario que aquí se ejecuta. (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

2.- Toda cuestión relativa al trámite previo a la emisión del título queda fuera del debate en el proceso ejecutivo, debiendo ser planteada, en todo caso, en juicio ordinario posterior (art. 553, CPCyC). (del voto de la Dra. Clerici, en mayoría).

3.- Mas allá de que el título que se pretende ejecutar sea o no un instrumento público, en realidad lo que se está cuestionando no es tanto la existencia de la deuda, ya que efectivamente el impuesto que se pretende recaudar no fue abonado –hecho este que considero no controvertido- sino que el reclamo no puede formularse por cuanto la propia provincia dispuso su exención en un convenio cuya existencia se encuentra plenamente demostrado y reconocido por la propia actora. (del voto del Dr. Gigena Basombrío, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “PROVINCIA DE NEUQUEN C/ VISTA SUR S.A. EN FORMACION S/ APREMIO”, (JNQJE2 EXD N° 67717/2015), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. 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 fecha 5 de septiembre de 2016, que rechaza la ejecución, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia por el acogimiento de la excepción de inhabilidad de título, y consecuente rechazo de la ejecución.

Dice que la documental acompañada por la demandada pone de manifiesto que se ha limitado a presentar dos notas, argumentado poseer una exención respecto del tributo que se reclama en autos, pero tales notas no acreditan la existencia de la exención, como tampoco constituyen el inicio de un expediente administrativo, a los fines de probar la exención en el pago del impuesto inmobiliario.

Sigue diciendo que la demandada realizó meros descargos dirigidos a la Subsecretaría de Ingresos Públicos, en los cuales pretendió negar la deuda en concepto de impuesto inmobiliario del bien correspondiente a la nomenclatura catastral que indica. Agrega que el fundamento que esgrime la accionada es el Decreto n° 0643/2001, por encuadrar la actividad desarrollada en el inmueble en la Promoción Económica de la ley 378, circunstancia que no acredita que la exención fue otorgada por la Dirección Provincial de Rentas, de acuerdo con lo que se estipula en la cláusula segunda de la reglamentación.

Cita cláusulas del convenio celebrado entre la ejecutada y la Provincia del Neuquén.

Insiste en que las presentaciones que realizó la demandada ni acreditan la exención del impuesto ni importan el inicio de un trámite administrativo.

Afirma que la exención impositiva debe solicitarse, acompañando la documentación pertinente, ante la Dirección Provincial de Rentas.

Entiende que del convenio suscripto entre las partes surge que la concesión de la exención se encontraba supeditada a ciertos requisitos referidos al modo de llevar adelante la actividad.

Señala que en el marco del presente proceso no puede ingresarse al análisis de la ejecución del convenio, contando la parte demandada con el juicio ordinario posterior.

Sostiene que el título que se ejecuta goza de la presunción de legitimidad, y que la excepción de inhabilidad de título se limita a los aspectos extrínsecos de éste, en tanto que la defensa de la demandada se encauza hacia un análisis causal del mismo.

Manifiesta que la pretensión que introduce la ejecutada refiere al análisis de la legitimidad de la causa de la obligación, cuestión

vedada en el proceso ejecutivo. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

b) La parte demandada contesta el traslado de la expresión de agravios, sosteniendo que la a quo ha considerado que la administración pública no dio cumplimiento con el trámite administrativo previo a la expedición de la boleta de deuda, y para así decidir tuvo en cuenta que la ejecutada acompañó al contestar la demanda los descargos frente a la intimación de la Dirección Provincial de Rentas, así como la nota n° 797/2016 de la dirección referida por la que se reconoce que no se formó expediente administrativo como antecedente de la boleta de deuda.

Concluye en que el incumplimiento del procedimiento establecido en sede administrativa trae como consecuencia la inexistencia del acto, tornando el título que aquí se ejecuta en inhábil.

Insiste en que en sede administrativa debió transitarse por un proceso en el que el administrado pudo defenderse, obtener una resolución administrativa y eventualmente agotar la vía administrativa, lo que no sucedió en el caso de autos.

Señala que la a quo no analizó si el inmueble gozaba o no de exención impositiva, sino el cumplimiento del procedimiento previo a la creación del título.

Agrega que no era la ejecutada quién debía probar la existencia de este procedimiento previo.

Hace reserva del caso federal.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de la parte actora, adelanto opinión en orden a que el mismo resulta procedente.

Surge de las constancias de la causa que en autos se reclama períodos impagos del impuesto inmobiliario respecto de un bien de propiedad de la ejecutada.

La demandada opone como excepción de inhabilidad de título, con fundamento en que su parte gozaría de exención impositiva respecto del tributo ejecutado, que tal argumento defensista fue planteado ante la ejecutante en oportunidad de recibir intimación extrajudicial, y que estos descargos obligaban a la accionante a realizar un procedimiento previo a la emisión del certificado de deuda, en el cual pudiera su parte ejercer el derecho de defensa; para concluir en que la ausencia de este trámite previo torna inexistente la deuda reclamada.

La a quo ha tomado para fundar el rechazo de la ejecución –palabras más, palabras menos- el argumento de la demandada. Dice la sentencia de grado que la actora ha reconocido al contestar el traslado de la excepción opuesta que la demandada debió promover el pertinente expediente administrativo, manifestando sobre las cuestiones que hagan a la exención que manifiesta tener; que la boleta de deuda no es consecuencia de ningún tramite administrativo sino de información obtenida del sistema SIAT (Sistema Integrado de Administración Tributaria); que la demandada acreditó el inicio de expedientes administrativos, en tanto que la actora ha informado sobre la inexistencia de los expedientes administrativos, lo que conlleva la inhabilidad del título base de esta ejecución.

III.- Dije en autos “Provincia del Neuquén c/ Vivencias S.R.L.” (expte. n° 399.480/2009, P.S. 2011-III, n° 120) que “Cuando el Estado reclama el cobro compulsivo de impuestos, tasas y contribuciones- conforme sucede en el sub-lite-, el título ejecutivo fiscal es el documento expedido en forma unilateral por funcionario autorizado para hacerlo, con las formalidades que el ordenamiento positivo establece, que comprueba la existencia de un crédito fiscal exigible (cfr. Cám. Nac. Civil, Sala C, “Municipalidad de la ciudad de Buenos Aires c/ Astilleros Arg. Río de la Plata”, 7/3/1991, ED diario del 14/1/1992)… Resulta harto sabido que en los procesos ejecutivos no puede discutirse la causa de la obligación, y que las excepciones de falsedad e inhabilidad de título son esencialmente procesales, constituyendo un ataque a la habilidad del título en sentido amplio, pero que no comprenden la falta de causa de la obligación (cfr. Falcón, Enrique M., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. V, pág. 608/609).

“Reiterada es la doctrina y la jurisprudencia nacionales respecto a que la excepción de inhabilidad de título, y también la de falsedad de título, sólo pueden sustentarse en las condiciones extrínsecas del instrumento que comprueba la obligación, pues, como ya lo dije, en este tipo de procesos se encuentra expresamente vedada la discusión acerca de la causa de la obligación. A título de ejemplo autores como Alsina, Colombo, Palacio son contestes en esta posición (cfr. Costantino, Juan, “Excepciones de Falsedad e Inhabilidad de Título” en “Excepciones Procesales”, dirig. por Jorge W. Peyrano, Ed. Panamericana, 1993, pág. 274/275).

“Nuestro Tribunal Superior de Justicia también viene sosteniendo que, como regla, la excepción de inhabilidad de título debe limitarse al examen de los requisitos extrínsecos del título, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa (cfr. autos “Provincia del Neuquén c/ Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. s/ Cobro Ejecutivo”, Acuerdo nº 10/2009 del registro de la Secretaría Civil; “Provincia del Neuquén c/ Chevron San Jorge S.R.L. s/ Cobro Ejecutivo”, Acuerdo nº 3/2010 del registro de la Secretaría Civil; “Medanito S.A. c/ Municipalidad de Cutral Có s/ Acción Procesal Administrativa”, R.I. nº 5897/2007 del registro de la Secretaría de

Demandas Originarias, entre otras).

“Sin embargo, no puede desconocerse que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de su fallo en “Burman c/ Alvarez”, sentencia del 8/3/1983 (LL 1983-B, pág. 445) permitió el ingreso de defensas formalmente repelidas por la ley procesal, con fundamento en el precedente “Colalillo”, y siempre que estas defensas se basaran en hechos notorios (en ese caso se trataba de variaciones cambiarias), “pues el carácter limitativo de las excepciones en los juicios de que se trata, no puede llevarse al extremo de consagrar un exceso ritual manifiesto, incompatible con el ejercicio del derecho de defensa…”.

“Este último criterio fue sustentado por esta Sala II, en anterior composición, y en autos “Provincia del Neuquén c/ Baggio” (sentencia del 10 de febrero de 2008, P.S. 2008-I, nº 22).

“Ahora bien, analizadas las constancias de autos y compartiendo lo opinado por los colegas integrantes de esta Sala II en el fallo citado en orden que a través de la excepción de inhabilidad de título puede discutirse la inexistencia de la deuda, en tanto y en cuanto ésta surge de forma notoria, entiendo que el caso de autos no permite la aplicación de esta doctrina.

“En efecto, la inexistencia de la deuda que invoca el ejecutado es consecuencia de la no configuración del hecho imponible y de la supuesta falta de autenticidad de la información que habría brindado la AFIP. Ello lleva ineludiblemente al análisis de la relación sustancial que vincula a las partes, la que no es susceptible de ser ventilada en el marco de un proceso de apremio (cfr. CSJN, “Caja Complementaria de Previsión para la Actividad Docente c/ Provincia de San Juan”, sentencia del 6/5/2008)”.

En autos se reitera la situación analizada en el precedente que vengo citando.

La boleta de deuda en base a la cual se inicia la presente ejecución no presenta vicios formales que la tornen inhábil, los que, por otra parte, tampoco fueron denunciados por la ejecutada.

La defensa de la demandada radica en la existencia de una exención impositiva, que no ha probado. El hecho que el contribuyente cuente con derecho a obtener una exención impositiva no importa que tal exención tenga vigencia, se requiere siempre de la resolución de la autoridad administrativa que expresamente exima al contribuyente del pago del impuesto.

En el sub lite no se cuenta con ninguna resolución administrativa que conceda la exención en el pago del impuesto inmobiliario que aquí se ejecuta.

De allí la intrascendencia, para el presente proceso, de la nota de fecha 31 de mayo de 2012.

IV.- Luego, no comparto la opinión de la a quo en torno a la invalidez del título ejecutivo como consecuencia de la ausencia de trámite administrativo previo.

En autos “Provincia del Neuquén c/ YPF S.A.” (expte. n° 451.797/2011, Sala III, P.S. 2015-I, n° 9) sostuve que el procedimiento previo a la emisión del certificado de deuda no es un tema que pueda ser materia de debate en un apremio, en atención al tipo de proceso de que se trata.

El certificado de deuda, como todo título ejecutivo, debe reputarse autónomo y abstracto, por lo que si se encuentra suscripto por quién está autorizado para ello conforme a la normativa vigente, es título ejecutivo hábil y hace plena fe (cfr. Falcón, Enrique M., “Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2006, T. V, pág. 345).

Por ende, toda cuestión relativa al trámite previo a la emisión del título queda fuera del debate en el proceso ejecutivo, debiendo ser planteada, en todo caso, en juicio ordinario posterior (art. 553, CPCyC).

Y esta conclusión tiene vigencia aún cuando la demandada haya formulado descargo ante la autoridad pertinente como consecuencia de la intimación enderezada a obtener el pago voluntario del impuesto que aquí se reclama. En todo caso, tenía la ejecutada las vías legales pertinentes para hace cesar el silencio de la administración.

Pero este silencio no puede invalidar el certificado de deuda emitido por la autoridad competente.

V.- Por lo dicho es que propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte actora y revocar el decisorio recurrido, disponiendo el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, y mandando llevar adelante la ejecución hasta que la ejecutada haga íntegro pago al acreedor del capital reclamado que asciende a la suma de $ 62.569,72 , con más sus intereses que se calcularán desde la fecha de la mora, que coincide con el vencimiento de cada uno de los períodos reclamados y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Las costas por la actuación en ambas instancias se imponen a la demandada perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por una etapa se regulan en el 7,2% de la base regulatoria (art. 20, Ley 1.591) para el Dr. ..., patrocinante de la parte actora; 2,88% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y 5,00% de la base regulatoria en conjunto para las letradas patrocinantes de la parte demandada Dras. ..., ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 10, 11 y 40 del arancel para abogados.

Los honoraros por la actuación ante la Alzada se regulan en el 3,53% de la base regulatoria para el Dr. ... y 1,5% de la base regulatoria para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRÍO dijo:

Disiento con la solución propuesta en el voto de mi colega de Sala, pues entiendo que en el caso no le asiste razón a la actora por lo que corresponde desestimar la apelación y confirmar la decisión recurrida.

Para así decidir entiendo que es preciso no perder de vista aspectos que he destacado en diversos antecedentes.

En primer lugar que la ejecutante es quien crea al título y ello impone el examen de las formalidades con un grado de rigurosidad mayor que en el caso que ello no fuera así.

Así: "…En ese orden de ideas y aún dentro del acotadísimo margen de procedencia que siempre he otorgado al acogimiento de esta excepción en el marco de los procesos ejecutivos y más aún en el de los procesos de apremio, atento a la presunción de legitimidad que les es intrínseca a los documentos que le dan sustento, debo señalar que comparto los fundamentos sostenidos por el quejoso en este punto."

"Así se ha expresado: "La Corte Suprema, en fallo de antigua data, ha consagrado expresamente que si el análisis de la defensa opuesta revela que se vincula más con la inexistencia de la obligación exigible, puede ser tratada como una excepción de inhabilidad de título que, si bien en principio debe referirse a las formas extrínsecas de éste, cabe ser considerada cuando se halla en tela de juicio alguno de los presupuestos esenciales de la vía ejecutiva como es la exigibilidad de la deuda" (Carlos María Folco "Las excepciones en el juicio de ejecución fiscal" Editorial La Ley pág. 96)."

"Continúa señalando el autor: "Posteriormente, el alto cuerpo sostuvo que en los juicios de ejecución fiscal se admiten las defensas sustentadas en la inexistencia de la deuda, con sujeción a que ellas resulten manifiestas y su verificación no requiera, en consecuencia, de mayores demostraciones en razón de que lo contrario importaría privilegiar un excesivo rigor formal con grave menoscabo de garantías constitucionales" (ob. citada pág. 96)."

"…Al respecto es interesante resaltar la consideración efectuada por el autor antes citado refiere un dictamen del Procurador Fiscal de la Corte. Así señala:

"...resulta sumamente aleccionador el Dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo en la causa "Repartidores de Kerosene de YPF de Córdoba", en el cual, luego de afirmar que al deber de tributar le corresponde un derecho del Fisco a recaudar, derecho que encuentra su límite en la definitiva configuración del hecho imponible, en una efectiva exteriorización de la capacidad contributiva, concluye que si la recaudación de los tributos pierde su fundamento esencialmente impositivo para convertirse en un fenómeno exclusivamente financiero generador de intereses y actualización sobre deudas inexistentes, ello importa una indudable distorsión de las bases éticas del derecho a recaudar" (ob. citada pág. 97)."

"En tal sentido y desde antiguo sostuve que la existencia de la deuda es posible de ser cuestionada a través de la inhabilidad de título, siempre que ello aparezca como algo evidente o bien de sencilla comprobación y que en el caso de títulos creados por el acreedor el examen que del mismo se debe realizar, necesariamente debe ser riguroso y con carácter restrictivo en cuanto no puede perderse de vista que en este tipo de procesos, el derecho de defensa del demandado se encuentra fuertemente limitado, "en esa senda, y si bien la finalidad del juicio ejecutivo atiende al interés del acreedor de satisfacer su acreencia, procurando una realización inmediata de su derecho, también es preciso evitar al deudor perjuicios innecesarios." ("PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ POTASIO RIO COLORADO S.A. S/ COBRO EJECUTIVO", (Expte. Nº 501627/2013-24/7/2014 de esta Sala)".

Pues bien, en autos: "PROVINCIA DEL NEUQUEN CONTRA VIÑAS DEL CHAÑAR S.R.L S/ APREMIO" (Expte. 461337/2011) tuve ocasión de examinar una situación similar a la planteada en autos, en la que también la ejecutante planteaba desconocer si las condiciones a las que sujetaba la exención se habían cumplido o no.

Allí sostuve: "Adviértase que –a más de que la nota aludida no fue presentada- a partir de la sola manifestación de la ejecutante, quién a su vez es quién emite el título ejecutivo, se tiene por no cumplida la condición.

De esta manera, la actora emite el certificado de deuda sobre la base de que la demandada adeuda el impuesto inmobiliario, luego la ejecutada sostiene –como hecho impeditivo de ese cobro- que en virtud de un convenio de promoción económica suscripto por la propia ejecutante, su parte está beneficiada por una exención, bien que sujeta a ciertas condiciones, a lo que la actora contesta afirmando que "no tiene conocimiento que esas condiciones se hayan cumplido", esto es, no dice que se cumplieron pero tampoco dice que no se cumplieron, este ámbito de duda generaba la carga de la prueba sobre su parte y no sobre la demandada.

Esto es, si la propia provincia que suscribe el convenio y luego ejecuta la deuda no tiene conocimiento acerca de que pasó con las obligaciones a cargo de la ejecutada, dicha postura defensista, frente a la afirmación y prueba de la demandada no resulta verosímil, razón por la cual he de proponer hacer lugar al recurso y revocar la sentencia.

Es que, mas allá de que el título que se pretende ejecutar sea o no un instrumento público, en realidad lo que se está cuestionando no es tanto la existencia de la deuda, ya que efectivamente el impuesto que se pretende recaudar no fue abonado –hecho este que considero no controvertido- sino que el reclamo no puede formularse por cuanto la propia provincia dispuso su exención en un

convenio cuya existencia se encuentra plenamente demostrado y reconocido por la propia actora."

La negativa ritual a la que nuevamente recurre la ejecutante al referirse a la cuestión de la exención como si fuera un tercero ajeno a la cuestión, configura un exceso ritual manifiesto que a mi juicio se configuraría de hacer lugar a la ejecución.

Igualmente y si bien es cierto que el ejecutado cuenta con la posibilidad de recurrir a un juicio ordinario posterior, aquí cabe nuevamente tener en cuenta que la ejecutante es la provincia de Neuquén, quien a su vez celebró el convenio con la ejecutada, dictó los decretos respectivos y aún cuando la Dirección Provincial de Rentas resulte el organismo encargado de gestionar los recursos fiscales, no se trata de personas diferentes respecto de las cuales una pueda ignorar la tarea que lleva adelante la otra, y mucho menos que ello le sea oponible al ejecutado, pretendiendo el pago de una suma elevada y se le imponga la carga de un juicio ordinario posterior en el caso concreto.

En consecuencia he de proponer se confirme la sentencia de grado y se rechace la ejecución, con costas a la demandada vencida.

Existiendo disidencia en los votos emitidos precedentemente, se integra Sala con el Dr. Fernando GHISINI, quien manifiesta:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Patricia CLERICI, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II por mayoría

RESUELVE:

I.- Revocar el decisorio recurrido, disponiendo el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, y mandando llevar adelante la ejecución hasta que la ejecutada haga íntegro pago al acreedor del capital reclamado que asciende a la suma de $ 62.569,72, con más sus intereses que se calcularán desde la fecha de la mora, que coincide con el vencimiento de cada uno de los períodos reclamados y hasta el efectivo pago, conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

II.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada perdidosa (arts. 558 y 68, CPCyC).

III.- Los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia y por una etapa se regulan en el 7,2% de la base regulatoria (art. 20, Ley 1.591) para el Dr. ..., patrocinante de la parte actora; 2,88% de la base regulatoria para el apoderado de la misma parte Dr. ...; y 5,00% de la base regulatoria en conjunto para las letradas patrocinantes de la parte demandada Dras. ..., ... y ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 10, 11 y 40 del arancel para abogados.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 3,53% de la base regulatoria para el Dr. ... y 1,5% de la base regulatoria para la Dra. ..., de acuerdo con lo establecido en el art. 15 de la ley 1.594.

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

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

"GIMENEZ FREDY C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424162/2010) – Sentencia: 46/17 – Fecha: 16/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

INFORME PERICIAL PSICOLOGICO. VALORACION DE LA PRUEBA. PRESTACIONES DINERARIAS. INGRESO BASE. CONFISCATORIEDAD. INCOSTITUCIONALIDAD. COSTAS. IMPOSICION DE COSTAS. ALCANCES DE LA RESPONSABILIDAD POR LAS COSTAS. HONORARIOS DEL PERITO. CUANTIFICACION.

1.- No han de prosperar los cuestionamientos al informe pericial psicológico, pues la perito ha aplicado una serie de tests al actor, por lo que sus conclusiones no son consecuencia únicamente de los dichos del trabajador. Por otra parte, la descripción que hace la perito del

estado actual del demandante se corresponde con la descripción que del Grado II del R.V.A.N. hace el baremo legal.

2.- Corresponde revocar la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. El legislador ha tomado como pauta para liquidar la indemnización tarifada de la ley 24.557, el promedio de los salarios percibidos por el trabajador incapacitado durante el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante, o el período menor si es que el trabajador no contaba a ese momento con dicha antigüedad en el empleo. Consecuentemente, para conocer si la utilización del promedio salarial del art. 12 de la LRT es o no confiscatorio, deben utilizarse elementos vigentes a la época contemplada en la norma en cuestión. Luego, si consideramos el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho dañoso (7 de octubre de 2009), que es de $ 1.440,00 (Resolución n° 2/2009 del Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), advertimos que el ingreso base mensual correspondiente al actor supera a dicho salario mínimo, por lo que no encuentro la desproporción en perjuicio del trabajador que señala la a quo. Más aún cuando aquella fecha (7 de octubre de 2009) coincide con la mora de la demandada, y desde ella se computan los intereses conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

3.- Corresponde dejar sin efecto la declaración de inaplicabilidad del art. 277 de la LCT -limite de la responsabilidad por costas-, pues el planteo de esta cuestión en la etapa procesal en la que nos encontramos es prematuro, toda vez que de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia in re “Cardellino”, en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago de las costas, no influye sobre la regulación de los estipendios de los profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente.Tampoco influye esta limitación sobre la imposición de las costas del proceso, conforme lo pretende la recurrente, resolución que debe adoptarse respetando el principio objetivo de la derrota, tal como se ha hecho en esta caso.

4.- En cuanto a los honorarios de los peritos de autos, si bien el porcentaje sobre la base regulatoria excede el que habitualmente aplica esta Cámara de Apelaciones, dado el monto de la base referida, que a la fecha de este resolutorio se ubica en un poco menos que la suma de $ 88.000,00, determina que deba respetarse el 6% fijado por la quo, ya que, de otro modo, la retribución por la labor desarrollada no sería digna ni justa.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “GIMENEZ FREDY C/ QBE ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557”, (JNQLA5 EXP 424162/2010), venidos a esta Sala II integrada por la Dra. Patricia CLERICI y el Dr. Jorge PASCUARELLI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada planteó recurso de apelación contra la sentencia de fs. 235/243, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente se agravia, en primer lugar, por lo que entiende una omisión de considerar in extenso las defensas de falta de acción y falta de legitimación pasiva oportunamente interpuestas.

Dice que al contestar la demanda se expresó que QBE sólo debía responder en los términos de la ley 24.557, enfatizándose que las prestaciones a las cuales se obligaba la ART demandada no eran otras que las expresamente emanadas de la letra de la ley; agregándose que la LRT prevé un procedimiento especial para la percepción de las prestaciones asistenciales y dinerarias por parte del accidentado, conformado por una etapa administrativa prejudicial, a la cual la parte actora se sujetó, y en cuyo marco percibió oportunamente las prestaciones dinerarias que la misma ley establecía al momento del accidente, circunstancia que entiende lleva a concluir sobre la inexistencia de acción.

Sigue diciendo que condenar a la demandada por sobre la LRT resulta arbitrario, en tanto que los argumentos vertidos, la jurisprudencia expresada y los extremos expuestos alcanzan para configurar el supuesto de arbitrariedad necesario para obtener la revocación del fallo de grado.

También se agravia por considerar que la jueza de grado valoró parcial e incorrectamente la prueba producida. En esta senda, se queja en tanto la sentencia de primera instancia ha tenido por acreditado el accidente y su mecánica, la incapacidad y el nexo causal entre la afección y el accidente negado por su parte.

Señala que la pericia médica estima la incapacidad física del actor en un 4%, y una incapacidad psíquica del 10%, resultando esos valores desajustados a la realidad de los hechos.

Afirma que la pericia médica no fue consentida por su parte, habiendo oportunamente impugnado su contenido.

Sostiene que el perito no puede basar la evaluación psicológica en los dichos del actor, pues el enfoque debe ser objetivo. Agrega que no surge del informe pericial si el actor presenta componentes depresivos basales y cuál es el patrón de respuesta previo al stress, desconociéndose además el perfil preexistente de la personalidad.

Destaca que durante el tratamiento brindado por la ART por sus lesiones físicas no requirió ni reclamó prestaciones psiquiátricas.

Insiste en que no se encuentra acreditado ni el accidente ni su mecánica, como para poder atribuir al mismo la responsabilidad por la incapacidad determinada.

Como tercer agravio plantea la prescindencia del texto legal vigente sin dar razones valederas.

Indica que nunca se cuestionó al art. 12 de la LRT, y que la suma de condena afecta derechos adquiridos por su parte, mutando una situación jurídica y de hecho consolidada, en perjuicio de la demandada y en franca violación de las garantías constitucionales del derecho de propiedad, principio de legalidad, supremacía constitucional y debido proceso.

Manifiesta que la responsabilidad patrimonial de las aseguradoras no puede ir más allá de la medida del seguro.

Entiende que las manifestaciones de la a quo en torno al art. 12 de la LRT dejan entrever un descontento con la norma, pero en modo alguno alcanzan la entidad suficiente como para ser consideradas una crítica concreta y razonada en derecho acerca de la conformidad con la Constitución Nacional de la norma invalidada.

Se queja de que la sentencia recurrida ha omitido tener en cuenta los pagos ya efectuados por la demandada, en tanto surge de las constancias de autos que, con fecha 2 de marzo de 2010, la Comisión Médica Jurisdiccional n° 009 determinó al actor una incapacidad del 3% por herida en el pulgar izquierdo, abonando la demandada la indemnización pertinente, que ascendió a la suma de $ 5.400,00; suma que fue percibida por el actor el día 17 de agosto de 2010.

Cuestiona la aplicación de los intereses desde la fecha del accidente (7 de octubre de 2009), ya que lo decidido importa una doble actualización al tomar como base del cálculo de la prestación dineraria el salario mínimo, vital y móvil actual, y disponer la aplicación de intereses desde la fecha del accidente.

Denuncia que también lo agravia que la jueza de grado haya declarado la inconstitucionalidad de las leyes 24.307, 24.432 y del decreto n° 1.813/1992, en tanto no resulta esa ser la etapa procesal oportuna, toda vez que al interponer la demanda la actora no cuestionó dicha normativa, siendo necesario que la cuestión de la inconstitucionalidad de una norma sea plasmada en la primera presentación que se realice en la causa. Cita jurisprudencia.

Plantea que la imposición de las costas a su parte le causa agravio, con fundamento en los argumentos hasta allí desarrollados.

Apela las regulaciones de honorarios de la totalidad de los letrados actuantes en autos y del perito médico, por altas.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 261/263 vta.

Dice que la magistrada de grado trató y rechazó las excepciones opuestas por la apelante.

Con relación a la incapacidad psíquica afirma que la demandada reitera los argumentos expuestos en oportunidad de impugnar el informe pericial, los que fueron contestados por la perito. Agrega que la profesional actuante describió con detalle las técnicas utilizadas al evaluar al actor, explicando, a su vez, la incidencia que corresponde reconocer a su personalidad de base, para finalmente hacer referencia al deber de resguardar los protocolos de entrevista y la batería de test suministrada, respetando el secreto profesional. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Sostiene que la propia ART demandada ha reconocido, al contestar la demanda, tanto las prestaciones brindadas a causa del siniestro, como así también el dictamen de la comisión médica local, en el cual se admitió expresamente la contingencia ocurrida con fecha 7 de octubre de 2010 como un accidente de trabajo.

Afirma que no surge de la expresión de agravios por qué sería improcedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT. Defiende lo decidido por la a quo.

Desmiente lo afirmado por su contraria en orden a la omisión de considerar los pagos realizados, en tanto éstos nunca fueron acreditados. Cita el informe brindado por el banco ICBC.

Señala que la aplicación de intereses respeta lo determinado por el Tribunal Superior de Justicia provincial en la causa “Mansur c/ Consolidar”.

Sostiene que la declaración de inconstitucionlidad de la ley 24.432 se basa en jurisprudencia de las tres Salas de la Cámara de Apelaciones y del Tribunal Superior de Justicia.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que el primer agravio desarrollado por la demandada deviene desierto.

La a quo ha tratado expresamente la defensas de falta de acción y de falta de legitimación pasiva opuestas por la demandada, en el Considerando II.- de su fallo. Allí la magistrada de grado ha dado las razones por las cuales rechaza sendas excepciones.

Ahora bien, la recurrente se queja de la extensión del tratamiento dado a dichas excepciones, considerando que el mismo debió ser más exhaustivo, pero no rebate, en ningún momento, los fundamentos expuestos en el fallo recurrido.

Esta omisión de cuestionar precisamente las razones del rechazo de las excepciones impide abordar la queja formulada por la apelante, toda vez que ellas han quedado firmes, por lo que mal puede determinarse si el fundamento es o no insuficiente, si éste no es rebatido por erróneo o por inadecuado para fundar la decisión de la jueza de grado.

III.- En lo concerniente a la existencia del accidente y su mecánica, advierto que la demandada reconoció el siniestro como accidente de trabajo, habiendo brindado las prestaciones en especie pertinentes, como así también afirma haber abonado al actor la prestación dineraria correspondiente a la disminución de la capacidad laborativa fijada por la comisión médica interviniente (ver contestación de demanda, fs. 56/vta.).

Asimismo surge de la documentación acompañada por la accionada a fs. 158/179, que la aseguradora no cuestionó ni la denuncia del accidente cursada por la empleadora del actor, ni las actuaciones en sede administrativa, constando en ambos documentos la descripción de como ocurrió el accidente de trabajo, además de individualizar fecha y lugar de producción.

Dada la conducta de la demandada, tanto en sede administrativa como judicial, no puede ahora, en segunda instancia, pretender que no se encuentra acreditado el acaecimiento del accidente de trabajo y su mecánica de producción.

IV.- Critica también la recurrente la incapacidad psíquica asignada al demandante.

Coincido en este aspecto en lo sostenido por la a quo respecto a que la pericia psicológica de autos (fs. 130/134) es convincente en orden a la patología que indica, y que no ha sido desvirtuada por las impugnaciones de la parte demandada, a las que la perito ha dado respuesta a fs. 143/146.

La crítica de la apelante sobre este punto no resulta conducente ya que no se hace cargo de lo dicho y actuado por la experta.

En primer lugar, la perito ha aplicado una serie de tests al actor, por lo que sus conclusiones no son consecuencia únicamente de los dichos del trabajador.

Por otra parte, la descripción que hace la perito del estado actual del demandante se corresponde con la descripción que del Grado II del R.V.A.N. hace el baremo legal. En tanto que el informe concluye en que el trabajador presenta signos de angustia, compatibles con rasgos de carácter depresivo; y que el trastorno es reactivo como resultado del accidente vivenciado.

En cuanto al perfil preexistente de la personalidad del trabajador, la perito ha dado respuesta a dicho requerimiento al contestar la impugnación formulada por la parte, sosteniendo que el actor presenta una personalidad de base neurótica.

Los restantes cuestionamientos al informe pericial psicológico, ya que del médico solamente enuncia su disconformidad, no tienen entidad de agravio toda vez que se trata de opiniones subjetivas de la parte, sin sustento en las constancias de la causa, ni en norma jurídica, doctrina o jurisprudencia.

V.- Entiendo que asiste razón a la recurrente en ordena a la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT.

Ahora bien, con carácter previo a abordar esta queja creo conveniente referirme a dos cuestiones íntimamente ligadas a la determinación de la prestación dineraria debida al trabajador de autos que es, en definitiva, lo que se encuentra cuestionado.

En primer lugar, teniendo en cuenta que las partes ubican el accidente a veces en el año 2009, y otras, en el 2010, de la documentación agregada a la causa, fundamentalmente de la denuncia de la empleadora y actuaciones ante la Comisión Médica n° 9, surge que el hecho dañoso tuvo lugar el 7 de octubre de 2009.

En segundo lugar, existe un error en el ingreso base mensual utilizado por la jueza de grado para aplicar la fórmula del art. 14 de la LRT.

En efecto, en la demanda la parte actora denuncia dos ingresos bases mensuales diferentes ($ 1.560,30 y $ 2.560,30). Entiendo que el segundo obedece a un error de tipeo dado los importes de los haberes del trabajador. De todos modos la demandada ha desconocido este ingreso base mensual.

La sentencia recurrida toma como ingreso base mensual la suma de $ 1.156,00, sin explicar de donde extrae ese monto.

La documentación aportada a la causa por la empleadora del actor resulta insuficiente a los efectos de determinar el salario base mensual, ya que no se acompaña el recibo de haberes correspondiente a los días trabajados de agosto de 2009.

Ante la falta de elementos para determinar el ingreso base mensual correcto, entiendo que debe estarse al reconocimiento efectuado por la demandada al momento de practicar la liquidación de la prestación dineraria a abonar al trabajador ante el dictamen de la comisión médica, oportunidad en la que utilizó un ingreso base mensual de $ 1.481,39 (fs. 176), monto que no se aleja en demasía del denunciado en la demanda ($ 1.560,30).

En definitiva debe corregirse el error numérico incurrido por la a quo y determinar que el ingreso base mensual del trabajador de autos es $ 1.481,39.

Retomando la crítica a la inconstitucionalidad declarada oficiosamente por la jueza de primera instancia, las Salas I y III de esta Cámara de Apelaciones –la primera con diferentes integraciones- ya se han expedido respecto de la improcedencia de la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la ley 24.557, en los términos utilizados por la a quo. Tanto en autos “Fernández c/ Mapfre ART S.A.” (expte. n° 454.898/2011, Sala I P.S. 2016-VII, n° 242); como en las causas “Alarcón c/ Prevención ART S.A.” (expte. n° 466.441/2012, Sala III P.S. 2017-I, n° 26) y “Curifuta c/ Horizonte Cía. Arg. Seg. Gr. S.A.” (expte. n° 471.760/2012, Sala I P.S. 2017-I, n° 6) se ha dejado sin efecto la declaración de inconstitucionalidad que cuestiona la parte demandada.

En estos fallos se cita un precedente de la Sala II (autos “Navarrete c/ Galeno ART S.A.”, expte. n° 424.467/2010, P.S. 2016-V, n° 145), en el cual se dijo:

“Los precedentes jurisprudenciales que han hecho lugar a la inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT lo han fundado en dos razones diferentes. Una, la no consideración a los fines de la obtención del salario promedio de los rubros salariales catalogados como no remuneratorios (cfr. CNAT, Sala VI, “Falcón c/ Mapfre Argentina ART S.A.”, 23/4/2012, LL AR/JUR/18772/2012). La otra, una notable diferencia entre el salario que venía percibiendo el trabajador y el resultante del art. 12 de la LRT, que torne a este último en irrazonable y confiscatorio (cfr. CNAT, Sala V, “Lucero c/ Provincia ART S.A.”, 5/7/2006, LL AR/JUR/4009/2006; Cám. Trab. Córdoba, Sala 7, “Flores c/ Consolidar ART S.A.”, 16/10/2008, LL AR/JUR/11601/2008)… El planteo que se realiza en autos refiere a la diferencia entre el ingreso base mensual que surge de computar los salarios percibidos por la demandante durante el año anterior al accidente –producido el día 15 de agosto de 2007-, y el que resulta de computar los salarios percibidos durante el año anterior a julio de 2009, oportunidad en que, a criterio de la accionante, la incapacidad se habría tornado definitiva.

“Esta comparación no resulta, en mi opinión, válida ya que no surge de autos que la incapacidad de la trabajadora se haya tornado definitiva en julio de 2009 (en esa fecha, en realidad, denuncia la persistencia de la dolencia y se reabre el accidente de trabajo), en tanto que la mora ha sido establecida por el a quo al momento del accidente, en un todo de acuerdo con la posición asumida por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos “Mansur c/ Consolidar ART S.A.”, por lo que no se advierte que exista irrazonabilidad o confiscatoriedad en el cómputo del ingreso base mensual que se hizo en el fallo de grado, toda vez que el mismo es acorde a los valores vigentes al momento de la mora.

“Y esta conclusión no se ve conmovida por la doctrina que dimana del precedente “Ascua c/ SOMISA” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (10/8/2010, Fallos 333:1361), toda vez que en autos no se encuentra frustrada la finalidad de la indemnización tarifada, en tanto se han respetado los salarios vigentes al momento del hecho dañoso que, como se dijo, coincide con la mora de la demandada”.

En el sub lite, la a quo ha considerado injusta la indemnización que debe percibir el trabajador por aplicación del art. 12 de la LRT, si se la compara con el monto que resultaría de tomar como remuneración el salario mínimo, vital y móvil vigente a septiembre de 2016 (la sentencia lleva fecha 17 de noviembre de 2016).

Conforme se ha destacado en los fallos ya citados de esta Cámara de Apelaciones, la comparación no es válida. No puede encontrarse confiscatoriedad ni irrazonabilidad si se comparan elementos no equivalentes.

El legislador ha tomado como pauta para liquidar la indemnización tarifada de la ley 24.557, el promedio de los salarios percibidos por el trabajador incapacitado durante el año anterior a la fecha de la primera manifestación invalidante, o el período menor si es que el trabajador no contaba a ese momento con dicha antigüedad en el empleo. Consecuentemente, para conocer si la utilización del promedio salarial del art. 12 de la LRT es o no confiscatorio, deben utilizarse elementos vigentes a la época contemplada en la

norma en cuestión.

Luego, si consideramos el salario mínimo, vital y móvil vigente al momento del hecho dañoso (7 de octubre de 2009), que es de $ 1.440,00 (Resolución n° 2/2009 del Presidente del Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil), advertimos que el ingreso base mensual correspondiente al actor supera a dicho salario mínimo, por lo que no encuentro la desproporción en perjuicio del trabajador que señala la a quo. Más aún cuando aquella fecha (7 de octubre de 2009) coincide con la mora de la demandada, y desde ella se computan los intereses conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén.

Consecuentemente se ha de dejar sin efecto la declaración de inconstitucionalidad del art. 12 de la LRT, fijándose el capital de condena en la suma de $ 35.105,04 ($ 1.481,39 x 53 x 2,7 x 16,56%).

VI.- La demandada también se queja por la omisión de descontar del capital de condena, el pago que habría hecho al actor en sede administrativa.

Sin embargo, y conforme lo señala la parte actora al rebatir los agravios de la apelante, no se encuentra probado en autos que dicho pago se hubiese realizado, por lo que no resulta procedente efectuar el descuento pretendido por la recurrente.

Si bien es cierto que a fs. 177 existe constancia del libramiento de cheque a favor del actor por la suma de $ 5.400,00; luego, a fs. 178 obra carta documento remitida al trabajador donde se le hace saber, que ante la omisión de retirar el cheque librado, reitera su puesta a disposición, y el lugar de su depósito. Finalmente, el informe del banco girado (fs. 198), da cuenta de que el cheque en cuestión no se presentó al cobro y fue anulado.

Lo precedentemente manifestado impone el rechazo del agravio bajo estudio.

VII.- En atención a la determinación de un nuevo capital de condena, fijado a valores contemporáneos a la fecha del hecho dañoso, deviene abstracto el tratamiento de la queja de la demandada referida a la doble actualización.

VIII.- La a quo se ha apartado de la doctrina del Tribunal Superior de Justicia plasmada en autos “Cardellino c/ S.A. Importadora y Exportadora de la Patagonia”, sosteniendo que, en virtud de lo dispuesto por el art. 11, apartado 1 de la LRT, aquella no puede ser invocada en materia de riesgos del trabajo, con cita del plenario n° 329 de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.

La demandada se agravia sobre esta decisión, aunque cabe aclarar que no surge de la sentencia de grado que la jueza actuante haya declarado la inconstitucionalidad de la ley 24.432 ni de ninguna otra que se refiera a esta cuestión, conforme lo sostiene el recurrente.

El art. 11 de la ley 24.557, en su inc. 1, dice: “Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas”.

El plenario a que alude la a quo (“Vallejo c/ La Holando Sudamericana Compañía de Seguros S.A.”, 21/6/2016, DT 2016, pág. 1.931) no lo encuentro pertinente para fundar la decisión adoptada desde el momento que el fallo en pleno refiere a la improcedencia de celebrar pactos de cuotas litis respecto del importe de las prestaciones previstas por las leyes 24.557 y 26.773.

En tanto la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia provincial in re “Cardellino”, interpretando una legislación de orden local, entiende que más allá que la cita del art. 277 de la LCT se encuentra en una norma que habla específicamente del pacto de cuota litis, su incorporación en el ámbito normativo provincial importa la aplicación para todos los supuestos, y no solamente en lo atinente al pacto de cuota litis.

Por su parte, la manda del art. 11 inc. 1 de la ley 24.557 no alude a la inembargabilidad ni a la intangibilidad de las prestaciones dinerarias, sino que ellas gozan de las franquicias y privilegios de los créditos alimentarios.

Si bien el texto de la ley no es del todo claro, entiendo que el legislador ha querido equiparar las prestaciones dinerarias de la ley 24.557 a los créditos laborales de la LCT, a los que se les otorga carácter alimentario.

Ahora bien, en el ámbito de la ley 20.744, y no obstante la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador derivado de la relación de trabajo, se permite su embargo con los topes previstos por el decreto n° 484/1987, como así también la limitación en el pago de las costas, prevista en su art. 277.

De ello se sigue que la manda del art. 11 inc. 1 de la ley 24.557 no resulta impedimento para la aplicación en autos de la limitación consagrada por el último párrafo del art. 277 de la LCT, en seguimiento del ya citado precedente “Cardellino”.

No obstante ello, y conforme ya lo he dicho, el planteo de esta cuestión en la etapa procesal en la que nos encontramos es prematuro, toda vez que de acuerdo con lo sostenido por el Tribunal Superior de Justicia in re “Cardellino”, en tanto la limitación refiere solamente a la responsabilidad en el pago de las costas, no influye sobre la regulación de los estipendios de los profesionales, la que debe respetar la legislación arancelaria vigente.

Tampoco influye esta limitación sobre la imposición de las costas del proceso, conforme lo pretende la recurrente, resolución que debe adoptarse respetando el principio objetivo de la derrota, tal como se ha hecho en esta caso.

IX.- Resta por analizar la apelación arancelaria.

Los honorarios regulados a los letrados de las partes resultan adecuados a la labor cumplida, como así también respetan las pautas legales y las usualmente utilizadas por esta Cámara de Apelaciones para supuestos similares, por lo que han de ser confirmados.

En cuanto a los honorarios de los peritos de autos, si bien el porcentaje sobre la base regulatoria excede el que habitualmente aplica esta Cámara de Apelaciones, dado el monto de la base referida, que a la fecha de este resolutorio se ubica en un poco menos que la suma de $ 88.000,00, determina que deba respetarse el 6% fijado por la quo, ya que, de otro modo, la retribución por la labor desarrollada no sería digna ni justa.

X.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada y, en consecuencia, modificar, también parcialmente, el resolutorio apelado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 35.105,04, y dejar sin efecto la declaración de inaplicabilidad del art. 277 de la LCT al sub lite, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

Las costas por la actuación en la presente instancia se imponen en el orden causado, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

Los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., se regulan en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

El Dr. Jorge PASCUARELLI 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. 235/243, y en consecuencia, disminuir el capital de condena a la suma de $ 35.105,04 y dejar sin efecto la declaración de inaplicabilidad del art. 277 de la LCT al sub lite, confirmándolo en lo demás que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia en el orden causado, en atención al éxito obtenido (art. 71, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, Dres. ..., ..., ... y ..., se regulan en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la primera instancia, se fije para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. JORGE PASCUARELLI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 424426/2010) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 23/03/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO CON JUSTA CAUSA. PERDIDA DE CONFIANZA. VALORACION DE LA INJURIA.

1.- La ausencia de impugnación de las sanciones aplicadas importa un reconocimiento de la existencia de las faltas imputadas y penadas, por lo que mal puede quitarse entidad a los antecedentes disciplinarios alegando imprecisión en la descripción de la conducta sancionada. En todo caso debió la trabajadora –profesional en ciencias económicas- cuestionar oportunamente las sanciones comunicadas. Claramente el art. 67 de la LCT determina que si

pasado el término que el mismo establece sin que se haya cuestionado la procedencia y el tipo o extensión de la sanción, peticionando su supresión, sustitución o limitación, la sanción se tendrá por consentida.

2.- Resulta justificado el despido dispuesto si se ha acreditado la realización de tareas no relacionadas con las propias del contrato de trabajo, en el lugar de trabajo, en horario laboral y con elementos de la demandada. [En el caso el despido tuvo su causa en que se detectó que realizaba tareas propias de su condición profesional (contadora pública) para otros clientes, en horario laboral, en el que debía presta funciones solamente para la accionada].

3.- La circunstancia que las sanciones aplicadas con anterioridad respondan a conductas diferentes del hecho que determinó el despido, no neutraliza la influencia de aquellas en la valoración de la injuria, desde el momento que son demostrativas de una conducta general de la actora que no se condice con el buen trabajador a que hace referencia el art. 63 de la LCT.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MARKIEWICZ BEATRIZ ANDREA C/ SAPAC S.A. S/ DESPIDO X FALTA PAGO HABERES", (JNQLA3 EXP 424426/2010), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 234/239, que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

a) La recurrente sostiene que el fallo en crisis viola el principio de la sana crítica, el que es reemplazado por presunciones, las que se constituyen en el único fundamento de la resolución adoptada.

Señala que la demandada alegó que se le aplicaron dos sanciones disciplinarias a la actora antes de resolver su despido con causa, y que este despido tuvo su causa en que se detectó que realizaba tareas propias de su condición profesional (contadora pública) para otros clientes, en horario laboral, en el que debía presta funciones solamente para la accionada.

Destaca que en la prueba confesional la actora contestó afirmativamente a las posiciones 1, 4, 5, 8 y 10; y los testimonios de Abella, Jaime, Cisternas y Huero Mansur, en forma concordante, refirieron y ratificaron los hechos sostenidos por la demandada.

Agrega que también adquiere importancia, y avala lo expuesto en la contestación de demanda, los oficios contestados por la Dirección Provincial de Rentas de la provincia de Río Negro, y por la Dirección Municipal de Comercio de la ciudad de Neuquén, como así mismo la pericia informática.

Dice que la actora nada probó, en tanto que su parte acreditó la existencia de la injuria invocada en la comunicación del despido.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de las costas del proceso, en tanto la demanda prosperó solamente en el 45,60% de lo pretendido, con cita de jurisprudencia de esta Cámara de Apelaciones.

Apela por altos los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y al perito en informática.

b) La parte actora no contesta el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, cabe señalar que el juez de grado ha encontrado probada la causal del despido invocada por la demandada, en lo que a uno de los hechos imputados a la actora refiere, pero ha hecho lugar a la demanda en el entendimiento que no existe relación de proporcionalidad entre la falta cometida y la decisión adoptada por la empleadora (ruptura del contrato de trabajo).

El art. 242 de la LCT habilita a una de las partes del contrato de trabajo a hacer su denuncia en caso de inobservancia de las obligaciones resultantes del mismo "que configuren injuria y que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación". Agrega la norma citada en su segundo párrafo: "La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso".

Raúl Horacio Ojeda señala que la injuria laboral consta de elementos objetivos y subjetivos. Los elementos objetivos son, un acto

contra derecho, de origen contractual (incumplimiento de las prestaciones inherentes al contrato) o extracontractual, en tanto estos últimos actos afecten al contrato. En tanto que los elementos subjetivos son la imputabilidad (el acto debe ser imputable a la parte incumplidora), y agravio (sensación o sentimiento de quién padece la injuria) –cfr. aut. cit., "Teoría de la injuria laboral", Revista de Derecho Laboral, Ed. Rubinzal-Culzoni, T. 2011-2, pág. 11-.

En autos el elemento objetivo se encuentra presente. El juez de grado ha tenido por acreditado –extremo firme en esta instancia-, que la actora realizó trabajos propios de su profesión, para terceros, en el lugar de trabajo, en horario laboral, y utilizando la computadora suministrada por la demandada para el cumplimiento del débito laboral.

Tampoco se encuentra cuestionada la imputabilidad de dicho acto a la trabajadora demandante.

La controversia se plantea en torno a la gravedad de la injuria.Juan Carlos Fernández Madrid sostiene que para que el despido sanción tenga efectos extintivos de la obligación de indemnizar, es necesario que se cumplan los recaudos consistentes, entre otros, en la proporcionalidad entre la falta y la sanción. Y precisa: "Los antecedentes desfavorables de un operario pueden servir de apoyo a un despido si existe un último hecho injurioso que pueda ser utilizado como causa inmediata y directa de la decisión. Recién en ese supuesto, los antecedentes (sancionados) se agregan al hecho último para determinar la gravedad de la causal y la justicia del despido, que no tendría justificativo si se tomara el último hecho con prescindencia de sus antecedentes… En definitiva, una falta que aisladamente considerada no es suficiente para autorizar el despido, puede legitimar tal consecuencia cuando representa el último elemento de una serie de incumplimientos que constituyen las manifestaciones de un comportamiento culpable del trabajador" (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada y anotada", Ed. La Ley, 2010, T. III, pág. 1.952).

En parecidos términos se pronuncia Raúl Horacio Ojeda, manifestando que la entidad de la injuria se mide en una faz cualitativa, y otra cuantitativa. En la primera se mide la gravedad de la falta en si misma considerada, en tanto que en la segunda pesará el historial del ofensor frente a un último suceso.

"De tal modo, una falta puede tener la entidad que por sí sola justifique la denuncia con causa del contrato, aún cuando el ofensor tenga un historial irreprochable. Podría ser también que un incumplimiento, consideradoaisladamente, no tenga peso por sí para justificar una resolución contractual, pero ponderado en el contexto de sus comportamientos globales y de las advertencias de las que fuera objeto, denote la imposibilidad de proseguir la relación laboral" (aut. cit., op. cit., pág. 32).

Tal posición ya ha sido explicitada por esta Sala II en autos "Jara c/ Sapac S.A." (expte. n° 426.258/2010, P.S. 2014-III, n°100).

De acuerdo con la comunicación del despido, éste se fundó en dos hechos, uno comprobado en autos y que ya se detalló, "y atento los antecedentes de sanciones disciplinarias aplicadas con anterioridad" (fs. 113/114).

El juez de grado ha desechado los antecedentes disciplinarios por su imprecisión, y ha entendido que el último hecho imputado a la trabajadora no tiene entidad suficiente como para justificar el despido con causa.

Ahora bien, la existencia de las dos sanciones disciplinarias anteriores al despido ha sido reconocida por la parte actora al absolver posiciones (fs. 55/56, respuesta a la posición n° 4).

La relación laboral de autos se inició el 3 de marzo de 2008, y del legajo personal de la actora que tengo a la vista, surge que el día 14 de mayo de 2009 se le aplica sanción de apercibimiento "por dedicar gran parte de su horario de trabajo al ocio, haciendo caso omiso a las directivas de su supervisor directo"; y el día 23 de abril de 2010 se le impone sanción de dos días de suspensión por no cumplir con las normas de convivencia y buenas costumbres en el trabajo, "que fueron consensuadas con usted y el equipo de trabajo, y que consintió y estuvo de acuerdo".

La demandante no impugnó ninguna de las dos sanciones. No paso por alto que a fs. 19 la actora acompaña descargo que habría efectuado respecto de la segunda de las sanciones indicadas en el párrafo anterior, pero esa nota no tiene constancia de recepción por parte de la demandada, y ésta niega que se haya presentado.

Entiendo que esta ausencia de impugnación de las sanciones aplicadas importa un reconocimiento de la existencia de las faltas imputadas y penadas, por lo que mal puede quitarse entidad a los antecedentes disciplinarios alegando imprecisión en la descripción de la conducta sancionada. En todo caso debió la trabajadora –profesional en ciencias económicas- cuestionar oportunamente las sanciones comunicadas. Claramente el art. 67 de la LCT determina que si pasado el término que el mismo establece sin que se haya cuestionado la procedencia y el tipo o extensión de la sanción, peticionando su supresión, sustitución o limitación, la sanción se tendrá por consentida.

Mario E. Ackerman entiende que siendo la consecuencia del silencio del trabajador el consentimiento de la medida, el cuestionamiento a la sanción se constituya en un acto necesario en interés propio, apareciendo como una carga legal (cfr. aut. cit., "Ley de Contrato de Trabajo comentada", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2016, T. I, pág. 581). Por ende, ante el incumplimiento de la carga legal debe la actora cargar con sus consecuencias, o sea el consentimiento de la sanción, lo que conlleva la imposibilidad de quitarle entidad como antecedentes disciplinarios.

Luego, y tal como ya lo dije, el a quo ha considerado acreditado la realización de tareas no relacionadas con las propias del contrato de trabajo, en el lugar de trabajo, en horario laboral y con elementos de la demandada.

Tal como lo indica el perito en informática, el archivo en el cual trabajó la actora, en actividad ajena a su débito laboral, fue creado a las 2:45 pm del día 13 de abril de 2010 y modificado por última vez a las 4:56 pm del mismo día. Es cierto como sostiene el juez de grado que ello no importa que haya estado trabajando las dos horas en ese archivo y que puede tener otras pantallas abiertas al mismo tiempo, pero esta afirmación no deja de ser una conjetura subjetiva del juzgador de grado, que no encuentra correlato en ninguna prueba aportada a la causa. Con el mismo nivel de probabilidad se podría sostener que la trabajadora dedicó esas dos horas al archivo en cuestión, sin realizar ninguna otra tarea.

Pero más allá de ello, entiendo que la duración de la distracción de las tareas comprometidas para la demandada no reviste mayor relevancia, toda vez que lo importante es la realización de esas tareas cuando debía dedicar ese tiempo y los elementos puestos a disposición por la empleadora para justamente cumplir con las obligaciones emergentes del contrato de trabajo.

En definitiva, en atención a los antecedentes disciplinarios de la demandante, la última falta cometida adquiere entidad de injuria que impide la prosecución de la relación laboral, y justifica la decisión adoptada por la demandada.

Cabe señalar aquí, que la circunstancia que las sanciones aplicadas con anterioridad respondan a conductas diferentes del hecho que determinó el despido, no neutraliza la influencia de aquellas en la valoración de la injuria, desde el momento que son demostrativas de una conducta general de la actora que no se condice con el buen trabajador a que hace referencia el art. 63 de la LCT.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala I) ha dicho que el contrato de trabajo se sustenta en el recíproco respeto y la confianza entre las partes, y si en el curso de la relación se producen reiterados actos de negligencia que impiden continuarla en el plano de la buena fe y la confianza, es lícito ponerle fin (autos “Cervelo c/ Siam Di Tella Ltda.”, 17/5/1985, DT 1985-B, pág. 1.149)

En igual sentido, Carlos Alberto Livellara sostiene que el negocio jurídico laboral, cualquiera sea la forma que se emplee para su concreción (expresa o tácita), da origen a un complejo de relaciones, no sólo jurídicas, sino también económicas y morales. “Al respecto, Alonso García señala que el contenido del contrato de trabajo está dado por el conjunto de derechos y deberes recíprocos de ambas partes… que se manifiesta como una consecuencia o serie de consecuencias de la relación que vincula a aquellas… Dentro de este complejo –paquete- de obligaciones recíprocas, cabe distinguir las que se refieren a la ejecución del acuerdo, llamadas de cumplimiento (poner la capacidad de trabajo a disposición de la otra parte, abonar el salario, etc.) de las de conducta o éticas, que se refieren al modo o forma de hacerlo y se traducen en determinados imperativos de orden moral… Si bien los imperativos de conducta aparecen como complementarios de las obligaciones de cumplimiento, no por eso dejan de tener su real importancia, ya que entran a gravitar otros aspectos que atañen al respeto mutuo y recíproca lealtad que deben brindarse los integrantes de la comunidad laboral, reconociendo en definitiva, su dignidad como seres humanos. Ocurre que el contrato de trabajo, por ser de tracto sucesivo e implicar en la realidad un trato personal entre quienes desarrollan su actividad laboral en la empresa, no solo entre empleador y trabajador, sino entre estos entre sí y con los demás trabajadores, exige que esas relaciones se desarrollen dentro de pautas mínimas de ética, de mutua tolerancia, equidad y buena fe, para asegurar la convivencia y posibilitar el desarrollo de los integrantes del grupo, tanto en sus calidades personales como profesionales.

“Dentro de estas pautas, la LCT argentina establece reglas generales sobre la actuación a que se deben sujetar las partes, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus obligaciones…están obligados a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo (art. 63, LCT)” (cfr. aut. cit., “La presencia física del trabajador, sus derechos fundamentales y las facultades del empleador. A propósito del caso Cucchi de la Corte de Mendoza”, LL AR/DOC/7258/2010).

Por lo dicho es que entiendo que el fallo de grado debe ser revocado.

III.- En atención al resultado de la apelación, que obliga a reveer lo decidido en materia de costas y honorarios profesionales (art. 276, CPCyC), deviene abstracto el tratamiento de la queja subsidiaria de la demandada, como así también del recurso arancelario.

IV.- En consecuencia, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la parte demandada y revocar el decisorio recurrido, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda, con costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de $ 17.315,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., y $ 12.121,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, considerando una base regulatoria de $ 77.296,46 (resultante de adicionar al capital reclamado en la demanda, los intereses calculados conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de presentación del escrito inicial y hasta la de la sentencia de grado).

Los honorarios del perito en informática, Lic. ..., se regulan en la suma de $ 4.640,00, teniendo en cuenta la adecuada relación que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor desarrollada.

Los honorarios del letrado actuante ante la Alzada, Dr. ..., se regulan en la suma de $ 6.060,00, conforme 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 la sentencia de fs. 234/239, disponiendo el rechazo íntegro de la demanda interpuesta por Beatriz Andrea MARKIEWICZ contra SAPAC S.A.

II.- Imponer las costas, en ambas instancias, a la actora perdidosa (arts. 17, ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales por la actuación en la primera instancia en las sumas de $ 17.315,00 para el letrado apoderado de la parte demandada Dr. ..., y $ 12.121,00 para el letrado apoderado de la parte actora Dr. ..., de conformidad con lo establecido en los arts. 6, 7 y 10 de la ley 1.594, considerando una base regulatoria de $ 77.296,46 (resultante de adicionar al capital reclamado en la demanda, los intereses calculados conforme la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de presentación del escrito inicial y hasta la de la sentencia de grado).

IV.- Fijar los honorarios del perito en informática, Lic. ..., en la suma de $ 4.640,00, teniendo en cuenta la adecuada relación que deben guardar con los emolumentos de los abogados de las partes, y la labor desarrollada.

V.- Regular los honorarios del letrado actuante ante la Alzada, Dr. ..., se regulan en la suma de $ 6.060,00, conforme lo prescripto por el art. 15 de la ley arancelaria.

VI.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"VEGA ROBERTO RAFAEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 418758/2010) – Sentencia: 51/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

TELEFONO CELULAR. SALARIO EN ESPECIE. APRECIACION DE LA PRUEBA. PRUEBA TESTIMONIAL. BONO ANUAL. LIQUIDACION. INDEMNIZACION POR DESPIDO. SUELDO ANUAL COMPLEMENTARIO. FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACION. INCREMENTO INDEMNIZATORIO PARCIAL. COSTAS. ACUMULACION DE ACCIONES. DISTRIBUCION DE COSTAS.

1.- Cabe confirmar la decisión que incluye al celular que la empleadora le proveyera al actor como salario en especie, pues en la contestación de demanda, la apelante –demandada- reconoció que le fue otorgado al actor un celular corporativo, bien que afectado a tareas laborales manifestando, a su vez, que era imposible controlar que no realizaran eventualmente llamadas de carácter particular, pero que las mismas eran escasas, por lo cual, reafirma tanto la falta de prohibición de uso personal señalada por el magistrado, como la falta de limitación de su uso, atento su omisión probatoria. Por lo tanto, considero que los agravios relativos a su

admisión deben rechazarse, como también las relativas a la cuantificación de su importe desde el monto fijado a tal fin ($ 300 mensuales), no resulta en absoluto desmesurado.

2.- Teniendo en cuenta que el bonus era anual, si bien se liquidaba generalmente entre abril y mayo del año siguiente, resulta correcta la procedencia decidida por el juez de grado de condenar al pago del bonus 2009, en tanto que el despido tuvo lugar a mediados de diciembre de 2009, es decir cuando ya se había devengado, no habiendo acreditado la demandada, distintas o especiales circunstancias que llevaran a adoptar un criterio distinto.

3.- En lo concerniente a la procedencia del SAC en la base de cálculo del art. 245 LCT, en las causas "Morand" (Expte. Nº 378320/8 del 21/06/12) y "Oliviero" (Expte. Nº 361135/7 del 02/10/12) por citar algunas, adhiriéndome al criterio de mi colega de Sala, Dra. Clerici, dijimos: […] (…) la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolía, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustento), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC". Por lo tanto y en atención a esta positura (también adoptada por la Sala 1, en la causa "CATRIQUIL", Expte. 356283/7 del 18/12/2012) que sella la suerte adversa de la queja, corresponde confirmar el resolutorio de grado en esta cuestión.

4.- Con referencia a la multa del art. 2 de la ley 25323, adelanto que la queja del demandado prosperará en forma parcial. Ello es así, pues tengo en cuenta que la cuestión controvertida a los fines de la norma, fue por la diferencia en la liquidación del art. 245 LCT, diferencia que fue admitida previa declaración de inconstitucionalidad del tope salarial previsto en dicha normativa, por lo que resulta razonable que el empleador pudiera entender que abonó correctamente ese rubro. En función de ello, considero que corresponde modificar el importe determinado en al instancia de grado y como justo y equitativo al caso de autos, fijarlo en un 15% del importe por el que prosperó la diferencia del rubro art. 245 LCT ($ 77.461,07) quedando establecida en la suma de $ 15.619,16 debiendo hacerse lugar a este agravio, estableciendo ese importe en tal concepto.

5.- En relación a los gastos causídicos, cabe colegir que el actor efectuó una acumulación de acciones, es decir varios reclamos independientes, algunos de los cuales fueron en su mayor parte, favorables a su pretensión y otro en menor proporción, desestimados. En consecuencia, cabe en el caso la aplicación del art. 17 de la ley 921, ya que en la imposición de costas debe emplearse un criterio de distribución en concordancia con tal acumulación. De tal manera que teniendo en cuenta, además, que el beneficio acordado al actor en virtud del art. 20° de la L.C.T., no impide la imposición de costas a su parte, por cuanto los efectos del mismo se proyectan de pleno derecho, sólo como una eximente de pago hasta que mejore de fortuna, corresponde receptar favorablemente el agravio formulado por la demandada y en consecuencia imponer las costas del juicio en un 30% al actor y en un 70% a la demandada.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VEGA ROBERTO RAFAEL C/ PECOM SERVICIOS ENERGIA S.A. S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA4 EXP Nº 418758/2010), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 231/242, que hace lugar a la demanda, condenando a la demandada a abonar al actor la suma de $ 323.848,70, en concepto de diferentes rubros indemnizatorios (art. 245 LCT., Bonus, SAC s/ Bonus, art. 2 ley 25323, art. 80 LCT,), la demandada interpone recurso de apelación.

Expresa sus agravios, a fs. 245/250 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 251, es contestado por el actor a fs. 254/261, quien solicita se tengan en consideración los precedentes con idéntica parte demandada y similar tema decidendum en autos "Ortiz Miguel Ángel" (Expte N° 424237/10, Sala III, del 3/11/16), "Tassin Oscar Hugo" (Expte. N° 348747/07, Juz. Laboral 4) y "Casanova Maria Silvina (Expte. N° 391586/09, de esta Sala II), y por ende, se confirme la condena de primera instancia en todas sus partes, con costas a la demandada.

II.- Son seis los agravios de la recurrente, a saber: salario en especie, arbitrariedad de la cuantificación del salario en especie, reclamo del "Bonus" y arbitrariedad del SAC s/ "Bonus", improcedencia de la inclusión de SAC en la base de calculo del art. 245, aplicación de la multa del art. 2 ley 25323, y finalmente, las costas a su parte en su totalidad.

Sobre el primero, es decir el salario en especie, cuestiona la apelante que se haya considerado al celular como tal, basándose para ello en la declaración de un único testigo, cuyo testimonio, además no resulta contundente.

En apoyo de su queja, invoca lo decidido por la Sala I, en autos "Montaño Martín".

Respecto a la arbitrariedad en la cuantificación del salario en especie, expresa que el magistrado se aparta de toda constancia del expediente, subsanando los errores de quien lo peticionó ya que considera que no existe pruebas con relación a cuál sería el valor mensual del celular, y sin embargo, toma por ciertos los valores que solicita el actor.

Con relación al reclamo del bonus y la arbitrariedad del SAC s/ bonus, manifiesta que no ha existido un cumplimiento cabal de los objetivos intrínsecos a las tareas desarrolladas por el actor, incumplimiento cuyo desenlace fue el despido y cuya consecuencia previa fue la merma en los incentivos libremente otorgados por su parte en razón de la eficiencia del personal; cuestionando además que una persona externa al desarrollo diario de la actividad de su mandante, evalúe la procedencia o no del otorgamiento de un premio, que no es otra cosa que un incentivo a quienes (conforme políticas internas y de exclusiva evaluación por parte de la empresa), han alcanzado las expectativas puesta en ellos.

Critica que el magistrado haya omitido considerar aspectos probados por su parte, respecto a la improcedencia de este reclamo, ya que los testigos aportados, dicen cuáles eran los requisitos para acceder al Bono o PPR, calificando de arbitrario el cálculo que realiza el magistrado respecto del valor de los bonus mediante el cual entiende se le adeuda al actor la suma de $ 63.246,12, en concepto de diferencia por bonus año 2008 y de $ 97.088,84, en concepto de bonus año 2009, debido a que no especifica como ha llegado a esos importes.

Califica de absurda la consideración de que debe abonarse SAC sobre dichos bonus.

Respecto a la improcedencia del SAC en la base de cálculo del art. 245 LCT, manifiesta que se aparta con ello del plenario "Tulosai" de la Cámara Nacional del Trabajo, ya que al no reunir el SAC las características establecidas en el Art. 245 LCT, mal puede incluirse en el mismo para determinar la indemnización por despido.

Cita fallo "Horta Ramón" (Expte. N° 314.389/04, del 11/09/2007) de esta Sala II y "Quintana Luis" (Expte. N° 374393/08) de Sala III.

Con referencia a la multa del art. 2 de la ley 25323, expresa que al momento de abonarle la indemnización, su parte realizó los pagos en la entera convicción de que los montos abonados se encontraban ajustados a derecho y pese a ello y sin una base racional valida, el a-quo se aparta y considera la procedencia de la totalidad de la multa prevista en la norma.

Solicita se deje sin efecto dicho rubro y eventualmente, se haga uso de la facultad conferida por la norma y se atenúe la cuantía de la condena, en atención a la conducta cumplidora de su parte.

Finalmente, en cuanto a las costas, sostiene que su parte ha sido condenada en costas por la totalidad del reclamo por capital y la demanda ha prosperado por una suma menor a la mitad de lo reclamado. Es más, invoca que su parte ha resultado victorioso en cuanto al rechazo de los rubros "viandas", Bono Paz social, aumento salarial CCT 537/08, resoluciones 725/09, 1013 y 1123 del año 2009 que habían sido reclamadas por el actor en función de pretender encuadrarse dentro del CCT correspondiente a la

actividad petrolera.

Solicita se redistribuyan las costas por el orden en que han sido causadas.

III.- Entrando al estudio de los agravios, comenzaré por el primero, es decir por el referido a la inclusión del celular como salario en especie, anticipando que si bien el apelante cuestiona esa decisión invocando que el magistrado solo se basó en la declaración de un único testigo, Paz, y calificando de endeble su declaración, advierto que ello no es así, ya que el magistrado expuso además otros argumentos, en cuanto a la falta de prueba de su parte de prohibición del uso con fines personales, frente a lo cual la demandada ha silenciado toda queja.

En efecto, en la contestación de demanda, la apelante reconoció que le fue otorgado al actor un celular corporativo, bien que afectado a tareas laborales manifestando, a su vez, que era imposible controlar que no realizaran eventualmente llamadas de carácter particular, pero que las mismas eran escasas, por lo cual, reafirma tanto la falta de prohibición de uso personal señalada por el magistrado, como la falta de limitación de su uso, atento su omisión probatoria.

Además, respecto del precedente "Montaño" (Expte. N° 412913, de la Sala 1, del 09/12/2014), que invoca el apelante, en cuanto se sostuvo que:

"…la declaración de la única testigo que resulta favorable a su postura, es muy débil, no encuentra apoyo en otros elementos y aparece contradicha por los restantes testimonios" y que la prueba testimonial debe ser lo suficientemente sólida como para crear la convicción de que las afirmaciones del actor son ciertas" no resulta aplicable a esta causa, desde que existen los restantes elementos ya mencionados que refuerzan la presunción del "uso liberado del celular".

Referido al tema en cuestión, esta Sala ha sostenido las causas "Bassetti" (expte. 369122 del 03/11/2011) y "Pacheco" (Expte. N° 378304, del 19/12/2013), que:

"Iguales consideraciones caben para el uso del teléfono celular, cuyo pago era a cargo de la empresa. Se encuentra probado que el servicio no tenía limitaciones para su uso…Se trata entonces, de una ventaja patrimonial evidente para el trabajador. En la actualidad, ante la habitualidad del uso de telefonía celular, poder utilizar el servicio sin abonar por las llamadas realizadas significó una ganancia para el actor".

Por lo tanto, considero que los agravios relativos a su admisión deben rechazarse, como también las relativas a la cuantificación de su importe desde el monto fijado a tal fin ($ 300 mensuales), no resulta en absoluto desmesurado.

IV.- Con relación al reclamo del bonus y la arbitrariedad del SAC sobre el bonus, anticipo que tampoco prosperarán los agravios.

En efecto, la demandada manifiesta que no ha existido un cumplimiento cabal de los objetivos intrínsecos a las tareas desarrolladas por el actor, incumplimiento cuyo desenlace fue el despido y cuya consecuencia previa fue la merma en los incentivos en razón de la eficiencia del personal; argumentos que no tienen sustento probatorio, ya que por un lado, la desvinculación del actor, comunicada conforme constancia de fs. 2, fue sin causa, razón por la cual, la manifestación referida al bajo rendimiento del actor debió ser fehacientemente acreditada como así también, la justificación de la disminución en los incentivos abonados en agosto del 2009.

Coincido con el a-quo en cuanto a que si se encontraban supeditados a los beneficios económicos que obtuviera la empresa, en poder de ésta se encontraba la documentación que pudiera probar que el importe pagado por Bonus 2009 fue correcto, y sin embargo, frente a este reproche guarda silencio.

Por otra parte, resulta contradictorio que a esta altura invoque que la evaluación de las expectativas estratégicas y que hacen al giro de sus negocios "no puede ser objetivada en forma exhaustiva porque responde a pautas subjetivas sobre la relación del personal con el resto de los trabajadores", cuando en la contestación de demanda, expuso que el PPR es un adicional nacido consuetudinariamente en la empresa, conocido por todos los empleados, para retener a determinados trabajadores, que primero "se los notifica del beneficio, se le establecen objetivos y se evalúa el cumplimiento de los mismos" y de ser satisfactorio, se liquida.

Mas allá de no resultar controvertida la categoría laboral del actor, y su consecuentemente cargo jerárquico, de la pericial contable surge que se le abonaban al actor BPP en los últimos dos años, señalando el testigo Carrasco (a fs. 147 y vta.), quien liquida sueldos en la empresa desde el año 2.000, que "El bonus se da a nivel medio, de Jefatura para arriba. En el aérea construcciones y personal fuera de Convenio y jerárquico y para ambos convenios si se paga".

Teniendo en cuenta que el bonus era anual, si bien se liquidaba generalmente entre abril y mayo del año siguiente, resulta correcta la procedencia decidida por el juez de grado de condenar al pago del bonus 2009, en tanto que el despido tuvo lugar a mediados de diciembre de 2009, es decir cuando ya se había devengado, no habiendo acreditado la demandada, distintas o especiales circunstancias que llevaran a adoptar un criterio distinto.

Con respecto a la crítica relacionada con los importe por la diferencia del "Bonus PPR 2008" e importe del "Bonus PPR 2009", no es cierto que el magistrado no especifica como ha llegado a esos importes, ya que prolijamente aclara en cada caso el salario que

toma y la multiplicación por el coeficiente (y aplicando lo dispuesto por el art. 38 de la Ley 921, ante la negativa de la demandada a proporcionar los elementos que permitan su concreta determinación), razón por la cual, corresponde desestimar estas quejas.

Con relación al SAC sobre dichos bonos PPR, en atención a que el apelante sólo califica de absurda su procedencia sin expresar fundamento alguno, corresponde declarar desierta esta queja.

V.- Respecto a la improcedencia del SAC en la base de cálculo del art. 245 LCT, debo señalar con respecto a las causas invocadas por el apelante, que en "Horta" (Expte. N° 314389) no fue abordado el tema del SAC como integrativa de la base para calcular la indemnización por antigüedad y el criterio plasmado en "Quintana" (Expte. N° 374393 del 20/12/12), resulta contrario al mantenido por el suscripto y esta Sala, en favor de la inclusión del SAC.

En tal sentido, en las causas "Morand" (Expte. Nº 378320/8 del 21/06/12) y "Oliviero" (Expte. Nº 361135/7 del 02/10/12) por citar algunas, adhiriéndome al criterio de mi colega de Sala, Dra. Clerici, dijimos:

"Así en autos "Cañicura c/ Empresa Zille SRL" (Sala II, P.S. 2011-IV, n° 146) dije que: "Con relación a la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, he de reconocer que ni la doctrina ni la jurisprudencia son pacíficas en orden a la inclusión del proporcional del SAC en la mejor remuneración mensual, normal y habitual a que hace alusión la norma que regula la indemnización por antigüedad. Los dos criterios vigentes en la materia son, por un lado, el de la CNAT en pleno que sustenta la no inclusión en la base salarial prevista en el primer párrafo del art. 245 de la LCT de la parte proporcional del sueldo anual complementario (plenario "Tulosai c/ Banco Central de la República Argentina", sentencia del 19 de noviembre de 2009); y por el otro, el de la SCJBA, que adhiere a la postura contraria, por ser el sueldo anual complementario un salario diferido (autos "Helmann c/ Rigolleau S.A.", sentencia del 16 de noviembre de 1982).

"Teniendo que decidir entre una postura u otra, adhiero a la del tribunal bonaerense. Ello así por cuanto la norma (art. 245, LCT) determina que la base de cálculo es la mejor remuneración mensual, normal y habitual "devengada". Por ende, debe ser incluida en esta base toda remuneración, por más que se abone anualmente o semestralmente, en tanto se devengue proporcionalmente al tiempo trabajado (cfr. Grisolía, Julio A., op. cit., pág. 1074, aclarando que este autor no adhiere a la postura que sustento), y siendo el sueldo anual complementario de este tipo de remuneración, el mejor salario a considerar para obtener el resarcimiento tarifado por el despido incausado ha de incluir necesariamente el proporcional del SAC".

"Jorge Rodríguez Mancini señala que las remuneraciones anuales o semestrales se van ganando día a día o mes a mes, por lo que resulta razonable que en la base mensual se integren las partes proporcionales ganadas aunque no se hayan pagado todavía" ("Ley de Contrato de Trabajo Comentada", T. IV, pág. 438/439).

"El sueldo anual complementario es una remuneración adicional que se devenga mes a mes ya que, de otro modo y como bien lo pone de manifiesto el a quo, no tendría razón de ser el pago proporcional dispuesto en el art. 123 de la LCT.

Por tanto, y conforme ya lo adelantara, corresponde su inclusión en la base de cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT".

"Por otra parte, no debe perderse de vista que la indemnización del art. 245 de la ley laboral toma como parámetro a efectos de reparar los daños y perjuicios derivados de la ruptura unilateral e injustificada del vínculo de trabajo la situación salarial en la que se encontró el trabajador durante el año anterior al distracto, o el término menor trabajado, con el objeto que aquella reparación –tarifada- sea lo más adecuada posible a la entidad del perjuicio ocasionado (que se traduce en la pérdida del puesto de trabajo y consiguientemente del ingreso mensual que obtenía como consecuencia de la puesta a disposición del empleador), por lo que no incluir el proporcional del SAC en esta base de cálculo contraría la finalidad apuntada ya que, conforme lo explicado el SAC es salario de pago diferido pero devengado mes a mes".

Por lo tanto y en atención a esta positura (también adoptada por la Sala 1, en la causa "CATRIQUIL", Expte. 356283/7 del 18/12/2012) que sella la suerte adversa de la queja, corresponde confirmar el resolutorio de grado en esta cuestión.

VI.- Con referencia a la multa del art. 2 de la ley 25323, adelanto que la queja prosperará en forma parcial.

En efecto, el apelante se queja de la admisión de la multa, expresando que abonó la indemnización debida soslayando el a-quo tal conducta, ya que considera no sólo la procedencia sino la totalidad de la multa prevista en la norma. Ante este planteo, entiendo por un lado que está justificada la procedencia de la multa prevista en la citada norma, atento a haberse cumplido el requisito de la intimación previa por parte del trabajador, conforme las cartas documento obrante a fs. 8 y 10, pero también es cierto que al actor le fue abonado en tiempo la liquidación final conforme surge del recibo obrante a fs. 53/54, persiguiendo el actor a través de esta causa, el pago de importes mayores, tales como diferencia en la liquidación del art. 245 LCT, rubro que prosperó.

Por otra parte, el segundo párrafo del artículo 2 de la ley 25323, dispone:

"...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".

En tal sentido, en la causa "Poo" (Exp Nº 383879/9, del 6/12/11), de similares características, integrando la Sala I con mi colega

Dra. Clerici y a cuyo voto me adherí, dijimos que:

“El art. 2º de la Ley 25.323 toma un hecho objetivo para la aplicación de la sanción que impone, la falta de pago de las indemnizaciones por la extinción unilateral arbitraria del contrato de trabajo. Y como falta de pago debe entenderse también el pago insuficiente, toda vez que éste no resulta cancelatorio de lo debido al no ser íntegro”.

“Ahora bien, en supuestos de pago insuficiente, el incremento debe aplicarse sobre la base económica constituida por la diferencia indemnizatoria no satisfecha, y no por la totalidad de los rubros previstos en la norma (cfr. CNAT, Sala II, 20/12/2007, “Lucero c/ YPF S.A.”, TySS 2008, pág. 334; ídem., Sala III, 30/11/2007, “Saint Jean c/ Disco S.A.”, TySS 2008, pág. 53). De otro modo no existe relación de proporcionalidad entre la falta y la penalidad.”

Trasladando estos conceptos al caso de autos, sopesando el derecho del trabajador a perseguir el cobro de sus acreencias y la conducta observada por la empleadora a la hora de abonar los créditos laborales reclamados, tengo en cuenta que la cuestión controvertida a los fines de la norma, fue por la diferencia en la liquidación del art. 245 LCT, diferencia que fue admitida previa declaración de inconstitucionalidad del tope salarial previsto en dicha normativa, por lo que resulta razonable que el empleador pudiera entender que abonó correctamente ese rubro.

En función de ello, considero que corresponde modificar el importe determinado en al instancia de grado y como justo y equitativo al caso de autos, fijarlo en un 15% del importe por el que prosperó la diferencia del rubro art. 245 LCT ($ 77.461,07) quedando establecida en la suma de $ 15.619,16 debiendo hacerse lugar a este agravio, estableciendo ese importe en tal concepto.

VII.- Finalmente, me expediré con respecto a la queja sobre imposición de costas, señalando que le asiste razón en su planteo, bien que en forma parcial.

En efecto, advierto que la desestimación parcial de la demanda no está referida sólo al aspecto cuantitativo, es decir a la suma reclamada en ésta, sino también al aspecto cualitativo, ya que se han rechazado rubros sobre “viandas”, “Bono Paz Social” y el de “aumentos salariales mayo/2008 a diciembre /2009”, sin perjuicio de que el resto de los reclamos no han prosperado en su totalidad en cuanto a las sumas demandadas.

De ello cabe colegir que el actor efectuó una acumulación de acciones, es decir varios reclamos independientes, algunos de los cuales fueron en su mayor parte, favorables a su pretensión y otro en menor proporción, desestimados.

En consecuencia, cabe en el caso la aplicación del art. 17 de la ley 921, ya que en la imposición de costas debe emplearse un criterio de distribución en concordancia con tal acumulación.

De tal manera que teniendo en cuenta, además, que el beneficio acordado al actor en virtud del art. 20° de la L.C.T., no impide la imposición de costas a su parte, por cuanto los efectos del mismo se proyectan de pleno derecho, sólo como una eximente de pago hasta que mejore de fortuna, corresponde receptar favorablemente el agravio formulado por la demandada y en consecuencia imponer las costas del juicio en un 30% al actor y en un 70% a la demandada.

VIII.- En función de lo decidido, considero que corresponde hacer lugar al recurso en la medida de lo considerado, y en consecuencia, modificar la sentencia dictada a fs. 231/242 en lo que respecta al importe en concepto de multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323 reduciéndolo a la suma de $ 15.619,16, disminuyéndose consecuentemente el importe de condena a $ 300.737,33, en concepto de capital, y en también en lo relativo a las costas de primera instancia fijándolas en un 30% al actor y en un 70% al demandado (conf. arts. 71 y 54 del código procesal y art. 17 de la ley 921).

Las costas de Alzada se impondrán a la demandada vencida. Los honorarios de los profesionales intervinientes se fijarán en un 30% de las sumas que resulten de las pautas fijadas en la instancia de grado.

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. 231/242 en lo que respecta al importe en concepto de multa prevista en el art. 2 de la ley 25.323, reduciéndolo a la suma de $ 15.619,16, disminuyéndose consecuentemente el importe de condena a $ 300.737,33 en concepto de capital, y también en lo relativo las costas de primera instancia fijándolas en un 30% al actor y en un 70% al demandado (conf. arts. 71 y 54 del código procesal y art. 17 de la ley 921); confirmándola en todo lo demás que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada (conf. art. 17 de la ley 921).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en un 30% de las sumas que resulten de las pautas fijadas en la instancia de grado (art. 15 de la ley 1594.).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"VELASQUEZ ELISABETH DEL CARMEN C/ MALLA MARIA ESTHER Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472307/2012) – Sentencia 53/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. FINALIDAD. ANIMUS DOMINI.

1.- En el juicio de desalojo la sentencia, tiene como objeto lograr la recuperación del bien respecto del ocupante o tenedor, obstaculizando su progreso frente a quien demuestra "prima facie" ejercer la posesión de ese bien. Por ello, las demás cuestiones, relativas a la posesión que pudieren ser expuestas en aquél juicio no poseen el carácter de cosa juzgada en cuanto a su extensión, ya que no se discute dentro de una acción personal, cuestiones que caen dentro de la acción real.

2.- Corresponde confirmar la sentencia que ordena la restitución a la actora de un bien, bajo apercibimiento de desahucio, respecto de la porción que ocupan los demandados pues frente a la ubicación temporal de los hechos, resulta intrascendente, la existencia o no de la medianera, más allá de que la pericia no es clara al respecto, porque bien vale reiterarlo, no está en tela de juicio que hubo posesión, lo que si no pudo acreditarse es que hubo actos posesorios "animus domini" durante el transcurso de 20 años, para repeler esta acción que persigue declarar la existencia de un derecho real sobre el inmueble, para lograr su restitución, y aquí la actora cuenta además con la escritura de dominio que le avala su derecho a poseer.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VELASQUEZ ELISABETH DEL CARMEN C/ MALLA MARIA ESTHER Y OTRO S/ ACCION REIVINDICATORIA", (JNQCI4 EXP 472307/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 326/336 vta., que hace lugar a la demanda, ordenado la restitución a la actora, bajo apercibimiento de desahucio, respecto de la porción que ocupan los demandados del lote inscripto en la matricula nro. 7013-Confluencia, con frente a la calle Lago Quillén 1334 de esta ciudad (designado como Lote 1-h, nomenclatura catastral 09-20-64-3741), apelan los demandados a fs. 338, expresando agravios a fs. 342/355 vta., cuyo traslado ordenado a fs. 356, es contestado a fs. 358/360, solicitando se confirme la sentencia dictada.

II.- Cuatro son los agravios en los que resumen su pieza recursiva, sosteniendo como primera queja, que la a-quo no respetó el principio de inmutabilidad y autoridad de cosa juzgada de la sentencia dictada en "Arias Lorena c/ Malla María Ester s/ Desalojo incumplimiento contractual" (Expte. N° 359.595/07, tramitada por ante el Juzgado Civil N° 5), al considerar que la prueba rendida

no cuenta con una certeza necesaria para repeler la acción real de reivindicación, violando el principio procesal de inmutabilidad de la sentencia.Expresan que la jueza no tiene en cuenta que en el juicio de desalojo se tuvo por probado que en 1980 la señora Malla comenzó la posesión con ánimo de dueño y que, siendo un mismo hecho histórico-jurídico idéntico en ambos procesos, con las mismas partes presentadas, es aplicable a autos, so pena de estar en presencia de un escándalo jurídico y violación a la autoridad de cosa juzgada.

Invocan que en aquél, se tuvo por acreditada la posesión animus domini con una antigüedad de 30 años y habiendo sido dictada la sentencia en el año 2010 la posesión se produjo desde 1980, agraviándose por ello de que en autos, la a-quo la ubique en el año 1993, porque viola la inmutabilidad de la sentencia antes señalada.

Manifiesta que si bien la parte dispositiva del fallo tan sólo rechaza la acción de desalojo, en sus considerando sostiene el comienzo de la posesión en la fecha señalada, describiéndose cuál es la prueba que lo acredita, y que por ello, tal considerando forma un todo lógico con la parte dispositiva y produce cosa juzgada.

Como segunda queja, alega que la sentenciante no tuvo en cuenta que pesar de la escritura del año 1978, no hubo tradición de la porción a favor de Lorenza Arias del fundo que poseía la Sr. Malla, razón por la cual, antes de 1978 la actora no tenía derechos sobre el inmueble.

Manifiesta que por prescripción del art. 2378 del Código Civil, no basta la declaración de las partes en el acto jurídico que sea que realizan la entrega o tradición de la cosa es necesario que efectivamente se entregue la cosa y que el comprador realice actos posesorios para que haya tradición.

Invoca certificado de residencia emitido por al Comisaría primera que hace constatar que la señora Malla residía en al calle Quillem 1334 desde el 14/08/69 y que si bien el original fue expurgado, tal antigüedad concuerda con las declaraciones de Calquin y de Campos.

Asimismo, expresa que de la absolución de posiciones de Pablo Arias manifiesta que adquirieron la vivienda en 1968 pagándola entre todos, que su padre le daba la cuota a su madre, y que otro indicio es la información sumaria 1267/1994 (tramitada por ante el Juzgado de Paz), de la cual se desprende ambos datos ya mencionados (dirección y año de residencia).

Sostiene que de toda la prueba producida se acreditó que la Sra. Malla poseyó el inmueble desde 1968 por medio de la tradición que le diere su suegra y que este acto jurídico es 10 años anterior a que la señora Lorenza suscribiera la escritura del inmueble, y por lo cual, no logró adquirir la parte del inmueble que ocupa la señora Malla porque jamás tuvo la posesión de la misma; lo que determina que la Sra. Velásquez no tiene derecho de propiedad sobre la parte del fundo, y por ende, no posee acción de reivindicación.

Como tercer agravio, apunta a que la a-quo haya concluido qué no existe medianera entre las posesiones de las partes, alegando que en el punto “b” de la pericia realizada se observa el plano del inmueble que posee la Sra. Malla y del mismo se visualiza la medianera, afirmando el perito su existencia tanto en el plano como en el inmueble.

Expresa que la presencia de ventana en dicho muro no cambia su naturaleza, ya que no deja de ser la división física y estable entre dos fundos.

Alega que en el causa “Arias Lorena c/ Malla María Ester s/ Desalojo incumplimiento contractual” se constató la construcción de la medianera era de aproximadamente 17 de antigüedad, representando tal prueba un instrumento público que no fue argüido de falsedad y siendo uno de los fundamentos de la sentencia dictada en los autos referenciados, tiene valor de cosa juzgada.

Además, los testigos Calquen y Campos declaración sobre el paredón y la propia actora afirma su existencia en la posición 7.

Finalmente, como cuarto agravio, se refiere a la descontextualización del análisis de la prueba que la realiza la jueza de grado, violando el principio de la sana critica y las reglas de la lógica y de la experiencia, además de no atenerse a las prescripciones legales de los arts. 2351, 238 y 2445 del Código Civil correspondientes a la posesión, presunción iuris tantum y presunción de continuidad de la posesión.

Invoca que la separación material del terreno mediante la construcción de la medianera y la construcción de la vivienda son la prueba irrefutable de actos posesorios públicos, porque fue realizada delante de la actora y su madre, y esto, se ha acreditado con la prueba testimonial y prueba ya detallada en el tercer agravio; posesión de la que se presume su continuidad conforme art. 2445 del Código civil.

Critica que la magistrada haya dado por cierto los dichos de la Sra. Velásquez en la prueba confesional, ya que la actora refirió que no existe medianera que es su pared que incluso hay ventanas, desconociendo las conclusiones el dictamen pericial que afirma la existencia de medianera, el plano del fundo que posee la Sra. Malla y la constatación judicial realizada en los autos donde tramitó el desalojo.

Cuestiona que se haya tenido a la Sra. Malla por confesa, alegando que el resto de la prueba contradice lo dicho en tal absolución.

Manifiesta que la jueza de grado se contradice al decir que en 1993 comenzó la posesión porque coincide con la prueba testimonial de Calquen y Gabino que refieren que el reclamaba el inmueble desde que falleció el marido de Malla, y que esto sucedió en 1989 (fs. 71) 4 años antes de lo que afirma la sentenciante.

III.- Entrando al estudio de los agravios, anticipo que mi decisión será en sentido adverso al recurso.

En efecto, en primer lugar, resulta conveniente señalar que el juicio de desalojo la sentencia, tiene como objeto lograr la recuperación del bien respecto del ocupante o tenedor, obstaculizando su progreso frente a quien demuestra "prima facie" ejercer la posesión de ese bien. Por ello, las demás cuestiones, relativas a la posesión que pudieren ser expuestas en aquél juicio no poseen el carácter de cosa juzgada en cuanto a su extensión, ya que no se discute dentro de una acción personal, cuestiones que caen dentro de la acción real.

Dicho en otras palabras, lo que repele la acción de desalojo es la existencia de la posesión, siendo las cuestiones relativas a su extensión temporal ajenas al debate, y por lo tanto, fuera del ámbito de la cosa juzgada.

En ese orden de ideas, la Sala I, en las causas "Cárdenas" (Expte. 994-CA-1, del 13/08/02) y las acumuladas "Villar" y "Valderrama" (Exptes. N° 360739/7 y 368950/8, respectivamente, del 13/06/13), sostuvo que:

"Ahora bien, la sentencia que le puso punto final a ese desalojo, naturalmente, no inviste autoridad de cosa juzgada en el presente que es el llamado "petitorio", es decir, el proceso de mayor plenitud en el que el debate versa respecto del título dominial".

"Así, en orden al sistema del derecho sustantivo (cf. arg. arts. 2482, 2484, 2485, 2486 y cctes. del C. Civil) pero también al meramente ritual (art. 623, 2° párrafo, del C. Procesal) porque es claro que pese a la identidad subjetiva no la hay en cambio en cuanto al "objeto" ni tampoco respecto de la "causa petendi" pues mientras en el "posesorio" (o en el de rango inferior y meramente "policial" como es el "interdicto" y aun en el mero "desalojo" como aquí ocurre) se reclama no el "dominio" del bien sino sólo su posesión, es decir, se acciona por virtud del "ius possessionis" (o por la tenencia, art. 2469, con el límite de la acción de despojo que se confiere solamente al poseedor, art. 2490), en el "petitorio", en vez, sí se reclama la "existencia, plenitud y libertad" de un derecho real (art. 2756), es decir, se acciona por vir-tud del "ius possidendi" (o sea, el "derecho de poseer" o, puesto en palabras del mismo Vélez Sársfield en su nota al 2482: "Las acciones petitorias son las que tienen por objeto un derecho real") aun cuando, como en el caso de la acción real de reivindicación, se lo haga en relación a la misma posesión del bien (art. 2758)."

"Esto es: desde el solo ángulo del derecho procesal, el posesorio no proyecta la cosa juzgada en el petitorio (aunque naturalmente, sí a la inversa), ya que no se da entre ellos más que la "identidad subjetiva" y no así las restantes referidas al "objeto" (en el posesorio la mera posesión o tenencia del bien, en el petitorio, también la posesión –que obviamente, comprende la mera "tenencia" de acuerdo con el precepto básico del art. 2513, el "ius utendi"- pero a título dominial) y a la "causa de la pretensión" (en aquel tipo de litigio, los hechos concretos que se alegan como "posesorios" o de "tenencia", en este último, el "dominio"; respecto de esta temática, véase por ej., Palacio, "Derecho Procesal Civil", en lo concerniente a los elementos de la pretensión –sujeto, objeto y causa- T.I, ps.387/389 y, en cuanto a la "cosa juzgada", T.V, p.512 y ss.)".

"b) Ahora bien, si lo antedicho no parece dar satisfacción a la queja de la apelante acerca de esta cuestión, sí en vez lo siguiente: pese a que como se ha visto, por definición el posesorio no hace cosa juzgada respecto del petitorio, sin embargo sí la hace en relación a ciertos aspectos puntuales, o sea que aquel principio enunciado en el apartado anterior no es absoluto."

"Específicamente, si en el posesorio se determinaron tanto la posesión como alguna cualidad de ella –por caso, el período en que ella se ejerció- tal definición es irreversible, es decir, no podrá ser luego contestada o contrariada en el petitorio."

"Ello así, a partir de los principios generales del proceso ya que, pese a los distintos objeto y causa de la pretensión, de todas maneras, entre uno y otro litigio, media gran afinidad o conexidad. (Así, Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal...", T.7°, p.361; dicen estos autores en referencia al tema de la "identificación de las pretensiones" en relación con el instituto de la "litispendencia" "...no se trata de un requisito inflexible ya que debe ceder, v. gr., frente a la posibilidad de sentencias contradictorias sobre una misma relación jurídica)".

"Es claro, pues, que si en el posesorio las partes debatieron acerca de la posesión con la correcta satisfacción de la garantía constitucional del debido proceso (art. 18 CN), en relación a esa misma posesión (el "factum" principal y sus cualidades), sería "escandaloso" que la definición que a ese respecto se hubiera alcanzado en aquél pudiese luego ser tergiversada en el petitorio.

Es así, pues, que en la presente especie no podría definirse que la demandada no ha contado con la posesión del bien en cuestión ya que la sentencia que puso punto final al desalojo rechazó la demanda, justamente, a partir del reconocimiento de la posesión de esa misma parte."

"Dijo en efecto el magistrado ponente en esa especie: "Si la alegada posesión tiene visos de verosimilitud como resulta evidente de la documental acompañada al contestarse la demanda (véase fs. 18 in fine/19 in cápite) poco importa la duración de la misma ya que lo que se investiga en la causa no es la prescripción adquisitiva de dominio sino la calidad o carácter en que el demandado

detenta la cosa cuyo desalojo se pretende" (fs. 618 de las actuaciones citadas). Parto pues en éste, del presupuesto necesario de que la demandada es poseedora del inmueble".

Por otra parte, Palacio y Alvarado Velloso comentando el art. 164 del Código Procesal, en cuanto a qué partes de la sentencia poseen eficacia de cosa juzgada, reseñan que:

"En un esclarecedor ensayo relativo al tema que se examina, Imaz ha precisado el alcance de las tesis tradicionales, demostrando que ninguna de ellas reconoce fundamento en la esencia de la institución, porque no es esencial –ni por lo tanto inevitable- la privación ni la extensión de la autoridad de la cosa juzgada a las enunciaciones contenidas en los considerandos de la sentencia. Y sobre la base de que el consistir de esta última es ser una norma individual, llega a la acertada conclusión de que el limite procesal de la cosa juzgada debe determinarse con referencia al contenido de la norma creadaza por el juez en cada caso concreto, y en tanto su constitución sea requerida para la solución de las cuestiones planteadas, con prescindencia del lugar del pronunciamiento en el cual aparecen decididas (Limites de la cosa juzgada , LL, 76-876)" (en "Código Procesal Civil y comercial de la Nación, T. IV, p. 459).

Aplicando estos conceptos al caso de autos, el alcance de los hechos invocados en el desalojo (Expte N° 359595/07), traído a la causa, como prueba, debe circunscribirse sólo a la acreditación de la calidad de poseedora de la parte del inmueble que da a calle lago quillen 1335, por parte de la demandada María Esther Malla.

No obstante ello, advierto de la lectura de causa, que si bien la magistrada a renglón seguido de interpretar que "prima facie" surge suficientemente acreditados actos posesorios por la demandada, mencionando pruebas como la declaración de los testigos, en cuanto a que la Sra. Malla habita desde hace mas de 30 años y sin analizarlo con los otros elementos de prueba que seguidamente reseña (conexión de energía eléctrica, de Gas y construcción de medianera), ello ha sido a los fines de justificar que realmente existía la seria apariencia de la posesión, más no con fines de analizarla ya que ello excedía el objeto de autos.

En función de lo señalado, es que esta queja será rechazada.

IV.- La misma suerte correrá el agravio referido a la valoración de las declaraciones de los testigos Calquen y Campos, informe pericial y las absolución de posiciones de la actora y de la Sra. Malla cuando expresa que fueron interpretadas fuera de contexto, por cuanto en primer lugar, los apelantes silencian toda queja respecto al razonamiento que expone la a-quo.

En efecto, la magistrada recolectando no solo las declaraciones de las testigos Calquen, Campos y Hernández, sino las aclaraciones que formulo la Sr. Malla, al absolver posiciones, concluye que la ocupación de la parte del lote obedeció al vínculo de hermandad entre la madre de la actora, Lorenza Arias y el esposo de la demandada, Sr. Ernesto Arias, para que vivieran allí (a raíz del accidente que postrara al Sr. Arias y la situación económica que ello provocó en el grupo familiar), por lo cual, quedó acreditado que el origen de la ocupación señalada no lo fue en carácter de dueño, sino reconociendo en otro el señorío.

Advierto que la propia Sra. Malla declara al absolver posiciones que "Yo no hice nada, porque mi casa está como mi marido la dejó (fallecido en 1989). Una suposición: yo quería sacar una puerta y no la pude sacar. No puedo cambiarla porque no es mía…" (La negrita me pertenece).

Asimismo, frente a la posición de que desautorizó a la Sra. Lorenza, contestó que no, que "yo le hice caso porque en mi casa no le hice ningún cambio".

Además, ha hilvanado temporalmente las declaraciones de los testigos y confesiones de las partes, concluyendo que si a la muerte del esposo de la demandada (20/08/1989, conf. fs. 71), la Sra. Lorenza (madre de la actora), le reclamó el terreno, hasta esa fecha, no poseían a titulo de dueño, y frente a ese íter probatorio y analítico, que de manera alguna resulta descontextualizado y frente a ello, los apelantes ninguna critica concreta y razonada, han efectuado, sino solo manifestaciones genéricas sobre la disconformidad respecto a lo decido..

Al respecto, he sostenido en la causa "Curriau Purran" (Expte. N°. 328933/5), que:

"El proceso de reconstrucción de los hechos debe demostrar de manera inequívoca: a) la existencia de actos posesorios; b) la continuidad de esa posesión; c) la inexistencia de actos turbatorios; d) el carácter público de la conducta desplegada y e) la antigüedad de la posesión que exceda el lapso exigido por la ley, o sea, el de veinte años. Es decir que, como la prescripción adquisitiva tiende a prevalecer sobre el título de propiedad, debe producirse la prueba en forma clara y convincente, sin dejar lugar a dudas de que realmente se ha tenido la posesión continua del bien durante el lapso de la usucapión larga, de un modo efectivo, en forma quieta, pública, pacífica e ininterrumpida.- CC0000 TL 8351 RSD-16-16 S 7-4-87, Juez CASARINI (SD). Magni, Harold Omar y otro c/Bordieu de Salazar, M. y otros s/Posesión veinteañal. MAG. VOTANTES: Suares - Casarini – Macaya.

"La prueba de la posesión debe ser plena e indubitable, no siendo suficiente la declaración de testigos en la que no se concretan con toda precisión la realización de actos posesorios "animus domini" durante todo el transcurso exigido por la ley. En primer término, es criterio unánime de nuestros tribunales que el análisis de las pruebas de la posesión en sus dos aspectos, o sea

"animus" y "corpus", debe llevarse a cabo con la mayor estrictez."- CC0002 MO 20370 RSD-28B-88 S 8-3-88, Juez SUARES (SD). Organización Santa Victoria c /Amaya de Suarez, Olga Elena s/ Reivindicación. MAG. VOTANTES: Suares-Venini-Conde.- CC0002 25286 RSD-152-91 S 5-9-91, Juez SUARES (SD) Piris, Ramón c/ Garnica, José A. s/Posesión Veinteañal. MAG. VOTANTES: Suares-Conde-Venini.

Por otra parte, frente a la ubicación temporal de los hechos ya mencionados, resulta a mi juicio, intrascendente, la existencia o no de la medianera, más allá de que la pericia no es clara al respecto, porque bien vale reiterarlo, no está en tela de juicio que hubo posesión, lo que si no pudo acreditarse es que hubo actos posesorios "animus domini" durante el transcurso de 20 años, para repeler esta acción que persigue declarar la existencia de un derecho real sobre el inmueble, para lograr su restitución, y aquí la actora cuenta además con la escritura de dominio que le avala su derecho a poseer.

Es en función de lo señalado, que comparto el razonamiento que efectúa la a-quo, quien a mi juicio ha valorado la prueba bajo las reglas de la sana crítica, conforme las pautas establecidas por el art. 386 del Código Procesal, como asimismo la conclusión a la que arriba en cuanto a la acreditación de actos posesorios, empero la falta de la antigüedad de 20 años exigida por el art. 4016 del código Civil, lo que sella la suerte del recurso.

V.- En consecuencia, propongo al Acuerdo, se rechace el recurso interpuesto por los demandados, confirmándose la sentencia dictada a fs. 326/336 vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

Las costas de Alzada se impondrán a los demandados, atento su calidad de vencidos (art. 68 del Código Procesal).

Los honorarios de los letrados intervinientes en la presente instancia se fijan en el 30% de los que se regule para la instancia de grado (art. 15, 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. 326/336 vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a los demandados atento su calidad de vencidos (art. 68, Código Procesal).

III- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes de fijan en un 30% de los que oportunamente se determinen por su actuación en la Primera Instancia (art. 15, ley 1594).

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

"ACUDEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 465910/2012) – Sentencia: 63/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

PROVISION DE AGUA POTABLE. AGUA TURBIA. DERECHOS INDIVIDUALES HOMOGENEOS. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. DERECHOS DEL CONSUMIDOR. DAÑO AMBIENTAL COLECTIVO. ASOCIACION DE CONSUMIDORES. LEGITIMACION ACTIVA. DAÑOS Y PERJUICIOS. IMPROCEDENCIA. PRUEBA DEL DAÑO. PRUEBA PERICIAL. LLUVIA. EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. HONORARIOS. REGULACION DE HONORARIOS. LABOR PROFESIONAL.

1.- Resultan legitimados activamente los integrantes de una asociación que representa los derechos constitucionalmente consagrados de terceros innominados en una acción por daños iniciada contra la empresa prestadora de agua potable que se vieron afectados por un hecho común [agua turbia], toda vez que el Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse en los presentes señaló expresamente que la acción deducida se inserta en la órbita del artículo 53 de la ley 24.240 y que enlaza directamente en las previsiones del artículo 43 de la Constitución Nacional y "se presenta como una acción colectiva tendiente a proteger –en los términos de la CSJN- a esa tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos", y añade mas adelante que "quedan acreditadas, entonces, las condiciones para la procedencia formal de la protección prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional (receptadas, a nivel local, en las previsiones constitucionales del artículo 55 –Consumidores y Usuarios, Título II, Derechos, Capítulo III, Derechos de incidencia colectiva- como así también en el Título III, Garantías, en especial artículos 58 y 59 última parte".

2.- No resulta responsable el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S) porque el agua durante algunos días estuvo turbia, en tanto la asociación de consumidores y usuarios actora, no ha probado que ello produjo un daño o bien que el agua no era potable. Si bien es cierto que el perito no es meteorólogo, no puede dejar de señalarse que fue la propia actora la que introdujo el tema de la lluvia y su intensidad no habitual según se puede apreciar de la documental, por lo cual, la objeción que formula al respecto en relación a lo que manifiesta el perito carece de andamiento, toda vez que debe tenerse por cierto que existieron lluvias de características especiales, y para ello, no es necesario que el perito sea meteorólogo.

3.- No existe violación del principio de congruencia, al haber sido el tema de la lluvia introducido por el propio actor conforme resulta de los términos de la demanda y la documental que adjuntara, y como tal no se encuentra controvertido, de manera que su valoración resulta procedente.

4.- En tanto el E.P.A.S que -aunque con carácter autárquico- se encuentra dentro del ámbito público y gestionando un recurso de una importancia fundamental para la vida como lo es el agua, una regulación arancelaria desproporcionada, importaría la detracción del patrimonio de aquél de sumas que no necesariamente tienen que ver con un concepto de ganancia o utilidad comercial, tal como podría llegar a verificarse en el caso de entidades privadas.

5.- Es preciso dejar sentada una pauta razonable en cuanto a los honorarios en acciones de clase, pues la propia particularidad de las mismas importará en la mayoría de los casos bases regulatorias muy elevadas, pues por más mínimo que sea el importe reclamado para cada uno de los afectados, si se afinca el criterio de la sola multiplicación ello importará monto sin variablemente extraordinarios. Por ello, cabe revocar la regulación efectuada y de conformidad a las pautas antes propuestas fijar los honorarios del letrado patrocinante en la suma de 50 JUS para el patrocinante y un 40 % de ello para el apoderado (art. 10 ley 1.594), con lo cual entiendo se alcanza una justa retribución por la labor profesional desplegada.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ACUDEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO", (JNQCI3 EXP Nº 465910/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 282/285 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la parte actora en los términos que resultan del escrito de fs. 304/313, cuyo traslado fue respondido a fs. 319/322.

Asimismo, a fs. 286 apela los honorarios regulados al perito por altos, y en el mismo escrito, los profesionales de esa parte, los propios por bajos.

II.- Agravios de la parte actora.

El primer agravio se dirige a objetar la decisión del juez en cuanto les deniega legitimación, y al respecto, sostiene que dicha decisión se contrapone con la adoptada en distintos procesos en esta jurisdicción, y que de todas maneras, el grupo estaba bien delimitado dado que se alegó la representación de los usuarios de Neuquén capital afectados por la prestación del servicio los que conforman una clase con un elemento común: el servicio deficiente.

Añade que la demandada no cuestionó su legitimación.

En cuanto a los edictos, si bien reconoce no haberlos adjuntado, remarca que la publicación se realizó.

En el segundo agravio cuestiona que el magistrado haya concluido que no se acreditó el daño. Así, señala que la accionada no respondió a la demanda, que cuestionó el informe pericial en el alegato y que el mismo carece de rigor técnico y viola el principio de congruencia por haber introducido un hecho no invocado por la accionada.

Indica que las lluvias no constituyen un hecho eximente de la responsabilidad de la demandada, y que ello fue señalado al demandar, dado que eran previsibles y ordinarias; para concluir remarcando que el perito no es un experto en meteorología, careciendo el informe de bases ciertas.

Añade que la propia demandada al responder la nota que remitiera señaló que se incrementaron los valores de turbidez del agua en valores superiores a los aceptados por las normas de calidad, no obstante lo cual la accionada percibió la tarifa de los usuarios sin descuento o bonificación alguna.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas adelanto que asiste razón al quejoso en lo que se refiere al primer agravio, compartiendo los sólidos fundamentos que enuncia.

En primer lugar, la cuestión de la legitimación de la actora no pasó desapercibida durante el trámite del presente toda vez que el Tribunal Superior de Justicia al pronunciarse a fs. 64/66 del presente señaló expresamente que la acción deducida se inserta en la órbita del artículo 53 de la ley 24.240 y que enlaza directamente en las previsiones del artículo 43 de la Constitución Nacional y "se presenta como una acción colectiva tendiente a proteger –en los términos de la CSJN- a esa tercera categoría de derechos, conformada por aquellos de incidencia colectiva referente a intereses individuales homogéneos", y añade mas adelante que "quedan acreditadas, entonces, las condiciones para la procedencia formal de la protección prevista en el artículo 43 de la Constitución Nacional (receptadas, a nivel local, en las previsiones constitucionales del artículo 55 –Consumidores y Usuarios, Título II, Derechos, Capítulo III, Derechos de incidencia colectiva- como así también en el Título III, Garantías, en especial artículos 58 y 59 última parte".

A su vez, y tal como bien lo pone de relieve el quejoso, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Halabi" sentó doctrina en sentido favorable a la postura del actor apelante al señalar:

"9) Que en materia de legitimación procesal corresponde, como primer paso, delimitar con precisión tres categorías de derechos: individuales, de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos, y de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos.

En todos esos supuestos, la comprobación de la existencia de un "caso" es imprescindible (art. 116 de la Constitución Nacional; art. 2 de la Ley 27; y Fallos: 310: 2342, considerando 7; 311:2580, considerando 3; y 326: 3007, considerandos 7 y 8, entre muchos otros), ya que no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición. Sin embargo es preciso señalar que el "caso" tiene una configuración típica diferente en cada uno de ellos, siendo esto esencial para decidir sobre la procedencia formal de pretensiones, como se verá en los considerandos siguientes. También es relevante determinar si la controversia en cada uno de esos supuestos se refiere a una afectación actual o se trata de la amenaza de una lesión futura

causalmente previsible.

10) Que la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas, toda vez que se trata de obligaciones con pluralidad de sujetos activos o pasivos, o supuestos en los que aparece un litisconsorcio activo o pasivo derivado de la pluralidad de sujetos acreedores o deudores, o bien una representación plural.

En estos casos, no hay variación en cuanto a la existencia de un derecho subjetivo sobre un bien individualmente disponible por su titular, quien debe, indispensablemente, probar una lesión a ese derecho para que se configure una cuestión justiciable.

A esta categoría de derechos se refiere el primer párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional en que encuentra cabida la tradicional acción de amparo, instituida por vía pretoriana por esta Corte en los conocidos precedentes "Siri" y "Kot" (Fallos: 239:459 y 241:291, respectivamente) y consagrada más tarde legislativamente. Esta acción está destinada a obtener la protección de derechos divisibles, no homogéneos y se caracteriza por la búsqueda de la reparación de un daño esencialmente individual y propio de cada uno de los afectados.

11) Que los derechos de incidencia colectiva que tienen por objeto bienes colectivos (art. 43 de la Constitución Nacional) son ejercidos por el Defensor del Pueblo de la Nación, las asociaciones que concentran el interés colectivo y el afectado. En estos supuestos existen dos elementos de calificación que resultan prevalentes.

En primer lugar, la petición debe tener por objeto la tutela de un bien colectivo, lo que ocurre cuando éste pertenece a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna. Por esta razón sólo se concede una legitimación extraordinaria para reforzar su protección, pero en ningún caso existe un derecho de apropiación individual sobre el bien ya que no se hallan en juego derechos subjetivos. No se trata solamente de la existencia de pluralidad de sujetos, sino de un bien que, como el ambiente, es de naturaleza colectiva. Es necesario precisar que estos bienes no tienen por titulares a una pluralidad indeterminada de personas, ya que ello implicaría que si se determinara el sujeto en el proceso éste sería el titular, lo cual no es admisible. Tampoco hay una comunidad en sentido técnico, ya que ello importaría la posibilidad de peticionar la extinción del régimen de cotitularidad. Estos bienes no pertenecen a la esfera individual sino social y no son divisibles en modo alguno.

En segundo lugar, la pretensión debe ser focalizada en la incidencia colectiva del derecho. Ello es así porque la lesión a este tipo de bienes puede tener una repercusión sobre el patrimonio individual, como sucede en el caso del daño ambiental, pero esta última acción corresponde a su titular y resulta concurrente con la primera.

De tal manera, cuando se ejercita en forma individual una pretensión procesal para la prevención o reparación del perjuicio causado a un bien colectivo, se obtiene una decisión cuyos efectos repercuten sobre el objeto de la causa petendi, pero no hay beneficio directo para el individuo que ostenta la legitimación. En este tipo de supuestos, la prueba de la causa o controversia se halla relacionada con una lesión a derechos sobre el bien colectivo y no sobre el patrimonio del peticionante o de quienes éste representa.

Puede afirmarse, pues, que la tutela de los derechos de incidencia colectiva sobre bienes colectivos corresponde al Defensor del Pueblo, a las asociaciones y a los afectados, y que ella debe ser diferenciada de la protección de los bienes individuales, sean patrimoniales o no, para los cuales hay una esfera de disponibilidad en cabeza de su titular.

12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados.

En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño.

Sin embargo, no hay en nuestro derecho una ley que reglamente el ejercicio efectivo de las denominadas acciones de clase en el ámbito específico que es objeto de esta litis. Este aspecto resulta de gran importancia porque debe existir una ley que determine cuándo se da una pluralidad relevante de individuos que permita ejercer dichas acciones, cómo se define la clase homogénea, si la legitimación corresponde exclusivamente a un integrante de la clase o también a organismos públicos o asociaciones, cómo tramitan estos procesos, cuáles son los efectos expansivos de la sentencia a dictar y cómo se hacen efectivos.

Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, constituye una mora que el legislador debe solucionar cuanto antes sea

posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular.

Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos: 239:459; 241:291 y 315:1492).

La eficacia de las garantías sustantivas y procesales debe ser armonizada con el ejercicio individual de los derechos que la Constitución también protege como derivación de la tutela de la propiedad, del contrato, de la libertad de comercio, del derecho de trabajar, y la esfera privada, todos derechos de ejercicio privado. Por otro lado, también debe existir una interpretación armónica con el derecho a la defensa en juicio, de modo de evitar que alguien sea perjudicado por una sentencia dictada en un proceso en el que no ha participado (doctrina de Fallos: 211:1056 y 215:357).

En la búsqueda de la efectividad no cabe recurrir a criterios excesivamente indeterminados alejados de la prudencia que dicho balance exige.

13) Que la procedencia de este tipo de acciones requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. Sin perjuicio de lo cual, también procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados.

El primer elemento es la existencia de un hecho único o complejo que causa una lesión a una pluralidad relevante de derechos individuales.

El segundo elemento consiste en que la pretensión debe estar concentrada en los efectos comunes y no en lo que cada individuo puede peticionar, como ocurre en los casos en que hay hechos que dañan a dos o más personas y que pueden motivar acciones de la primera categoría. De tal manera, la existencia de causa o controversia, en estos supuestos, no se relaciona con el daño diferenciado que cada sujeto sufra en su esfera, sino con los elementos homogéneos que tiene esa pluralidad de sujetos al estar afectados por un mismo hecho.

Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta.

14) Que la pretensión deducida por el abogado Ernesto Halabi puede ser calificada como un supuesto de ejercicio de derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos definidos en los considerandos 12 y 13 de este pronunciamiento."

En el caso de autos, aplicando los principios mencionados en los párrafos precedentes y lo señalado por el Tribunal Superior de Justicia, queda claro que nos encontramos en presencia del supuesto de tercera categoría a los que se alude en los considerandos 12 y 13 de la sentencia de la Corte.

Cabe señalar, frente a lo expresado en la sentencia, que el grupo representado se encuentra perfectamente designado en la demanda dado que comprende a todos los usuarios de la demandada en Neuquén Capital y que se vieron afectados por un hecho común, y cuya determinación concreta se debía realizar en la etapa de ejecución de sentencia o bien darse las pautas en la sentencia a dictarse en el supuesto de ser favorable.

En tales condiciones entiendo que la actora estaba legitimada para accionar en los términos que resultan de su pretensión.

IV.- Despejado el primer agravio, corresponde analizar el segundo, y en tal sentido y examinada que fuera la prueba producida, coincido con el sentenciante que el daño alegado en modo alguno ha sido acreditado.

En primer lugar y con relación al agravio referido a la supuesta existencia de una violación del principio de congruencia, señalo que no comparto que se hace en la pieza recursiva.

Ello por cuanto, los hechos quedan fijados en función de lo alegado por ambas partes en sus escritos de demanda y su contestación y ha sido la propia actora quien, al demandar, introdujo la existencia de la lluvia anterior al hecho dañoso que alega,

razón por la cual la valoración de dicho hecho que se realiza en modo alguno importa una violación del principio aludido.

Así he sostenido en la causa 453788/2011 del 2 de septiembre del 2.016 que: "La delimitación que marca la aplicación del principio de congruencia se relaciona directamente con el derecho de defensa ya que sería violatorio de dicha garantía que el Juez decidiera sobre puntos en relación a los cuales las partes no han introducido al debate y en esa senda tampoco han podido alegar y probar.

Sin embargo, entiendo que no es el caso de autos, pues es imprescindible recordar: "Al promover la demanda, el actor propone un esquema temático de cuestiones jurídicas que en definitiva serán objeto litigioso y que constituirán el tema decidendum; aquel esquema se completa con la contestación de demanda, porque sobre las admisiones y negaciones del demandado se determina cuáles serán los hechos controvertidos ("cuestión litigiosa") y cómo se distribuirá la carga de la prueba; al respecto se ha dicho que el "área de la Litis está delimitado por los escritos de demanda y contestación" (Sup. Corte B. Aires, J.A, 961-V, página 546). (Carlo Carli "La demanda civil" Aretua-Lex pág. 267).

"En primer término me parece importante convenir que hechos, argumentos, pruebas, pretensiones no son la misma cosa. Las partes describen hechos; acerca de los hechos se argumenta; las argumentaciones apuntalan a implicar esos hechos en un plexo normativo; y todo ello da cimiento a la pretensión, que consta de un objeto, de los sujetos que la proponen y de una causa que a su turno tendrá el hecho mas la imputación jurídica que acerca de este hecho la parte realice. Eventualmente tendremos pruebas de esos hechos." (Andrea Meroi en Revista Cartapacio de Derecho-Universidad Nacional del Centro:"La congruencia y la valoración de la prueba" (www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/viewFile/65/66).

La misma autora reflexiona:"… que un análisis adecuado de la quaestio iuris y de la quaestio facti debe partir de la presencia en el debate procesal y en la decisión judicial de dos tipos de referencias a hechos: las efectuadas a circunstancias del mundo material por las partes en sus alegaciones y el supuesto de hecho previsto por la norma jurídica que se considera aplicable a los primeros. La primera categoría de hechos son enunciados relativos a comportamientos o actos concretos y particulares afirmando que han sucedido, mientras que la segunda es una definición completa y en términos generales de una clase de hechos que actúa como criterio de atribución de relevancia jurídica del primer tipo de hechos, es decir, como criterio de selección de las circunstancias fácticas significativas para la eventual aplicación de la norma jurídica…"

En similar sentido, la colega de Sala ha señalado en la causa 454223/2011 que:

"Como consecuencia del debido proceso y de la garantía de defensa en juicio incluidos en el art. 18 de la Constitución Nacional, en materia procesal se ha desarrollado el principio de congruencia, que requiere una real correspondencia entre lo planteado por las partes y lo resuelto en la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha destacado la importancia del principio de congruencia, sosteniendo que "los jueces están facultados para calificar jurídicamente hechos y determinar las normas que los rigen con independencia de los argumentos o derechos expuestos por las partes; doctrina ésta que se resume con el aforismo iura novit curia", pero esta facultad no autoriza que el juez modifique los presupuestos fácticos del litigio, ni altere la relación procesal, pues la decisión de acordar derechos no pedidos ni debatidos en el pleito vulnera el principio de congruencia y afecta, en definitiva, la garantía del debido proceso (cfr. autos "Quenón c/ Directores del Banco Popular Financiero", Fallos 292:493; "Empresa Constructora Casa S.A.C.I.F.I. c/ Banco Hipotecario Nacional", Fallos 307:1.487; "Aragone c/ Ema A. Checchi de Cichero Pitre", Fallos 307:510). Asimismo ha dicho nuestro máximo tribunal nacional que "el principio de congruencia se vincula con la garantía de defensa en juicio, ya que como regla el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria" (del dictamen del Procurador General que la Corte hace suyo en autos "Franco s/recurso de apelación Ley 24.521", Fallos 327:1.607)."

En el caso y tal como antes indicó, el tema de la lluvia fue introducido por el propio actor conforme resulta de los términos de la demanda y la documental que adjuntara, y como tal no se encuentra controvertido, de manera que su valoración resulta procedente.

Ahora bien, no se encuentra controvertido que el agua durante algunos pocos días señalados en la pretensión estuvo turbia, pero la parte actora debió probar que ello produjo un daño o bien que el agua no era potable.

Al respecto, conforme la documental que acompañara al demandar así como los informes técnicos obrantes a fs. 158/171, acreditan que el agua era buena.

A su vez, la pericial producida arriba a la misma conclusión y tiene en cuenta como causa de la turbiedad las lluvias de especiales características que se produjeron en la zona.

La parte, al presentar el alegato, cuestiona dicha pericia pero al respecto las críticas que formula no resultan suficientes como para

desvirtuar el informe de referencia.

Si bien es cierto que el perito no es meteorólogo, no puede dejar de señalarse que fue la propia actora la que introdujo el tema de la lluvia y su intensidad no habitual según se puede apreciar de la documental de fs. 4, 23, 25 y 29, por lo cual, la objeción que formula al respecto en relación a lo que manifiesta el perito carece de andamiento, toda vez que debe tenerse por cierto que existieron lluvias de características especiales, y para ello, no es necesario que el perito sea meteorólogo.

Partiendo de dicho hecho, comprobado es que el perito concluyó que el agua era buena en función de las circunstancias que precedieron a los análisis del agua y que no aparecen cuestionadas en relación a dichos resultados y que concluyen que el agua era buena, esto es, aceptable dentro de los parámetros que se requieren.

Como la parte centró la impugnación en la falta de intensidad de las lluvias y que el perito no era meteorólogo, considero que al desestimarse dichas apreciaciones, la apelación en lo que se refiere al segundo agravio no puede prosperar.

V.- En cuanto a la apelación arancelaria, en la causa "ACUDEN CONTRA E.P.A.S. S/ D. Y P. RESPONSABILIDAD CONT. ESTADO", (Expte. Nº 470581/12), dijimos en relación al tema:

"Así, las previsiones arancelarias han sido elaboradas a la luz de los denominados procesos clásicos, en los cuales se presenta la controversia entre dos partes que se relacionan entre sí por la presencia del conflicto y por la incidencia patrimonial que tiene dicho conflicto en los patrimonios de cada uno de ellos, es por ello -entre otras razones- que el monto del proceso es un elemento referencial primordial de las regulaciones de honorarios de los abogados que llevaron adelante el proceso.

Sin embargo, la existencia de nuevos procesos, con notas de masividad bajo la forma de acciones de clase, en las que aparece como parte actora no ya el afectado directo sino una Asociación de Consumidores que lo representa, la figura de la trascendencia económica del litigio merece una particular reflexión, pues de lo contrario se producirán distorsiones debido a la falta de legislación específica de tan novedosa cuestión y el desequilibrio que surge de modificar sólo algunos de los aspectos procesales involucrados.

Bajo esos conceptos, resultaría desproporcionado que por el ingreso de una suma que rondará los $ 8 para cada uno de los usuarios, se interpretara luego la trascendencia económica del asunto como si la misma fuera la que se obtiene demultiplicar lo que ingresa en cada uno de los patrimonios.

A lo dicho cabe agregar que la naturaleza del reclamo se sustrae de la típica contienda entre particulares.

Así, de un lado se encuentra una asociación que representa los derechos constitucionalmente consagrados de terceros innominados, cuyos propósitos según el estatuto que en copia se adjuntara al demandar, se pueden señalar: Velar por el fiel cumplimiento de leyes, decretos y resoluciones dictadas para proteger al consumidor; Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas… destinadas a proteger y/o educar a los consumidores y usuarios.

Colaborar con los organismos oficiales y/o privados, técnicos y/o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor … Recibir reclamaciones de consumidores y usuarios y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo; defender y representar los intereses de consumidores y usuarios ante la justicia… búsqueda de asesoramiento gratuito y adecuado a consumidores y usuarios que se acerquen a la asociación para que puedan gozar de una correcta defensa de sus derechos e intereses ante el Estado … y ante cualquier persona física y/o jurídica…"

De la mención expuesta se extrae que el hilo conductor de la asociación resulta la búsqueda del bien común, en el concreto ámbito del consumo.

Por otro lado tenemos al E.P.A.S que -aunque con carácter autárquico- se encuentra dentro del ámbito público y gestionando un recurso de una importancia fundamental para la vida como lo es el agua.

Una regulación arancelaria desproporcionada, importaría la detracción del patrimonio del EPAS de sumas que no necesariamente tienen que ver con un concepto de ganancia o utilidad comercial, tal como podría llegar a verificarse en el caso de entidades privadas.

En tal sentido, es posible concluir como razonara la Corte: "…sólo en un sentido relativo hay lugar para una efectiva contraposición de intereses.

Constituyen, como se recordó en el mencionado precedente, algo bien distinto de las contiendas entre particulares. De este extremo -que permitió en aquel caso concluir en la improcedencia de imponer las costas al vencido- pueden extraerse otras importantes conclusiones, todas las cuales -como la forma en que deben practicarse las regulaciones de honorarios- pueden resumirse en una consideración esencial: la importancia institucional de estos pleitos y el rol que al Tribunal le toca desempeñar en ellos determina que todas las normas que regulan los procedimientos deban aplicarse con una especial cautela, que no excluya la previa ponderación de la justicia a la que la solución legal permite arribar. No sostener esta inteligencia llevaría a conclusiones disgregadoras de toda racionalidad, pues no puede aceptarse que la aplicación de criterios concebidos para supuestos

extremadamente diferentes a los que se ventilan ante el Tribunal en virtud de su competencia originaria, generen gastos desproporcionados que se sumen a las dificultades que ya soportan los erarios nacional y provinciales." (Corte Suprema de Justicia de la Nación - Provincia de Santa Cruz c. Estado nacional - 08/04/1997 -Publicado en: DJ 1997-3, 226 Cita Fallos Corte: 320:495Cita on line: AR/JUR/3210/1997)

El Alto tribunal, también ha ejercido la facultad de regular honorarios por debajo de mínimos arancelarios al considerarlo imperioso en razón de tratarse de sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación a las constancias de la causa, no compatibles con los intereses en litigio ni con los parámetros del mercado de trabajo en general. ("Astra Compañía Argentina de Petróleo c/ Yacimientos Petrolíferos Fiscales"- Fallos 331:2550 - 18/11/2008 - Publicado en: DJ 21/01/2009, 106 Sup. Adm. 2009 (febrero), 68 LA LEY 2009-A,pág439 Cita online: AR/JUR/13349/2008)

Allí y en palabras de la mayoría se señala: "En tal sentido, corresponde recordar que la regulación de honorarios profesionales no depende exclusivamente del monto del juicio y de las escalas dispuestas en la ley de aranceles, sino de un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que deben ser evaluadas por los jueces, y entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, la índole, extensión, calidad y eficacia de los trabajos realizados, de manera de arribar a una solución justa y mesurada acorde con las circunstancias particulares de cada caso. Establecer los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aun del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria, ni con los intereses involucrados en el caso, ni con los parámetros del mercado de trabajo en general (vgr. causa D.163.XXXVII "D.N.R.P. c/ Vidal de Docampo, Clara Aurora s/ ejecución fiscal (inc. de ejecución de honorarios)", sentencia del 14 de febrero de 2006, votos de la mayoría y concurrentes de los jueces Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda y E. Raúl Zaffaroni, Fallos: 329:94).

Con lo hasta aquí señalado, la idea rectora no es negar contenido económico al pleito, pues sería un error sostener que no lo tiene, es precisamente del reconocimiento de ello que surge imperiosa la necesidad de evaluar esa circunstancia a fin de no producir resultados desequilibrados con el sistema de retribuciones profesionales.

La Corte también ha señalado: "Frente a juicios cuyo monto es excesivamente elevado, debe ser ponderada la índole y extensión de la labor profesional cumplida en la causa, para así acordar una solución justa y mesurada, pues la regulación no depende exclusivamente del monto del proceso, sino de todo un conjunto de pautas previstas en los regímenes respectivos, que pueden ser evaluadas por los jueces con un razonable margen de discrecionalidad, entre las que se encuentran la naturaleza y complejidad del asunto, el mérito de la causa, la calidad, eficacia y extensión del trabajo." (Fallos 320:495)

Y continúa la Corte: "...lo precedentemente señalado en torno al interés pecuniario comprometido en este proceso, no significa que la determinación de las retribuciones sólo constituirá la mecánica aplicación sobre la base patrimonial considerada de los distintos porcentajes contemplados en las leyes arancelarias específicas para cada profesión, pues la función deferida por la Constitución a esta Corte de ser una de las Autoridades del Gobierno Federal en su condición de titular del Poder Judicial de la Nación, le impone asumir delicadas responsabilidades institucionales, cuyo ejercicio exige -con marcado énfasis- el deber indeclinable de sopesar con un grado sumo de prudencia las consecuencias individuales, sociales y económicas que generan sus decisiones, aun en asuntos que, como podría postularse de las regulaciones de honorarios, liminarmente apreciados pudieran carecer de toda trascendencia en el sentido indicado."

Por otra parte y sin que ello implique desmerecer la labor profesional, no puede perderse de vista que se trató de un solo proceso en el cual y debido a la homogeneidad del reclamo –cuestión que justamente da origen a la acción de clase- el planteo jurídico fue único.

Al respecto: "De allí que para garantizar una adecuada correspondencia entre la tarea realizada y el honorario, sea necesario el estudio de la debida relación entre las distintas pautas arancelarias; exigencia que deriva de nuestra propia Constitución, habida cuenta de que están en juego la protección que merece el trabajo "en sus diversas formas" (art. 14 bis), la propiedad en general (art. 17), y el debido proceso legal, "que se vería resentido por la dificultad parta el acceso a la jurisdicción que supondría la eventualidad de regulaciones irrisorias o excesivamente desproporcionadas a quienes son llamados a prestar asistencia letrada en el proceso" ("Honorarios judiciales" Passarón, Julio Federico yPesaresi, Guillermo Mario. Buenos Aires-Astrea, 2008 pág. 237)

Por otra parte, los antecedentes citados por los apelantes carecen de indicación concreta de fechas o publicación como para abrevar de los argumentos que allí se expresen. Sin embargo, la lectura de uno de ellos: "DIRECCION GENERAL DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR G.C.B.A. C/ BANCA NAZIONALE DEL LAVORO SA. s/sumarísimo" del 31 de agosto de 2004 se destaca "…Relégase la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, hasta que exista en autos base cierta"¸ lo cual deja la incógnita acerca de si luego efectivamente se aplicaron los porcentajes de ley sin ningún tipo de morigeración, si hubo transacción

que incluyera honorarios, en fin, toda una serie de contingencias que pueden verificarse en estas cuestiones.

Por todo lo hasta aquí expresado es preciso, a juicio del suscripto, dejar sentada una pauta razonable en cuanto a los honorarios en acciones de clase, pues repito, la propia particularidad de las mismas importará en la mayoría de los casos bases regulatorias muy elevadas, pues por más mínimo que sea el importe reclamado para cada uno de los afectados, si se afinca el criterio de la sola multiplicación ello importará monto sin variablemente extraordinarios.

Por ello, cabe revocar la regulación efectuada y de conformidad a las pautas antes propuestas fijar los honorarios del letrado patrocinante en la suma de 50 JUS para el patrocinante y un 40 % de ello para el apoderado (art. 10 ley 1.594), con lo cual entiendo se alcanza una justa retribución por la labor profesional desplegada.

En base a las pautas sentadas en el precedente indicado, bien que referidas a los letrados pero que son aplicables a todos los profesionales que intervienen en estas acciones, es que considero que la regulación efectuada a favor del perito no resulta alta y que la efectuada a favor de los letrados resulta baja; debiendo ser confirmada la primera y elevada la segunda.

IV.- Por las razones expuestas, propongo se revoque parcialmente la sentencia en cuanto propicia la falta de legitimación de la actora y se la confirme en lo que se refiere a su desestimación por la inexistencia del daño invocado. Costas a la actora vencida. Los honorarios de los Dres. ..., apoderado de la parte actora, ..., patrocinante por la misma parte, se elevarán a las suma de $8.000,oo y $20.000.

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 parcialmente la sentencia de fs. 282/285, en cuanto propicia la falta de legitimación de la actora, confirmándose en lo que se refiere a su desestimación por la inexistencia del daño invocado, y elevar los honorarios profesionales de los Dres. ..., apoderado de la parte actora, ..., patrocinante por la misma parte, se elevarán a las suma de $8.000,oo y $20.000 (art. 6, ley 1594).

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida (art. 68, CPCyC).

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (E.P.E.N.) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505049/2015) – Sentencia: 64/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Derecho colectivo del trabajo.

TUTELA SINDICAL. EXCLUSION DE LA TUTELA SINDICAL. DURACION DEL MANDATO. CUESTION ABSTRACTA.

Cabe confirmar la decisión del juez de grado que declaró abstracto el tratamiento de la pretensión actoral de exclusión de la tutela sindical, al señalar que esta protección legal ha cesado respecto de la actora por agotamiento del plazo de vigencia previsto en la ley de la materia, por lo que la parte empleadora recobra el poder disciplinario directo sobre la trabajadora. Ello es así, pues la protección que brinda la ley 23.551 tiene un plazo temporal específico de vigencia, que está dispuesto en su art. 48, ya que subsiste por el término de

duración del mandato del representante sindical y un año más posterior al cese de dicho mandato. Por lo tanto, transcurridos los términos legales la tutela se extingue de pleno derecho, y esto es lo que ha sucedido en autos: por el transcurso del tiempo, a la fecha del fallo de primera instancia, la tutela sindical de que gozaba la demandada se extinguió, desapareció; y la parte actora ha recobrado el pleno ejercicio de la facultad disciplinaria.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ENTE PROVINCIAL DE ENERGIA DE NEUQUEN (E.P.E.N.) C/ COLANTONIO LUCIANA S/ SUMARISIMO ART. 52 LEY 23551", (JNQLA1 EXP Nº 505049/2015), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 399/404 vta., que declara abstracta la cuestión planteada, imponiendo las costas en el orden causado.

A) La recurrente sostiene que la decisión del a quo parte de un análisis falaz y genérico de los hechos, colocando a su parte en una situación de vulneración total y absoluta de su derecho de defensa.

Señala que de los propios Considerando del fallo de primera instancia no surge con claridad que el sumario administrativo haya finalizado, en otras palabras que exista una resolución firme de un órgano jurisdiccional.

Agrega que menos ha tomado en cuenta el juez de grado que el mandato de la demandada, como delegada a la junta interna, se encuentra vigente, estando en ejercicio de la representación de sus compañeros de trabajo.

Sostiene que, en el marco de la representación continua de los trabajadores, y a fin de garantizar esa representación en el ámbito del trabajo, los mandatos de los delegados sólo cesan y concluyen frente a la elección y asunción de un nuevo delegado, cosa que no ha sucedido en el caso concreto.

Califica el accionar de la parte actora, quién pretende efectivizar la cesantía de la demandada, como una clara afectación a las garantías comprendidas en los arts. 40, 48 y 50 de la ley 23.551 y torna procedente la acción de reinstalación prevista en el segundo párrafo del art. 52 de la ley 23.551.

Dice que habiendo deducido las correspondientes acciones procesales administrativas ante el Tribunal Superior de Justicia, sin que a la fecha del memorial medie resolución jurisdiccional respecto del fondo –lo que indica, a criterio de la apelante, que el sumario administrativo no ha concluido-, por lo que se mantiene vigente el mandato sindical de la accionada, debió el juez de grado rechazar la acción de exclusión de tutela, lo que así requiere de esta Cámara de Apelaciones.

B) La actora contesta el traslado de la expresión de agravios a fs. 414/415.

Dice que el sumario administrativo instruido a la demandada culminó con el dictado del decreto n° 087/2015, que determinó la responsabilidad de la trabajadora en el hecho e impuso la sanción de cesantía.

Entiende que, de ese modo, se cumple con la doctrina del fallo "Heredia" del Tribunal Superior de Justicia, en cuanto impone, como presupuesto indispensable de la pretensión de exclusión de tutela sindical, que el empleador, al promover la demanda, describa los hechos y precise la medida que proyecta adoptar en el caso de obtener resolución favorable.

Sigue diciendo que la pretensión de la demandada respecto de la vigencia de su mandato como delegada de prensa de la Junta Interna no tiene asidero alguno.

Afirma que tal pretensión contraría lo dispuesto por el art. 42 de la ley 23.551, no habiendo acreditado la recurrente que no se convocara a nuevas elecciones.

Recuerda que la expiración del mandato como delegada de prensa de la Junta Interna operó el día 18 de marzo de 2014, por lo que, por imperio del art. 48 in fine de la ley 23.551, la tutela sindical se extendió hasta el 18 de marzo de 2015.

Destaca que los hechos que determinaron la cesantía de la demandada constituyeron también delito penal, por el cual fuera condenada en autos "Colantonio, Luciana s/ daño agravado", condena que fue ratificada en todas las instancias.

II.- El juez de grado ha declarado abstracto el tratamiento de la pretensión actoral de exclusión de la tutela sindical, señalando que esta protección legal ha cesado respecto de la actora por agotamiento del plazo de vigencia previsto en la ley de la materia, por lo que la parte empleadora recobra el poder disciplinario directo sobre la trabajadora.

Y esta conclusión no se ve conmovida por los agravios de la parte apelante.

De acuerdo con la ley 23.551, el régimen de garantías del representante gremial consiste en una restricción a los poderes ordinarios del empleador, entre los que se encuentra la facultad disciplinaria.

Conforme lo señala el juez de grado, el sistema ideado por la legislación argentina persigue un propósito claramente encaminado a garantizar del modo más efectivo posible la acción gremial dentro de la empresa. El representante de los trabajadores recibe así un tratamiento especial en atención al delicado rol que cumple, y se restringen considerablemente las potestades del empleador a su respecto porque lo que se tiene en miras son los comportamientos obstruccionistas que aquél pudiera observar (cfr. Correa, Oscar A., "La exclusión de tutela sindical en la ley 23.551", DT 1989-B, pág. 1.939).

Ahora bien, esta protección que brinda la ley 23.551 tiene un plazo temporal específico de vigencia, que está dispuesto en su art. 48, ya que subsiste por el término de duración del mandato del representante sindical y un año más posterior al cese de dicho mandato.

Transcurridos los términos legales la tutela se extingue de pleno derecho, y esto es lo que ha sucedido en autos: por el transcurso del tiempo, a la fecha del fallo de primera instancia, la tutela sindical de que gozaba la demandada se extinguió, desapareció; y la parte actora ha recobrado el pleno ejercicio de la facultad disciplinaria.

De ello se sigue que, conforme lo ha resuelto el a quo, el objeto de la pretensión de la parte actora deviene abstracto, toda vez que hoy puede ejercer su facultad disciplinaria –en el caso, cesantía de la trabajadora- sin necesidad de previa autorización judicial.

Lo dicho, claro está, sin perjuicio del control judicial posterior del acto administrativo dictado, el que, tal como lo señala la misma recurrente, ya ha sido instado por la demandada.

Frente a lo manifestado, no reviste importancia que el sumario administrativo haya finalizado o no, toda vez que lo determinante es el paso del tiempo que extingue la tutela y no la conclusión del procedimiento sumarial. Ello, sin abrir juicio sobre la controversial postura de la apelante respecto de la necesaria integración de la faz jurisdiccional de control a efectos de tener por terminado un sumario administrativo.

Tampoco reviste importancia, a los efectos de la extinción de la tutela sindical, el hecho que los trabajadores cuenten con un nuevo representante gremial electo por ellos.

La ley 23.551 no prevé la prórroga del mandato del representante sindical, ya sea expresa o tácita. Aquél se extingue de pleno derecho por el transcurso del tiempo.

Luego, no encontrándose vigente a la fecha del fallo de grado el mandato sindical de la demandada, y toda vez que, como ya lo ha señalado esta Sala II, en autos "Calluqueo c/ Junta Electoral del Centro de Empleados de Comercio" (expte. n° 505.261/2015, P.I. 2015-IV, n° 222), con cita de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia provincial, los tribunales de justicia no se encuentran obligados a resolver cuando tal resolución resultaría inoficiosa, por haber devenido abstracta la cuestión debatida en la causa, en las condiciones en que ha sido planteada; la decisión adoptada por el juez de primera instancia ha de ser confirmada.

III.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de la parte demandada, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

Regulo los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada en las sumas de $ 1.886,00 para el apoderado de la parte actora Dr. ..., $ 4.716,00 para la patrocinante de la misma parte, Dra. ...; y $ 4.716,00 en conjunto para los patrocinantes de la parte demandada, Dres. ... y ..., conforme lo establecido por el art. 15 de la ley 1.594.

El Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la sentencia de fs. 399/404 vta. en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Regular los honorarios profesionales de los letrados actuantes ante la Alzada en las sumas de $ 1.886,00 para el apoderado de la parte actora Dr. ..., $ 4.716,00 para la patrocinante de la misma parte, Dra. ...; y $ 4.716,00 en conjunto para los patrocinantes de la parte demandada, Dres. ... y ..., conforme lo establecido por el art. 15 de la ley 1.594.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"DUARTE EDMUNDO AXELY OTRO C/ SANTA ANGELA S.R.L. S/ REVISION DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 473274/2012) – Sentencia: 65/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO CIVIL: Contratos.

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. BOLETO DE COMPRAVENTA. ADQUISICION DE UN TERRENO. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. RESTRICCIONES A LA COMPRA DE DIVISAS. CEPO CAMBIARIO. HECHO DEL PRINCIPE. PESIFICACION DE LA OBLIGACION. MUTUO ACUERDO. EXCESIVA ONEROSIDAD SOBREVINIENTE. VALORACION DE LA PRUEBA. PAGO POR CONSIGNACION. REQUISITOS.

1.- Cabe destacar que hablamos de “Hecho del príncipe”, cuando debido a actos provenientes de autoridades públicas se impide la ejecución de la obligación, de modo tal que para su configuración se requieren dos condiciones: el acto de la autoridad y que ese acto obste al cumplimiento.

2.- Debe ser confirmada la sentencia que rechaza la demanda por cumplimiento de contrato en la compra de un terreno, ya que fueron los contratantes quienes de común acuerdo aceptaron que la cancelación de las cuotas, a partir de la número 9, se efectuaría en moneda de curso legal, destacando que la suma de $5,60 por cada dólar surge de lo reconocido por ambas partes, sin que obrara prueba que pudiera referir ese importe a alguna cotización en particular. Consiguientemente, la existencia de las restricciones cambiarias no implicaron dificultades imposibles de vencer o, dicho de otro modo, la imposibilidad de adquirir dólares a fin de saldar la obligación fue zanjada por las partes convirtiendo la obligación a moneda de curso legal sin que la situación cambiaria haya sido óbice para el cumplimiento, por lo que la insistencia de los accionantes en sostener esa circunstancia carece de sustento en las constancias de autos, todo lo cual fue correctamente evaluado en la instancia de grado.

3.- No se configura en autos el instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente, pues en primer lugar es correcto el análisis que efectúa la Jueza acerca de que el índice de evolución del precio del dólar fue más lento que la evolución del costo de vida, de los salarios y el costo de la construcción, lo que arroja un primer indicio acerca de que la equivalencia de las prestaciones se mantuvo. En segundo lugar, la afirmación de los accionantes acerca de que si afrontaban el pago, la consecuencia era el empobrecimiento del grupo familiar es una afirmación dogmática que no encuentra sustento en ninguna prueba del proceso, pues tampoco se aportaron elementos que permitieran examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato: precio pactado y valor del terreno adquirido.

4.- En lo concerniente al rechazo de la consignación, es dable señalar que la falta de identidad que señala la Jueza se refiere a que si bien es cierto que las partes acordaron el pago en moneda de curso legal, la falta de identidad se refiere a la discordancia planteada acerca de la cotización a la que cabía tener referida la moneda originalmente pactada. También, el rechazo se fundó en la falta de cumplimiento en tiempo oportuno, respecto de lo cual los apelantes nada dicen, de modo tal que también cabe confirmar la sentencia en este aspecto.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DUARTE EDMUNDO AXEL Y OTRO C/ SANTA ANGELA S.R.L. S/ REVISION DE CONTRATO", (JNQCI6 EXP Nº 473274/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se dicta sentencia a fs. 380/383 rechazando la demanda interpuesta, decisión que es apelada por los actores.

A fs. 402/407 y luego de efectuar una síntesis de la causa expresan sus agravios, señalan en primer lugar que la sentencia se aparta de las constancias de autos y de los principios de la sana crítica racional.

Bajo esos principios, sostienen que no es posible dudar que por cada dólar las partes acordaron cotizarlo a $5.60 y además comprender que a partir del denominado "cepo cambiario" la normativa de la Administración Federal de Ingresos Públicos (AFIP) y del Banco Central, impusieron una serie de trámites para adquirir la moneda estadounidense que no eran sencillos, todo lo cual debe llevar a tener por acreditada la existencia del hecho del príncipe.

Continua expresando que la existencia del hecho del príncipe habilita la revisión del contrato, pues altera sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta por las partes al momento de celebrar la compraventa.

Señala que la jueza tampoco tuvo en cuenta el comportamiento asumido por la accionada, quien a pesar de sostener que actuó de buena fe luego asumió una conducta reticente y elusiva, de lo que da cuenta la carta documento que oportunamente le remitiera a su parte.

Agrega que es dogmático desestimar el desequilibrio de la prestación cuando está acreditada la restricción para adquirir los dólares y la exigencia de la accionada de incrementar el valor del dólar sobre el valor de mercado, lo que a su juicio configura la excesiva onerosidad sobreviniente.

Sostiene que, en base a la pericial contable y la comparación de evolución de precios que efectúa la sentencia, no es posible rechazar las defensas de excesiva onerosidad sobreviniente y abuso del derecho por parte de la demandada.

Expresa que la jueza ignora los términos de la ley 24.240 en cuanto establece el principio del favor debitoris, cuando debió tener en cuenta que la demandada es una sociedad comercial dedicada a la venta de terrenos y su parte una familia que vive de los ingresos de su salario, y que en definitiva, la actitud de la accionada la colocó en situación de consignar judicialmente pues la alternativa era rescindir el contrato, entregar el lote y enfrentar una contienda judicial que podría llevarlos a perder las sumas ya abonadas.

Califica de incongruente a la sentencia en cuanto rechaza la consignación por entender que no reunía los requisitos de identidad, integridad y haber sido efectuado en tiempo oportuno.

Señala que la jueza omitió considerar que se invocó como causal la actitud reticente y elusiva de la demandada y que su parte logró acreditar que aquella sólo pretendía dólares, contrariando la modificación extrajudicial del contrato que consistía en el pago de las cuotas en pesos de curso legal.

Destaca que es contradictoria, pues no es posible considerar que las partes modificaron el boleto cambiando la especie de moneda de pago y luego exigir la consignación en dólares.

En cuanto a la mora sostiene textualmente: "…se exige que el deudor perjudicado no se encuentre en mora relevante "…El estado de mora en que se encuentra quien sufre luego los hechos sobrevinientes, sólo es relevante cuando guarda relación la prestación incumplida con el desequilibrio y, además se puede atribuir a la mora el haber empeorado dicho desquiciamiento. Si con mora o sin ella los hechos hubieran ocurrido y producido la alteración de la ecuación de valores, la mora se puede calificar de intrascendente. Finalmente, hemos defendido la revisión en beneficio del moroso y sostenido que, por vía de sanción, no se le puede privar del reajuste equitativo…".

Solicita se tenga por presentado el memorial y se revoque la sentencia.A fs. 409/410 contesta la demandada, quien afirma que corresponde declarar la deserción del recurso pues no argumenta en contra de ninguno de los dos fundamentos principales de la sentencia: los propios actos de quien pretendía pues durante meses los actores pagaron en pesos un monto distinto a la cotización del dólar oficial y la realidad económica que reflejó la pericia contable, en la cual quedó demostrada la inexistencia de un desequilibrio en las prestaciones.

Destaca que, en realidad, las bases del negocio se modificaron en favor del deudor ya que el valor del inmueble subió más que el dólar.

Expresa que el desequilibrio en las prestaciones no logró ser demostrado por los actores pues la pericia contable arrojó que los salarios subieron más que el dólar y agrega que tampoco pudieron demostrar el abuso del derecho, ya que quedó demostrado que extrajudicialmente se había acordado un precio bajo el concepto de esfuerzo compartido, lo cual entiende, está acreditado en forma suficiente con los recibos.

Solicita se rechace el recurso y se confirme la sentencia, con costas.

II.- Entrando al estudio de los agravios, adelanto mi opinión en el sentido de que el recurso no habrá de prosperar.

En ese sentido, entiendo que los agravios se formulan a partir de una lectura parcial de la sentencia.

Así, los actores expresan que no caben dudas que las partes acordaron que por cada dólar se abonarían $5,60, teniendo en cuenta la existencia del oportunamente denominado “cepo cambiario” que requería para la adquisición de dólares una serie de trámites que no pudieron llevar a cabo, todo lo cual debe lleve a tener por configurado el hecho del príncipe y así ingresar a la revisión del contrato.

Cabe destacar que hablamos de “Hecho del príncipe”, cuando debido a actos provenientes de autoridades públicas se impide la ejecución de la obligación, de modo tal que para su configuración se requieren dos condiciones: el acto de la autoridad y que ese acto obste al cumplimiento.

En el caso de autos la Jueza sostuvo, luego de analizar pormenorizadamente las normas que establecieron las restricciones cambiarias, que fueron los contratantes quienes de común acuerdo aceptaron que la cancelación de las cuotas, a partir de la número 9, se efectuaría en moneda de curso legal, destacando que la suma de $5,60 por cada dólar surge de lo reconocido por ambas partes, sin que obrara prueba que pudiera referir ese importe a alguna cotización en particular.

Por ello es que la existencia de las restricciones cambiarias no implicaron dificultades imposibles de vencer o, dicho de otro modo, la imposibilidad de adquirir dólares a fin de saldar la obligación fue zanjada por las partes convirtiendo la obligación a moneda de curso legal sin que la situación cambiaria haya sido óbice para el cumplimiento, por lo que la insistencia de los accionantes en sostener esa circunstancia carece de sustento en las constancias de autos, todo lo cual fue correctamente evaluado en la instancia de grado.

Resuelto ello, los actores continúan agraviándose de que la jueza haya considerado que no hubo excesiva onerosidad sobreviniente, basándose en las conclusiones que arrojara la pericia contable respecto a la comparación de precios entre la evolución de los salarios, la construcción y del dólar.

Entienden que para la configuración del instituto de la excesiva onerosidad sobreviniente no se requiere que la obligación sea de cumplimiento imposible sino que resulte un esfuerzo extraordinario para el deudor.

Comentando el instituto referido, Lorenzetti sostiene: “El hecho referido debe provocar una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la prestación debida. La cuestión es si sólo debe tomarse en cuenta una afectación de la deuda desde la perspectiva del deudor o es necesario un desequilibrio en la relación de equivalencia.”

“El hecho imprevisible instaura una desmesura en esa onerosidad que se mide relacionalmente con la otra prestación. Se trata de una relación económica en que una cosa se da a cambio de otra similar según las valoraciones del mercado; esas valoraciones han sido distorsionadas por el fenómeno que generó su propia relación. Se trata de una relación objetiva, no de la propia utilidad.”

“De no pautarse de este modo, la medida del desequilibrio del sinalagma funcional supone entrar en un terreno cenagoso.”

“Disentimos con la idea de tomar en cuenta solamente la situación patrimonial del afectado, puesto que se trata de examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato y no una relación patrimonial que no entró en consideración en el programa convencional concreto. Considerar si la ejecución podría llevar a la ruina es un criterio insuficiente, puesto que en el caso de un afectado de un gran patrimonio no hay peligro de ruina y, sin embargo, puede existir una excesiva onerosidad.”

Y continúa: “No cabe tener en cuenta el patrimonio del afectado, aunque su conducta puede tener alguna relevancia. Si el presunto perjudicado por el hecho extraordinario ejecuta la prestación, puede deducirse de ello, a modo de presunción, que ella era soportable. Entendemos que ello puede tener relevancia en el terreno probatorio, creando una presunción acerca de la "tolerabilidad" de la prestación.” (“La excesiva onerosidad sobreviniente en supuestos de emergencia”-revista: revista de derecho privado y comunitario Tomo: 2002 - RC D 3095/2012)

De lo expuesto, entiendo que es pertinente para dar respuesta al agravio destacar que la presunción acerca de que el cumplimiento de

las prestaciones hace suponer la posibilidad de cumplimiento y que en consecuencia ello no implica la ruina del accionante, todo lo cual genera en el pretensor, una carga probatoria enfocada a quebrar esa presunción.

Bajo ese concepto entiendo que cabe confirmar la sentencia, pues en primer lugar es correcto el análisis que efectúa la Jueza acerca de que el índice de evolución del precio del dólar fue más lento que la evolución del costo de vida, de los salarios y el costo de la construcción, lo que arroja un primer indicio acerca de que la equivalencia de las prestaciones se mantuvo.

En segundo lugar, la afirmación de los accionantes acerca de que si afrontaban el pago, la consecuencia era el empobrecimiento del grupo familiar es una afirmación dogmática que no encuentra sustento en ninguna prueba del proceso, pues tampoco se aportaron elementos que permitieran examinar la correlatividad de las prestaciones derivadas del contrato: precio pactado y valor del terreno adquirido.

A lo dicho, cabe agregar que si quisiéramos adherir a la postura que plantean los accionantes acerca del empobrecimiento del grupo familiar, tampoco se cuenta con elementos para hacer lugar a la queja pues si bien fue ofrecida como prueba informativa “A la empresa PASON DGS S.A para que informe ingresos del Sr. Duarte neto y bruto”, lo cual pudo haber dado una pauta o indicio para darle sustento a la afirmación, dicha prueba no fue producida.

En consecuencia, tampoco ese agravio habrá de prosperar.

Por último, en cuanto al pago por consignación, el agravio se refiere a que la sentencia es contradictoria cuando afirma por un lado que las partes modificaron extrajudicialmente la moneda de pago y por otro establece que para tener por configurada la consignación el pago debió efectuarse en dólares.

Sin embargo, la falta de identidad que señala la Jueza se refiere a que si bien es cierto que las partes acordaron el pago en moneda de curso legal, la falta de identidad se refiere a la discordancia planteada acerca de la cotización a la que cabía tener referida la moneda originalmente pactada.

También, el rechazo se fundó en la falta de cumplimiento en tiempo oportuno, respecto de lo cual los apelantes nada dicen, de modo tal que también cabe confirmar la sentencia en este aspecto.

Por las razones expuestas, propongo se rechace el recurso y se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a los apelantes vencido.

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.- Rechazar el recurso y confirmar la sentencia de 380/383.

II.- Imponer la costas de esta instancia a la parte actora (art. 68, Código Procesal).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en la primera instancia (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"CASTILLO ADRIAN 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 – Secretaría Sala II – (Expte.: 430415/2010) – Interlocutoria: 61/17 – Fecha: 14/03/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO. INEMBARGABILIDAD DE LA INDEMNIZACION.

HONORARIOS DEL ABOGADO. CODIGO CIVIL Y COMERCIAL.

La actual inembargabilidad de la indemnización por accidente de trabajo, con fundamento en la nueva legislación civil y comercial, ha sido determinada por la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Gualeguaychú (Sala II, “Schulz c/ Entre Ríos S.A.”, 28/3/2016, LL AR/JUR/11411/2016). Por su parte, Sebastián Serrano Alou sostiene, con fundamento en la norma del art. 744 inc. f) del Código Civil y Comercial, que las sumas que puedan ser depositadas en concepto de indemnización por accidente de trabajo, devienen insusceptibles de ser embargadas por concepto alguno, aún tratándose de honorarios profesionales debidos por el trabajador (cfr. aut. cit., “Actualidad jurisprudencial en Derecho del Trabajo”, DT 2017, pág. 65).

Texto completo:

NEUQUEN, 14 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CASTILLO ADRIAN C/ GALENO ART S.A. S/ RECURSO ART. 46 LEY 24557", (JNQLA1 EXP 430415/2010), venidos a esta Sala II integrada por la Dra. Patricia CLERICI y el Dr. Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Los letrados que intervienen por la parte actora apelan el punto II del auto de fs. 352/vta., mediante el cual se deniega la solicitud de retención de la suma de $ 23.342,70 del crédito del actor, en concepto de honorarios de segunda instancia regulados al Dr. ... y cuyo pago se encuentra a cargo del trabajador.

II.- El magistrado de grado ha negado la retención peticionada con fundamento en la inembargabilidad establecida por el art. 11 de la ley 24.557, y lo dispuesto por los arts. 744 inc. f) y 2.585 del Código Civil y Comercial.

El art. 11 de la ley 24.557, en su inc. 1, dice: “Las prestaciones dinerarias de esta ley gozan de las franquicias y privilegios de los créditos por alimentos. Son, además, irrenunciables y no pueden ser cedidas ni enajenadas”.

La manda del art. 11 inc. 1 de la ley 24.557 no alude a la inembargabilidad de las prestaciones dinerarias, sino que determina que ellas gozan de las franquicias y privilegios de los créditos alimentarios.

La legislación anterior (leyes 9.688 y 24.028) establecía que las indemnizaciones previstas por la ley especial no pueden ser objeto de embargo, cesión o renuncia; en tanto que la ley 24.557 conserva la prohibición de que la prestación dineraria equivalente a la indemnización sea objeto de cesión o renuncia, pero guarda silencio respecto de los embargos.

Si bien el texto de la ley no es del todo claro, entiendo que el legislador ha querido equiparar las prestaciones dinerarias de la ley 24.557 a los créditos laborales de la LCT, a los que se les otorga carácter alimentario.

Ahora bien, en el ámbito de la ley 20.744, y no obstante la naturaleza alimentaria del crédito del trabajador derivado de la relación de trabajo, se permite su embargo con los topes previstos por el decreto n° 484/1987.

Alejandro Musa y Miguel Angel Pirolo señalan que “en el marco de los juicios que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo, el cobro de los honorarios al trabajador tiene características especiales, ya sea que la percepción sea pretendida por el propio letrado o por el de la parte contraria… es necesario tener en cuenta que respecto de las remuneraciones e indemnizaciones del trabajador existe un límite de embargabilidad establecido (art. 120 LCT y decreto 484/1987…)” –cfr. aut. cit., “Honorarios profesionales en los procesos que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo”, LL 0003/011350).

De lo dicho se sigue que no existe, en mi opinión, la inembargabilidad invocada por el magistrado de grado derivada de la LRT, aunque si es de aplicación, en su caso, el límite máximo previsto en el decreto n° 484/1987

Sin embargo esta protección limitada que otorgó la ley 24.557 a la indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional ha sido superada por el nuevo Código Civil y Comercial.

En efecto, el art. 744 inc. f) de la novel codificación excluye de la garantía común de los acreedores –ergo, son inembargables- “las indemnizaciones que correspondan al deudor por daño moral y por daño material derivado de lesiones a su integridad psicofísica”.

La actual inembargabilidad de la indemnización por accidente de trabajo, con fundamento en la nueva legislación civil y comercial, ha sido determinada por la Cámara de Apelaciones en lo Laboral de Gualeguaychú (Sala II, “Schulz c/ Entre Ríos S.A.”, 28/3/2016,

LL AR/JUR/11411/2016).

Por su parte, Sebastián Serrano Alou sostiene, con fundamento en la norma del art. 744 inc. f) del Código Civil y Comercial, que las sumas que puedan ser depositadas en concepto de indemnización por accidente de trabajo, devienen insusceptibles de ser embargadas por concepto alguno, aún tratándose de honorarios profesionales debidos por el trabajador (cfr. aut. cit., "Actualidad jurisprudencial en Derecho del Trabajo", DT 2017, pág. 65).

Lo dicho sella la suerte, adversa, del recurso de los letrados de la parte actora.

III.– Por tanto, se rechaza el recurso de apelación de los letrados de la parte actora, confirmándose la resolución cuestionada.

El Dr. Fernando GHISINI 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. 352 y vta. en lo que ha sido materia de recurso y agravio.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dr. FERNANDO GHISINI

Dra. MICAELA ROSALES - Secretaria

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

"ZALAZAR LORENA NATALIA C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 470377/2012) – Interlocutoria: 62/17 – Fecha: 14/03/2017

DERECHO PROCESAL: Proceso de ejecución.

ACCIDENTE DE TRABAJO. EJECUCION PARCIAL DE SENTENCIA. CODIGO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN. PROCEDIMIENTO LABORAL. RECURSO DE CASACION. INTERPRETACION INTEGRADORA.

Puede habilitarse la ejecución parcial de la sentencia dictada en el marco de un juicio por accidente de trabajo, por cuanto recientemente en la causa "Turra Rubén Oscar c/ Prevención s/ Accidente" (Expte. Nº 418123/2010, resolutorio del 22 de diciembre de 2016) de esta Sala, se señaló que: "… nuestro código procesal civil y comercial (art. 499) no recepta la manda del segundo párrafo de su par nacional en cuanto autoriza la ejecución parcial de la sentencia aunque respecto de ella se hubiere interpuesto recurso ordinario o extraordinario, por los importes correspondientes a la parte de la condena que hubiere quedado firme. Sin perjuicio de ello, la ley 921 autoriza la ejecución parcial de la sentencia, cuando hubiere quedado firme la condena al pago de alguna suma de dinero, aunque se hubiere interpuesto, respecto de otros rubros de la sentencia, alguno de los recursos autorizados (art. 48), debiendo entenderse que dentro de estos recursos autorizados se encuentra el de casación. Por su parte, la ley 1.406, en su art. 3, dispone que la interposición en término del recurso casatorio impedirá la ejecución de la decisión impugnada. Ahora bien, no encuentro que esta última norma colisione con el art.

48 de la ley 921, como señala la recurrente, toda vez que una interpretación integradora de ambos preceptos determina que la manda de la ley 1.406 deba interpretarse en el sentido que si una parte del resolutorio de primera o de segunda instancias ha quedado firme, por no haber sido materia del recurso extraordinario, ese aspecto del fallo no puede ser entendido como decisión impugnada" […].

Texto completo:

NEUQUEN, 14 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ZALAZAR LORENA NATALIA C/ GALENO ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART"", (JNQLA1 EXP 470377/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Fernando GHISINI, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 407/410, la parte actora plantea recurso de reposición con apelación en subsidio respecto de la providencia de fecha 4 de noviembre de 2016, que no hace lugar a la promoción de incidente de ejecución parcial de sentencia.

Rechazada la revocatoria, se concede el recurso de apelación (fs. 411).

II.- Ingresando al análisis de la cuestión, recientemente en la causa "Turra Rubén Oscar c/ Prevención s/ Accidente" (Expte. Nº 418123/2010, resolutorio del 22 de diciembre de 2016) de esta Sala, se señaló que:

"… nuestro código procesal civil y comercial no recepta la manda del segundo párrafo de su par nacional en cuanto autoriza la ejecución parcial de la sentencia aunque respecto de ella se hubiere interpuesto recurso ordinario o extraordinario, por los importes correspondientes a la parte de la condena que hubiere quedado firme.

Sin perjuicio de ello, la ley 921 autoriza la ejecución parcial de la sentencia, cuando hubiere quedado firme la condena al pago de alguna suma de dinero, aunque se hubiere interpuesto, respecto de otros rubros de la sentencia, alguno de los recursos autorizados (art. 48), debiendo entenderse que dentro de estos recursos autorizados se encuentra el de casación.

Por su parte, la ley 1.406, en su art. 3, dispone que la interposición en término del recurso casatorio impedirá la ejecución de la decisión impugnada.

Ahora bien, no encuentro que esta última norma colisione con el art. 48 de la ley 921, como señala la recurrente, toda vez que una interpretación integradora de ambos preceptos determina que la manda de la ley 1.406 deba interpretarse en el sentido que si una parte del resolutorio de primera o de segunda instancias ha quedado firme, por no haber sido materia del recurso extraordinario, ese aspecto del fallo no puede ser entendido como decisión impugnada.

Tal interpretación es conteste, además, con la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en orden a que no existe óbice para que, aún declarada procedente la queja y suspendidos los procedimientos de ejecución, el interesado pueda ejecutar la sentencia apelada respecto de los importes correspondientes a la parte de la condena que hubiere quedado firme (autos "Reynal Ayerza c/ Lemesoff y Cía. S.A.", 27/11/2007, LL AR/JUR/7782/2007; "Comignani c/ Perlui S.A.", 9/5/2006, Fallos 329:1.490).

En autos, la Cámara de Apelaciones dictó sentencia a fs. 369/375 acogiendo la pretensión de la demandada y reduciendo el capital de condena. Esta resolución fue consentida por la demandada pero no por la actora, quién interpuso recurso de casación contra aquella.

En tales términos, eventualmente el Tribunal Superior de Justicia podría mejorar la situación de la parte actora pero nunca empeorarla, siendo el límite de su decisión la suma de condena determinada en la sentencia de segunda instancia, consentida por la accionada, como consecuencia de la regla de la prohibición de la reformatio in pejus, de jerarquía constitucional.

La Cámara Federal de Apelaciones de la Seguridad Social ha sostenido que el límite a la jurisdicción que resulta de los recursos deducidos ante un tribunal u órgano de grado es de jerarquía constitucional sin que pueda colocarse al apelante en peor situación de la que estaría de no haber recurrido –prohibición de la reformatio in pejus- (Sala I, "Bazzano c/ A.R.T. Interacción S.A.", 27/2/2001, LL AR/JUR/4150/2001). En igual sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Santa Fe, señalando que la reformatio in pejus afecta las garantías constitucionales de la defensa en juicio, toda vez que emanada de oficio por el tribunal superior ordinario de la causa, sin debate y decisión previos, desborda toda posibilidad de defensa; el derecho de apelar es el de tratar de obtener una instancia superior, en orden a revisar lo ya decidido sólo respecto de los puntos que agravian

al apelante (autos “Coronel, Oscar V.”, 24/4/1980, LL 1980-C, pág. 227).

La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación reiteradamente viene sosteniendo, en materia penal, que la prohibición de la reformatio in pejus cuando no media recurso acusatorio tiene jerarquía constitucional, por lo cual toda sentencia que ignore este principio resulta inválida en tanto importa que ha sido dictada sin jurisdicción (autos “Suárez Saucedo, Omar Santos”, 22/2/2011, LL AR/JUR/5722/2011; “Escudero, Maximiliano Daniel”, 10/4/2007, Fallos 330:1.478, entre otros)…” (del voto de la Dra. Patricia CLERICI).

Bajo estas pautas, concluimos en que puede habilitarse la ejecución parcial de sentencia por el capital de condena con más sus intereses resultantes de la sentencia de Alzada, y así lo propiciamos.

III.- Por tanto, se hará lugar al recurso de apelación de la parte actora, se revocará el decisorio apelado y se dispondrá que en la instancia de grado se proceda a despachar el incidente de ejecución parcial de sentencia peticionado por el accionante.

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. 436 de fecha 4 de noviembre de 2016, y disponer que en la instancia de grado se procede a despachar el incidente de ejecución parcial de sentencia peticionado por el accionante.

II.- Sin costas en la Alzada por tratarse de una cuestión suscitada con el juzgado.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente, y cumplido, devuélvase la causa al Tribunal Superior de Justicia.

Dra. Patricia M. Clerici - Dr. Fernando Ghisini

Dra. Micaela S. Rosales - SECRETARIA

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

"GODOY GREGORIO Y OTRO S/ SUCESION AB-INTESTATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 500207/2013) – Interlocutoria: 69/17 – Fecha: 21/03/2017

DERECHO ADMINISTRATIVO: Proceso sucesorio.

ADMINISTRADOR DE LA HERENCIA. ELECCION. BIEN INMUEBLE.

Cabe confirmar el auto que designa a una de las herederas como administradora judicial por la circunstancia de no haber mediado oposición de la mayoría de los restantes herederos, toda vez que resulta un tarea compleja determinar qué heredero reúne las características personales, intelectuales, técnicas, físicas y de información adecuadas para desempeñar tal cargo, sin embargo, vemos que los apelantes no han aportado pruebas que demuestren quién de ellos tiene mayor aptitud para administrar el bien –inmueble-, a más de que no han acreditado fehacientemente que la administración fue y es ejercida por ellos, o por algunos de ellos.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GODOY GREGORIO Y OTRO S/ SUCESION AB-INTESTATO", (JNQCI4 EXP 500207/2013), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Los herederos Susana Ester Godoy, Nora Graciela Godoy y Hugo Omar Godoy apelan el auto de fs. 276 mediante el que se designa como administradora judicial a la heredera Edy Esther Godoy, por no haber mediado oposición de la mayoría de los herederos.

Los recurrentes señalan que respecto al único bien del acervo –inmueble-, han probado la posesión, administración y mantenimiento con fondos propios por más de 30 años, sin existir por parte de los restantes herederos oposición alguna durante este tiempo, salvo en esta instancia.

Corrido el traslado de rito, a fs. 294/295 vta., lo contestan los herederos Edy Esther Godoy, Mariela Alejandra Godoy, Laura Patricia Godoy y Marcelo Daniel Godoy.

II.- Ingresando al análisis de los agravios que hemos tratado de sintetizar, advertimos que la cuestión que suscita este recurso es la falta de consenso para la designación del administrador.

En estos casos, deberá optarse por el heredero que se encuentre en mejores condiciones a tal efecto, y si bien no es posible establecerse a priori, se resolverá con los elementos de juicio arrimados al expediente.

Respecto de la mayoría para la designación que refiere el art. 735 del Código Procesal, no se trata de una cuestión numérica sino de la representativa del mayor porcentual en la herencia.

Como luce de las constancias de la causa, por fallecimiento de Don Gregorio Godoy y Doña Eugenia González le suceden en carácter de universales herederos sus hijos Edy Esther Godoy, Alfredo Aquilino Godoy, Roberto Antonio Godoy y Alberto Godoy, como así también, que los apelantes resultan ser los sucesores del fallecido Alfredo Aquilino Godoy.

Asimismo, observamos que la Sra. Edy Esther Godoy fue quien inició la sucesión de sus padres, denunció los datos de los restantes herederos y también del acervo sucesorio, y cumplió regularmente los requerimientos impuestos durante la tramitación de esta causa.

Como apuntamos, resulta un tarea compleja determinar qué heredero reúne las características personales, intelectuales, técnicas, físicas y de información adecuadas para desempeñar tal cargo, sin embargo, vemos que los apelantes no han aportado pruebas que demuestren quién de ellos tiene mayor aptitud para administrar el bien, a más de que no han acreditado fehacientemente que la administración fue y es ejercida por ellos, o por algunos de ellos.

Así, de la documental acompañada en copia simple a fs. 160/267, surgen pagos de ciertas tasas, impuestos y contribuciones que no acreditan que la carga de conservación del inmueble haya estado en manos de su progenitor o de ellos mismos.

Por otra parte, tampoco han acompañado elementos que permitan inferir la inconveniencia de que la Sra. Edy Esther Godoy sea la administradora judicial, evidenciándose de los dichos de las partes una notoria dificultad para resolver las diferencias que se suscitan entre ellos.

Por lo cual, dado que la elección de la Sra. Edy Esther Godoy ha sido acordada por la mayoría, y en función de la información y prueba arrimada, es que confirmaremos la decisión de la magistrada de grado en todo lo que ha sido materia de agravios.

Las costas de segunda instancia serán impuestas por su orden, en atención a que mediante la contestación del memorial no rebatieron concretamente los agravios establecidos por los apelantes, a más de que remite a una presentación efectuada con anterioridad.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 276, con costas de segunda instancia por su orden.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"OYARZUN ERNESTO CEFERINO C/ ESPINOZA SAAVEDRA MIGUEL ARIEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 459134/2011) – Interlocutoria: 86/17 – Fecha:

23/03/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

JUICIO DE DAÑOS Y PERJUICIOS. PRUEBA TESTIMONIAL. INCORPORACION DE LA DECLARACION TESTIMONIAL BRINDADA EN OTRO JUICIO. RECHAZO.

Cabe confirmar la resolución en donde no se hace lugar a la incorporación de una declaración testimonial rendida en una causa laboral y peticionada en el presente juicio de daños y perjuicios en los términos del art. 335 del CPCyC., pues no es posible admitir la incorporación de elementos de juicio que no tienen una vinculación directa o esencial con lo que es el objeto de este pleito.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "OYARZUN ERNESTO CEFERINO C/ ESPINOZA SAAVEDRA MIGUEL ARIEL Y OTRO S/ D.Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (JNQCI1 EXP 459134/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- La parte demandada apela la resolución de fs. 585/vta., mediante la que no se hace lugar a la incorporación de una declaración testimonial rendida en una causa laboral y que peticionó en los términos del art. 335 del CPCyC.

De su memorial de fs. 589/590 se corre el pertinente traslado, el que no fue contestado.

II.- Ingresando al análisis de la cuestión, observamos que la declaración que se pretende hacer valer en este proceso resulta de un juicio laboral entablado contra la codemandada Welty, por el supuesto despido de un trabajador.

De su lectura, observamos que la copia que acompaña carece de fecha, no pudiendo determinarse en que etapa de este proceso se prestó tal testimonio, además de que fue producida en relación a las cuestiones ventiladas en aquel.

No obstante ello, y aún resultando formalmente aceptable su planteo (en cuanto a la temporaneidad), no puede llevar a admitir la incorporación de elementos de juicio que no tienen una vinculación directa o esencial con lo que es el objeto de este pleito.

Por otra parte, la circunstancia procesal de la quejosa en cuanto a haber perdido la posibilidad de defenderse y contestar la demanda entablada en su contra en función de las decisiones tomadas en la causa al respecto, y que se encuentran firmes y consentidas, resulta improcedente para derribar los argumentos de la a quo al fundar su decisión.

En efecto, la aplicación de los principios que el recurrente invoca, en especial, el de amplitud probatoria –aunque no lo nombre expresamente-, no debe de servir como forma de remplazar la actividad que debió realizar el agraviado en el momento procesal que correspondió.

III.- Por lo expuesto, propiciamos la confirmación del auto apelado, con costas al apelante.

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar el resolutorio de fs. 585/vta., con costas de Alzada el apelante.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"P. R. E. B. S/ AUTORIZACION PARA VIAJAR" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 80556/2017) – Interlocutoria: 95/17 – Fecha: 28/03/2017

DERECHO PROCESAL: Resoluciones judiciales.

AUTORIZACION PARA VIAJAR. PROGENITORES. AUSENCIA DE AUTORIZACION. PODER JUDICIAL. FACULTADES DEL JUEZ. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO Y EL ADOLECENTE. VALORACION DE CIRCUNSTANCIAS.

Resulta prematura la decisión de la Jueza de rechazar in limine la posibilidad de otorgar el permiso de viajar al exterior a una adolecente quien denuncia una serie de situaciones de violencia y una concreta falta de vinculación con su madre, de quien no logra aquella autorización, pues no comparto la afirmación de la Jueza respecto a que en caso de no contar con el consentimiento de quien ejerce la responsabilidad parental el Juez no cuente con facultades para proveer de una decisión diversa, en tanto, aun en caso de negativa de ambos progenitores, el Juez puede evaluar la conveniencia de una decisión distinta a la que éstos consideren, de modo tal que la supuesta negativa en caso de progenitor único es asimilable al caso de la negativa de ambos, en cuyo caso es posible la autorización judicial aludida, y en futuras ocasiones se debe recurrir al uso de las facultades que expresamente otorga el nuevo Código Civil y Comercial para recabar toda la información necesaria y sólo luego de ponderar las concretas circunstancias del caso se concluya en una decisión, la que deberá tener en cuenta la obligación de garantizar el adecuado ejercicio de los derechos bajo la óptica de niños y adolescentes sujetos de derecho y no objetos de protección.

Texto completo:

NEUQUEN, 28 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "P. R. E. B. S/ AUTORIZACION PARA VIAJAR", (JNQFA4 EXP 80556/2017), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Se inician las presentes durante la feria judicial, con la asistencia letrada de la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente a fin de obtener la autorización judicial para viajar a Chile, en razón de resultar la accionante menor de edad y no lograr la autorización respectiva por parte de su madre.

La joven manifiesta que desconoce quien es su progenitor y que con su madre no mantiene una buena relación, circunstancia que la ha llevado a realizar una denuncia a raíz de múltiples situaciones de violencia familiar, peticionando medidas cautelares a fin de protegerse de ella.

Expresa que está viviendo desde julio de 2016 con su novio, y que ha establecido un fuerte vínculo con la familia de aquel.

Expone que a raíz de la enfermedad de la abuela materna del novio que reside en Chile, el grupo familiar se trasladaría a aquel país desde el 9 de enero de este año al 15 de febrero, a fin de prestarle auxilio durante el curso de la operación y posterior recuperación.

Brinda información detallada de la modalidad del viaje y del domicilio donde se alojaría, y denuncia el domicilio de su madre a fin de que se sustancie la petición.

La Jueza sustancia la petición con la madre de la joven, pero aclara que el Juez sólo puede resolver en los casos de desacuerdo entre los progenitores o imposibilidad de prestar el consentimiento, pero de ninguna manera puede suplir el silencio de la

progenitora o desautorizar la negativa.

Esta decisión es objeto de revocatoria con apelación en subsidio, señalando la accionante que el Código Civil y Comercial no contiene ninguna directiva que pueda llevar a sostener que el Juez carece de facultades para autorizar la salida del país de la joven cuando no media conformidad de la progenitora.

Argumenta que el instituto de la responsabilidad parental está regulado con una clara finalidad de protección, desarrollo y formación integral de niños, niñas y adolescentes, debiendo interpretarse la cuestión de conformidad a las pautas del interés superior del niño.

Sostiene que el principio señalado, junto a la autonomía progresiva del hijo, el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, resultan las pautas que rigen la responsabilidad parental.

Cita jurisprudencia que entiende resulta aplicable a la cuestión, solicita la revocatoria de la decisión a cuyo fin postula que se tenga particularmente en cuenta el procedimiento cautelar de violencia familiar que tramita ante el Juzgado y la finalidad recreativa del viaje.

La Jueza rechaza la revocatoria, por entender que resulta inadmisible pues no se trata de una providencia simple sino que resuelve respecto de la admisibilidad de la acción.

No obstante ello se explaya en los argumentos que la llevaran a resolver, insistiendo que en el marco del artículo 645 del Código Civil y Comercial, resulta indispensable que al menos uno de los titulares de la responsabilidad parental consienta expresamente el acto que se pretende realizar.

Afirma que en el caso de progenitora única no hay posibilidad de intervención judicial ya que o se tiene el consentimiento y no hay conflicto, o la titular niega el permiso y el juez no puede suplirlo.

Agrega que la posibilidad del hijo adolescente es de negarse a viajar al exterior en contra de lo pretendido por los padres pero no se contempla la circunstancia contraria, esto es que el joven quiera viajar en contraposición a lo que dicen sus padres.

Destaca que los principios generales el artículo 639 del Código Civil y Comercial están destinados a los titulares de la responsabilidad que son los progenitores y es a éstos a quienes la ley obliga a considerar el interés superior de sus hijos.

Asevera que si el único titular de la responsabilidad parental se opone cabe presumir que ha ponderado los riesgos que supone una larga estadía en el extranjero, entre los que destaca la posibilidad que le suceda algo a la joven y su madre no pueda asistirla.

En relación concreta al caso señala que aún cuando se haya alegado una situación de violencia familiar en perjuicio de la joven no se solicitó ni se dispuso medida alguna que limite el ejercicio de la responsabilidad parental de la progenitora, de modo que no pueden soslayarse los deberes, derechos y obligaciones que recaen sobre la misma.

II.- Teniendo en cuenta el tiempo transcurrido, y siendo que el pedido de autorización se refería a un viaje a realizarse en el mes de enero pasado es claro que a esta altura, el caso ha devenido abstracto.

Sin embargo, de la lectura de estas actuaciones encuentro ciertas particularidades que ameritan su análisis, sobre todo teniendo en cuenta la posibilidad de repetición de cuestiones similares a la presente y la circunstancia de que en general se trata de cuestiones en las que la premura para resolver, dificulta que se transiten los carriles procesales que permitan su revisión por la Alzada.

En ese sentido, encuentro que la resolución de fs. 4, resulta apresurada en cuanto resuelve respecto de la admisibilidad de la acción, sin haberla sustanciado y sin haber tenido en cuenta concretamente las circunstancias del caso.

En ese sentido, es preciso tener en cuenta el Titulo VIII “Procesos de familia” del Libro Segundo del Código Civil y Comercial, en donde existen directivas aplicables a este tipo de procesos entre las que cabe destacar el artículo 706, en cuanto señala: “Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario. c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.”

“ARTICULO 707.- Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes. Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.”

Es bajo esas pautas que entiendo resulta prematura la decisión de la Jueza pues la accionante es una adolescente de 16 años,

quien denuncia una serie de situaciones de violencia y una concreta falta de vinculación con su madre, lo cual –y si bien en esta Alzada no se cuenta con los antecedentes referidos- es preciso que ello hubiera sido valorado en orden a tomar una decisión fundada.

Por otra parte y aun asumiendo la urgencia de la pretensión, no puede perderse de vista tampoco que resultaba indispensable contar con información concreta de la familia con la que, según manifiesta la joven, se encuentra viviendo y sería con quienes hubiera viajado a Chile.

Por lo dicho, la decisión de rechazar in limine la posibilidad de otorgar el permiso sin tener en cuenta las circunstancias concretas del caso, además de prematura implica una interpretación sumamente formalista que no se compadece con los principios bajo los cuales cabe examinar los derechos de la joven que iniciara la acción.

En ese sentido, es preciso valorar la cuestión a partir del reconocimiento del niño como sujeto de derechos y la consiguiente autonomía progresiva hace que el vínculo entre padres e hijos

La interpretación propiciada determina una visión emparentada con el niño como objeto de protección y no como sujeto de derechos, cuestiones que examinadas en relación a la responsabilidad parental han llevado a sostener: “En este contexto, la reforma propuesta adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el derecho comparado, al reemplazarse el sistema vertical creado por el codificador, por un sistema que plantea, en términos horizontales, la relación entre todos los miembros de la familia, fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad, afianzando la “democratización de las relaciones de familia” siendo esencialmente la que involucra el lazo entre padres e hijos.”(“Responsabilidad parental-Algunos aspectos trascendentales a la luz del Nuevo Código Civil y Comercial d la Nación-Saldando viejas deudas” Federico Notrica-Mariana Rodriguez Iturburu en “Derecho de las familias, infancia y adolescencia: una mirada crítica y contemporánea. pág. 133-Infojus-Id SAIJ: DACF150755)

En esa línea argumental y referido al concepto de “responsabilidad parental” frente a “patria potestad” los autores expresan: “Esta denominación se relaciona directamente con la idea de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, teniendo como límite el principio de su autonomía progresiva. Y se rige por los principios generales expresamente enumerados (ver art. 639): el interés superior del niño, la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; y el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez”

Asimismo, no comparto la afirmación de la Jueza respecto a que en caso de no contar con el consentimiento de quien ejerce la responsabilidad parental el Juez no cuente con facultades para proveer de una decisión diversa.

Así, el artículo 645 del Código Civil y Comercial señala: “Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores. Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: …c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero….. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar…”

Comentando el artículo citado, la Dra. Marisa Herrera sostiene: “…Cabe destacar que la reforma también prevé la intervención judicial supletoria ante el supuesto de dificultad o negativa de prestar consentimiento por parte de uno o ambos progenitores. De este modo tan relevante es el consentimiento expreso de ambos progenitores que la ley prevé supletoriamente que un tercero –el juez- conozca sobre el acto que se trate y dirima la cuestión. Se trata de un supuesto de autorización judicial supletoria.” (“Código Civil y Comercial de la Nación” Comentado– Tomo IV - Ricardo Luis Lorenzetti Director- Rubinzal-Culzoni Editores- Tomo a cargo de Marisa Herrera pág. 314).

De este modo, y bajo la pauta del artículo citado es posible que, aun en caso de negativa de ambos progenitores, el Juez pueda evaluar la conveniencia de una decisión distinta a la que éstos consideren, de modo tal que la supuesta negativa en caso de progenitor único es asimilable al caso de la negativa de ambos, en cuyo caso es posible la autorización judicial aludida.

Por otra parte, el artículo 709 del Código Civil y Comercial establece expresamente el “Principio de oficiosidad”, así expresa: “En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente”.

La consagración legislativa de esta posibilidad, que ya proponía parte de la jurisprudencia y la doctrina, cristaliza no sólo la cuestión probatoria sino que admite la posibilidad de dictar medidas que sin perjuicio de no ser exactamente las peticionadas por las partes, resulten adecuadas a las circunstancias concretas del caso y en definitiva propicien una respuesta que resulte respetuosa de los derechos de la joven.

En ese orden de ideas, una negativa injustificada o irrazonable no puede tener preminencia frente a lo derechos de una joven de 16 años a quien, en función del concepto de autonomía progresiva, debe garantizársele el ejercicio de sus derechos, lo cual no

puede negarse a partir de recurrir a una interpretación formalista de las normas.

Asimismo, la referencia efectuada en cuanto a que hubiera sido preciso iniciar un proceso en el que se discutiera concretamente la responsabilidad parental aparece como una afirmación excesiva pues es por ello mismo que el Código prevé que para determinados actor pueda construirse el consentimiento de la forma antes detallada, sin llegar al extremo de negar la responsabilidad parental para el resto de las cuestiones.

Es por todo lo expuesto que he de proponer que en futuras ocasiones se recurra al uso de las facultades que expresamente otorga el nuevo Código Civil y Comercial para recabar toda la información necesaria y sólo luego de ponderar las concretas circunstancias del caso se concluya en una decisión, la que deberá tener en cuenta la obligación de garantizar el adecuado ejercicio de los derechos bajo la óptica de niños y adolescentes sujetos de derecho y no objetos de protección.

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.- Declarar que la cuestión ha devenido abstracta atento al transcurso del tiempo.

II.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"ZUNIGA CARLOS S/ INC. REDARGUCION DE FALSEDAD" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 31441/2009) – Interlocutoria: 99/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO PROCESAL: Actos procesales.

REDARGUCION DE FALSEDAD. ESCRIBANOS PUBLICOS. ACTA NOTARIAL. DOCUMENTOS DE IDENTIDAD. OMISION DE EXHIBIR DOCUMENTOS. NULIDAD DE LAS ACTUACIONES. NEGLIGENCIA. FALSEDAD IDEOLOGICA. RESPONSABILIDAD DEL ESCRIBANO. COSTAS EN EL ORDEN CAUSADO.

1.- Cabe confirmar el decisorio que declara la nulidad de una declaración jurada, pues el notario actuante dejo constancia de que la persona que efectúaba el el requerimiento de certificación era titular de un documento de identidad, pero no dejó sentado y, por ende, debe entenderse que no sucedió, que esta persona exhibiera el mismo. Por ello, ante la omisión de solicitar la exhibición del documento de identidad, esta última se encuentra probada con el conocimiento personal del escribano. La certificación expresamente señala “Doy fe de conocerla”. Luego, al haberse comprobado que esta persona no existe, cuanto menos con los datos que se denuncian en la actuación notarial, resulta palmario que el escribano ha incurrido en falsedad ideológica, como consecuencia de un comportamiento negligente en el ejercicio de la función encomendada.

2.- Las costas por la actuación en la presente instancia, se imponen en el orden causado (art. 69, CPCyC). A la parte actora pues, si bien toda persona que acude a los tribunales de justicia entiende que razonablemente le asiste el derecho de hacerlo, ello no puede servir como

justificativo para eximir del pago de las costas del proceso; y al escribano demandado por cuanto éste no cuestionó su convocatoria a juicio y, en definitiva, la nulidad declarada es consecuencia de su actuar negligente.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ZUNIGA CARLOS S/ INC. REDARGUCION DE FALSEDAD", (JNQCI3 ICC 31441/2009), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- La parte actora y el demandado Gabriel Bonsembiante interponen recursos de apelación contra la sentencia de fs. 145/148, que rechaza el incidente de redargución de falsedad respecto del “Acta de Exposición”, con costas al vencido; y hace lugar a la redargución de falsedad respecto de la “Declaración Jurada”, con costas a los demandados Sapienza y Bonsembiante.

a) El demandado Bonsembiante se agravia por la declaración de falsedad de la declaración jurada, entendiendo que lo que debió resolverse era la inexistencia de ese acto jurídico.

Aclara que comparte los conceptos del juez de grado en orden a que la falsedad intelectual se caracteriza porque el oficial público ante quién pasa el acto hace manifestaciones que no son verdaderas, siendo el mismo oficial público quien participa en la generación de la falsedad; en tanto que la falsedad ideológica es aquella en la que incurren las partes que participan en un determinado acto, sin que pueda atribuirse responsabilidad alguna al oficial público, pues allí se le hace insertar al oficial público algo que éste desconoce. Agrega que también adhiere a los dichos del juez de grado respecto a que con relación a la falsedad ideológica resultaría innecesaria la promoción del incidente de redargución de falsedad. Todo ello se compadece, a criterio del apelante, con los arts. 993 y 994 del Código Civil.

Dice que la sentencia recurrida juzga que el notario incurrió en falsedad intelectual, que es el extremo que agravia a su parte.

Sigue diciendo que la intención de la falsedad intelectual no fue invocada –ni siquiera insinuada- por el incidentista, recordando que la intervención en autos del escribano Bonsembiante fue ordenada a instancias del juzgado, y no por concreto reproche del señor Zúñiga.

Sostiene que la decisión del a quo viola el principio de congruencia, explicando en que consiste este principio.

Se remite a su creencia de que debió declararse la inexistencia del acto jurídico de certificación, dado que se encuentra ausente un elemento sustancial, como es el sujeto. Ello, en opinión del recurrente, descarta la falsedad resuelta y enquicia la cuestión en sus justos términos, prescindiendo de cualquier conducta intencional del escribano Bonsembiante.

Señala que la misma aparente regularidad del acto ante la escriban Siman, que llevara la a quo a decretar su ausencia de responsabilidad, no es distinta de la verificada ante el escribano Bonsembiante, por lo que no cabe darles soluciones jurídicas distintas.

Subsidiariamente se agravia por la imposición de las costas del proceso.

Insiste en que no se formuló reproche alguno respecto de la conducta del escribano Bonsembiante, que existe violación del principio de congruencia ya que, de haberse planteado la cuestión, su parte hubiere ofrecido prueba; alude a la similitud de situaciones con la escriban Siman y las diferentes soluciones, entendiendo que estas circunstancias impiden la imposición de costas a su cargo.

b) El incidentista se agravia por el rechazo de la redargución de falsedad respecto del Acta de Exposición Policial con costas a su cargo, con fundamento en que si bien el contenido del documento debe reputarse falso dado que fue otorgado por una persona que no existe, el funcionario público no da fe de la identidad de la persona que se presenta a formular la exposición.

Critica la imposición de las costas procesales, insistiendo en que ha quedo demostrado que el acta de exposición es falsa, considerándose su parte con legítimo derecho a interponer el incidente pertinente.

Solicita la aplicación del art. 69 del CPCyC, en cuanto permite eximir de costas cuando se trate de cuestiones dudosas en derecho, con cita de jurisprudencia.

c) Los traslados de las expresiones de agravios no son contestados.

II.- Con carácter previo a analizar los recursos planteados en autos, corresponde disponer que este incidente se desapiole del principal (Expte. n° 379.099/2008), el cual también se encuentra a conocimiento de esta Sala II, a efecto de resolver las apelaciones, y oportunamente, vuelva a ser agregado por cuerda a aquellas actuaciones.

III.- Ingresando al tratamiento de los recursos de apelación de autos, llega firme a esta instancia que los dos documentos impugnados (acta de exposición policial y declaración jurada) fueron otorgados por una persona inexistente.

Comenzando con la nulidad del segundo de los documentos citados (declaración jurada), ya que el escribano actuante cuestiona esta decisión, el juez de grado ha concluido en que el notario incurrió en falsedad intelectual al dar fe que la persona que se presentó a declarar era Estela Baeza, D.N.I. n° ....

Entiendo que no asiste razón al recurrente.

Carlos A. Pelosi señala que las certificaciones son aquellos instrumentos mediante los cuales se autentican, generalmente fuera del protocolo, determinadas realidades físicas, sin excluir hechos notorios y juicios de ciencia propia. Sostiene el autor citado: "Todo documento autorizado por notario involucra una serie de certificaciones que, en algunos casos, puede reflejarse en una fórmula general. La dación de fe de conocimiento, la atestación de los actos de vista… que acontecen en presencia del notario, así como los cumplidos por él, se representan documentalmente en narraciones y menciones, expresadas en términos o frases que traducen función certificante para conferir autenticidad a los hechos…" (cfr. aut. cit., "Las certificaciones de firmas", Revista del Notariado, n° 659, pág. 712).

Dentro de estas certificaciones, y atendiendo a su contenido, se encuentra la certificación de firma.

Este acto es el que se ha realizado en autos, al certificar el escribano recurrente que la firma asentada en el acto antecedente, titulado "DECLARACION JURADA", "es auténtica y fue puesta en mi presencia, en este acto, por quién se identificó y expresó sus datos personales, así: Estela BAEZA, argentina, D.N.I. .... Considero a la requirente capaz. Doy fe de conocerla…." (fs. 6/7).

Como vemos, el escribano actuante ha dado fe de distintas circunstancias. En primer lugar de un hecho registrado en su presencia: que quién formuló la declaración jurada suscribió el documento en su presencia. Este extremo no se encuentra cuestionado.

Luego, el escribano da fe de que conoce a la persona y la considera capaz.

Y aquí radica la falsedad ideológica en la que habría incurrido el escribano actuante.

Este extremo hecha por tierra con la pretendida vulneración del principio de congruencia, ya que en el escrito inicial la incidentista acusa la nulidad del documento, justamente porque el notario certifica que se ha presentado una persona que, luego se comprueba que no existe. De ello se sigue que el juez de grado no ha fallado fuera de los límites impuestos por el principio de congruencia.

El art. 1.001 del Código Civil de Vélez Sarsfield –normativa de aplicación en autos en atención a la fecha de los hechos- requiere para la escritura pública, extensible al tipo de actos que analizamos, la fe de conocimiento de los otorgantes.

Conforme explica Diego Fissore, la fe de conocimiento de los otorgantes significa que el escribano debe tener convicción racional de que las personas otorgantes del acto que se escritura son las que dicen ser y no otras. Esta fe de conocimiento sólo se extiende a la identidad de las personas y no a sus circunstancias (cfr. aut. cit., "Código Civil comentado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2005, T "Hechos y actos jurídicos", pág. 587).

En un sustancioso voto, emitido en autos "Anaeróbicos Argentinos S.R.L. c/ Detry" (Cám. Nac. Apel. Civil, Sala F, 31/5/1984, LL 1984-D, pág. 4), el Dr. Gustavo Bossert afirmó: "El art. 1.001 señala genéricamente que el escribano debe dar fe de que conoce a los otorgantes, sin agregar exigencias sobre particularidades, estado de familia u otros datos personales de éstos.

Considero entonces, que la norma limita su requerimiento a una fe de identidad, teniendo en cuenta que el art. 1.002, cuando ofrece el medio destinado a suplir la fe que por ciencia propia debería dar el escribano, se conforma con que las partes justifiquen ante él su identidad personal con dos testigos; me parece razonable interpretar que, si a través de la norma que establece el medio supletorio, se precisa el contenido de lo que debe conocerse, es decir, la identidad de las partes, también éste debe ser el objeto del conocimiento obtenido por el escribano por ciencia propia o más precisamente, a través de un juicio de certeza propio, aunque el art. 1.001 no se halla ocupado en describirlo… De manera que no son los otros atributos personales los que el escribano debe conocer, sino, específicamente, la identidad personal del otorgante, la individualización del mismo, el saber quién es, o más precisamente, solo quién es… En coincidencia con este criterio, Borda…señala que el notario no se halla obligado a dar fe de que sean verdaderos los datos referidos al estado de familia de las partes ni a verificar su exactitud, aunque los escribanos suelen asentar tales datos que los propios sujetos les suministran, pues la obligación de conocer a las partes no se extiende a tales detalles…Aclarado entonces que, conforme este razonamiento, se trata de una fe sobre la identidad personal, es necesario ahora determinar si puede el escribano dar fe de que conoce la identidad de los otorgantes en virtud de documentos de identidad que se le exhiben y circunstancias a ellos vinculadas, o si solo puede hacerlo, para cumplir adecuadamente con la preceptiva legal, en virtud de un conocimiento personal, de sujeto a sujeto, que él tenga desde antes con las partes.

"La redacción (que conoce a las partes) comienza sugiriendo, a través de una interpretación vulgar de la expresión, que sólo puede tratarse de un conocimiento personal, obtenido con el trato. Pero yendo más allá de ese modo de analizar la expresión utilizada, tenemos, en primer lugar,…que el escribano, en sustancia, debe dar fe de que conoce la identidad de las partes; y también que la

norma no ha señalado –específica y excluyentemente- el modo por el cual el escribano ha de haber llegado a ese conocimiento.

"Por cierto, el conocimiento concebido por Vélez –y de allí la expresión utilizada- acorde con los precedentes históricos que tuvo a la vista…, era el conocimiento personal, de sujeto a sujeto, ya que esto, en esa época, no sólo era posible, sino que además era el único medio posible. Pero, aunque éste haya sido el criterio inspirador de la norma, originado en la circunstancia histórica del tiempo de su sanción, no se incluye en la misma una especificación que excluya los modos por los cuales el escribano puede llegar a un cabal conocimiento sobre la identidad de las partes. Esta afirmación no queda desvirtuada por el hecho que el 1.002 ha señalado un medio supletorio, pues éste funciona cuando el escribano no puede llegar a través de un juicio de certeza propio a una convicción sobre la identidad de las partes.

"Al tiempo de la sanción del Código Civil se carecía de medios técnicos idóneos de identificación personal, de registros públicos organizados en debida forma a tales efectos y no existían, por tanto, documentos de identidad personal extendidos por el Estado con respaldo en asientos registrales… La cédula de identidad, con los elementos de identificación con los que hoy cuenta…se origina, en Capital Federal, en una disposición del 24 de abril de 1907… Es por esa inexistencia, al tiempo de la sanción del Código Civil, de un documento de identidad oficial basado en constancias de registros públicos, que en aquella época sólo era posible a un escribano llegar a una convicción sobre la identidad de los otorgantes, a través de su conocimiento personal, o supletoriamente por testigos. Pero habiendo variado la circunstancia histórica, estos instrumentos de carácter público, expedidos en base a registros oficiales, representan un medio infinitamente más idóneo que el mero trato social para contribuir a formar un juicio de certeza sobre la identidad.

"Y esto coincide con la finalidad de la disposición legal: que el escribano cuente con la mayor certeza posible sobre la identidad del otorgante.

"He señalado hasta aquí, por qué no era posible al escribano, al tiempo de la sanción del Código Civil, llegar a una convicción que no se basara en el trato personal o social. Pero también debe apuntarse, para mostrar la variación de la circunstancia histórica que hace el entorno de la norma, que en esa época, a diferencia de lo que ocurre ahora, era posible, en la mayoría de los casos fundar la convicción en el conocimiento personal o social.

"Antiguamente, y en nuestro país todavía a la época del Código, la escasa población y la estructura social de las ciudades determinaban un modo de vivir y negociar basado en el conocimiento personal de los sujetos y en el alto valor que poseía la palabra que, por entonces, se trasladaba con naturalidad al modo de ser identificados aquellos por parte del notario. Es obvio que ese modo de identificación ya no puede ser la norma en las ciudades actuales de varios millones de habitantes.

"Se tornaría improbable, en el plano de la realidad, la concreción de la mayor parte de las escrituras, si ellas dependieran del conocimiento personal y previo del escribano con ambos contratantes o con dos testigos que a su vez conozcan a los contratantes.

"Esta doble variación de las circunstancias históricas…tornan, conforme al discurso que vengo desarrollando, legítimo el proceder del escribano que en la actualidad, y tal como sucede desde hace decenios, busca en los instrumentos públicos, y en circunstancias que con ellos concuerdan, los medios más idóneos para formar su convicción sobre la identidad de los otorgantes.

"Desde otro ángulo se advierte que en virtud de esa realidad que describimos, y llamamos la actual circunstancia histórica, difícilmente un notario extendería hoy una escritura en la que el enajenante no exhibiera su documento de identidad…y esto aunque lo conociera en forma personal y, simplemente por ese trato, lo identificara con un nombre coincidente con el del titular registral…

Pero aunque el escribano recurra al control del documento de identidad que se le exhibe para iniciar o completar la formación de un juicio de conocimiento, debe obtener su convicción íntima y racional sobre la identidad de los otorgantes analizando, con la diligencia, escrúpulo y la prudencia que su función exigen, la totalidad de los elementos, precisos y coherentes entre sí, con los cuales pueda conformar un acabado juicio de certeza… Conforme a ello, el escribano no puede conformarse con la exhibición que ante él se hace de un documento de identidad, sino que debe efectuar el análisis de los elementos y datos que del mismo surgen en relación al sujeto y en relación a los restantes elementos vinculados al negocio que habrá de instrumentar, debiéndose extender, tal análisis, a circunstancias que rodean la operación y que de un modo u otro pueden contribuir a formar convicción sobre la identidad de las partes…".

Cabe señalar, otorgando razón al análisis del Dr. Bossert, que el Código Civil y Comercial, en su art. 306, determina que la justificación de identidad de los comparecientes puede hacerse por dos medios: a) exhibición del documento de identidad; o b) afirmación del conocimiento por parte del escribano. Si bien esta legislación no es de aplicación en autos, lo que ella dispone sirve como pauta interpretativa de la normativa anterior, en tanto manifiesta la voluntad del legislador, que ha sido la de otorgar relevancia al documento de identidad a efectos de acreditar esta última.

De lo dicho se sigue que era suficiente la exhibición del documento de identidad a efectos de tener por probada la identidad de la

requirente, dado que no se contaba con otros elementos para verificar aquella, y además atendiendo a la escasa transcendencia jurídica del acto a realizar.

Ahora bien, de acuerdo con la certificación de autos (fs. 6/7), el escribano actuante deja constancia que la persona que efectúa el requerimiento de certificación es titular del D.N.I. n° ..., pero no deja sentado y, por ende, debe entenderse que no sucedió, que esta persona exhibiera el documento de identidad, circunstancia que hubiera impedido la configuración de la falsedad imputada al documento. Por ello, ante la omisión de solicitar la exhibición del documento de identidad, esta última se encuentra probada con el conocimiento personal del escribano. La certificación expresamente señala "Doy fe de conocerla". Luego, al haberse comprobado que esta persona no existe, cuanto menos con los datos que se denuncian en la actuación notarial, resulta palmario que el escribano ha incurrido en falsedad ideológica, como consecuencia de un comportamiento negligente en el ejercicio de la función encomendada.

IV.- He de abordar, en conjunto, la restante queja del escribano y la de la parte actora, ambas referidas a la imposición de las costas del proceso.

El art. 69 del CPCyC resulta más estricto que el art. 68 del mismo cuerpo legal en orden a la posibilidad de eximir al vencido, en todo o en parte, del pago de los gastos causídicos, ya que solamente permite esta eximición cuando se trate de una cuestión dudosa en derecho.

Roland Arazi y Jorge A. Rojas, con cita de jurisprudencia, señalan que debe entenderse por cuestión dudosa en derecho, la que se preste a dificultades en su solución, ya sea por su complejidad natural o divergencia doctrinaria o jurisprudencial susceptible de justificar el planteo (cfr. aut. cit., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 427).

La cuestión suscitada en autos no presenta estas características. Si bien es cierto que el acto al que refieren, tanto la certificación notarial como el acta policial, tiene una mínima trascendencia jurídica ya que, en definitiva, y más allá de haber sido formulado ante funcionario público, no deja de ser una manifestación unilateral de la persona que la realiza, sin respaldo documental ni de ningún otro tipo, lo cierto es que el actor promovió el incidente, y lo perdió frente a la Provincia del Neuquén –extremo firme en esta instancia-, sin que se advierta que la cuestión presente una complejidad excesiva.

Si bien toda persona que acude a los tribunales de justicia entiende que razonablemente le asiste el derecho de hacerlo, ello no puede servir como justificativo para eximir del pago de las costas del proceso. De otro modo nunca se podría aplicar el principio objetivo de la derrota.

En cuanto al escribano demandado, éste no cuestionó su convocatoria a juicio y, en definitiva, la nulidad declarada es consecuencia de su actuar negligente, por lo que debe cargar con las costas generadas por el pleito.

V.- En mérito a lo antedicho, propongo al Acuerdo: a) desapiolar el presente incidente de su principal; b) rechazar los recursos de apelación de autos, y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a la falta de oposición, y a que sendos recurrentes resultaron vencidos, se imponen en el orden causado (art. 69, CPCyC).

Regulo los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en la primera instancia para el Dr. ...; y en el 30% del importe que se fije por igual concepto y por su actuación en la primera instancia al letrado del demandado Gabriel Bonsembiante, para la Dra. ..., y en el 40% de la retribución asignada a esta última profesional para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por 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.- Desapiolar el presente incidente de su principal y confirmar la resolución de fs. 145/148.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia, en atención a la falta de oposición, y a que sendos recurrentes resultaron vencidos, en el orden causado (art. 69, CPCyC).

III.- Regular los honorarios de los letrados actuantes ante la Alzada, en el 30% de la suma que se determine por igual concepto y por su actuación en la primera instancia para el Dr. ...; y en el 30% del importe que se fije por igual concepto y por su actuación en la primera instancia al letrado del demandado Gabriel Bonsembiante, para la Dra. ..., y en el 40% de la retribución asignada a esta última profesional para el Dr. ..., de conformidad con lo prescripto por los arts. 10 y 15 de la ley 1.594

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 1203/2016) – Interlocutoria: 101/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DE FAMILIA: Regimen de visitas.

REGIMEN DE CONTACTO PROVISORIO. AMPLIACION TRANSITORIA DEL HORARIO. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. REVINCULACION CON LA PROGENITORA.

1.- Debe ser confirmada la resolución que amplía el régimen de contacto provisorio entre la actora y su hija, el cual se fijara desde el viernes a las 18:30 hasta esa misma hora del día domingo, pues la ampliación del régimen se dispuso en función de la valoración de lo desarrollado durante las entrevistas vinculares en las cuales se logró observar la persistencia del vínculo y la ausencia de riesgos en profundizar la relación entre la niña y su mamá.

2.- En cuanto al interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de sus derechos, la decisión adoptada es respetuosa de la pauta señalada pues propone intensificar la vinculación con la madre, y ello que implica a su vez la posibilidad de entablar relación con sus hermanos quienes forman parte de su familia.

3.- Al disponer que el régimen sea transitorio y luego de tres meses de cumplimiento se reevalúe también resulta prudente en relación a resguardar los deseos de la niña. En ese sentido destaco que, en definitiva la decisión apelada no resolvió reintegrar a la niña a su madre sino resguardar el vínculo con ésta, vínculo que según surgiera de las entrevistas realizadas en el Gabinete Interdisciplinario, subsiste pese al tiempo que no tuvieron contacto, destacando asimismo que no existen indicadores que permitan valorar riesgo en la relación entre ambas.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "P. M. C. A. C/ B. H. V. A. S/ INC DE APELACION E/A 65308/14", (JNQFA3 INC Nº 1203/2016), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y, puestos los autos para resolver, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

La parte demandada interpone recurso de apelación contra la resolución de fs. 33/34 de este cuadernillo, en cuanto amplía el régimen de contacto provisorio entre la actora y su hija, el cual se fijara desde el viernes a las 18:30 hasta esa misma hora del día domingo.

Se agravia pues entiende que la resolución ha violado el derecho a ser oída que tiene la niña y el principio del interés superior del niño que debe operar como principio rector.

Abunda en cuestiones conceptuales que hacen al carácter fundamental que tiene el derecho a ser oído, tanto desde lo doctrinario como desde su consagración en Tratados e Instrumentos Internacionales y su recepción legislativa en nuestro país.

Destaca el carácter fundamental que tiene el mismo y luego, enfocándose en el caso en particular, sostiene que el derecho en cuestión ha sido vulnerado en cuanto la niña claramente expresó que no quiere vivir con su mamá.

En segundo lugar se agravia pues entiende que la resolución ha violado en forma palmaria el principio rector del interés superior del niño pues no se tuvo en cuenta su presentación de fs. 116/117 la que, según expresa, acompaña a los agravios.

A fs. 44 contesta los agravios la actora señalando que las entrevistas vinculares dan acabada cuenta de las expectativas y deseos de la niña y además de la existencia de un vínculo materno filial.

Agrega que la niña ha mantenido audiencias en sede judicial, de modo que no advierte el agravio de la recurrente en ese sentido.

Expresa que la tía de la niña busca consolidar una situación de hecho irregular privando a K.V. de su derecho a mantener un vínculo y una adecuada comunicación con su madre biológica y sus hermanos.

A fs. 49 obra dictamen de la Defensora de los Derechos del Niño y el Adolescente, que propicia la confirmación de la resolución apelada, destaca que efectivamente la niña fue escuchada en dos ocasiones y que sus opiniones también fueron receptadas en los informes del Gabinete que fundamentaron la decisión en crisis.

II.- De la lectura de las actuaciones surge que la resolución apelada es del día 19 de octubre de 2016 y que el recurso fue concedido con efecto devolutivo, lo cual lleva a concluir que a esta altura lo resuelto ya ha sido cumplido y probablemente la nueva evaluación del desarrollo del régimen dispuesta ya ha sido realizado por el Gabinete Interdisciplinario.

No obstante ello y teniendo en cuenta el tenor de los agravios, los cuales se dirigen a objetar dos cuestiones centrales en relación a lo que la demandad entiende son violaciones a los derechos de la niña, resulta oportuno dar respuesta a los mismos.

En primer lugar y con respecto al derecho a ser oído he de coincidir con lo señalado por la actora al contestar los agravios y por la Defensora, en cuanto ambas puntualizan que efectivamente la niña mantuvo dos entrevistas en sede judicial el 2 de febrero y el 29 de septiembre del año 2.016.

Así, y tratándose de una decisión que claramente habría de afectarla, la niña manifestó inicialmente el deseo de no querer vivir con su mamá "… Comenta que C. (su mamá) le preguntó si quería vivir con ella y ella le dijo que no quiere" -fs. 75- y luego el 29 de septiembre –fs. 32- el acta de audiencia da cuenta de que: "…resulta imposible abordar con K. el tema referente al contacto con su progenitora pues la niña refiere que su mamá es la tía V. …"

A ello cabe agregar que –tal como indicara la Defensora- la Jueza funda su decisión en el informe del Gabinete Interdisciplinario en el cual surge no solo que la niña fue entrevistada, sino que se observó su interacción con la mamá y en alguna ocasión con uno de sus hermanos, lo que llevara a la Licenciada Larchel Giunta a aconsejar que se implemente una modalidad de contacto con mayor continuidad y fluidez.

En este aspecto, es importante diferenciar lo que es el derecho a ser oído del niño y la recuperación de esa voz a través de terceros, que median entre el niño dice y el Juez.

Sin embargo en el caso concreto y de conformidad al principio de autonomía progresiva, el informe de la psicóloga aparece como una pieza importante teniendo en cuenta que a esa edad una forma de "hablar" con el niño es a partir de su observación en distintos ámbitos y a través de profesionales cuya competencia reside en una capacidad de escucha especialmente entrenada.

Al respecto he tenido ocasión de señalar: "Me preocupa, para insistir, que el juez prefiera satisfacer sus propias convicciones de vida, antes que las del niño –a quien desde luego, asignará escaso papel en esa determinación, y bajo poder decisional. Acá es donde, me parece, la prueba técnica tiene un rol importante que jugar. Esa prueba debería ser la base, junto a la opinión del niño, sobre la cual el juez fundará su decisión, Y sobre lo cual deberá hacerse cargo. Quiero insistir en que la prueba técnica, típicamente conocida como prueba pericial, no debe remplazar la labor del juez. Sino, cosa distinta, elevar la carga argumentativa de éste- haciendo que las cosas sean más difíciles para el juez que quiera ver sus propias convicciones satisfechas."

("Razonamiento judicial y derechos del niño: de ventrílocuos y marionetas" Domingo Lovera Parmo – Justicia y Derechos del Niño N° 10 - pág. 56 y sgtes. UNICEF Cono Sur en www.UNICEF.org.ar). ("DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y ADOLESCENTE S/ INC. DE APELACIÓN E/A64858/14.-", (Expte. Nº 607/2014)-Sala II-24/9/2014)

Asimismo señalábamos en el caso: "Es claro que su participación y su voz no resultarán vinculantes para el Juez, como no los son ni las alegaciones de un actor o un demandado en un proceso de índole patrimonial, pues el Juez en definitiva deberá decidir teniendo en mira el interés superior del niño -que podrá o no coincidir con el interés individual del niño que se trate, pero lo que a esta altura no podemos ignorar –so pena de incurrir en graves responsabilidades de orden internacional por violación a Tratados Internacionales, es que lo que el niño tenga para decir debe formar parte de la decisión jurisdiccional que se tome cuando lo que se afecta son derechos de los cuales él es titular y tiene derecho a ejercerlos conforme los criterio de autonomía progresiva."

Así: "Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la

invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista. El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior…. Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón." ("Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes" Ricardo Pérez Manrique - pág. 249 - en Justicia y Derechos del Niño n° 8 www.unicef.cl).

En el caso de autos entiendo que dichas circunstancias fueron tenidas en cuenta, pues la ampliación del régimen se dispuso en función de la valoración de lo desarrollado durante las entrevistas vinculares en las cuales se logró observar la persistencia del vínculo y la ausencia de riesgos en profundizar la relación entre la niña y su mamá.

En cuanto al interés superior del niño, entendido como la satisfacción integral de sus derechos, la decisión adoptada es respetuosa de la pauta señalada pues propone intensificar la vinculación con la madre, y ello que implica a su vez la posibilidad de entablar relación con sus hermanos quienes forman parte de su familia.

Asimismo, al disponer que el régimen sea transitorio y luego de tres meses de cumplimiento se reevalúe también resulta prudente en relación a resguardar los deseos de la niña.

En ese sentido destaco que, en definitiva la decisión apelada no resuelvió reintegrar a la niña a su madre sino resguardar el vínculo con ésta, vínculo que según surgiera de las entrevistas realizadas en el Gabinete Interdisciplinario, subsiste pese al tiempo que no tuvieron contacto, destacando asimismo que no existen indicadores que permitan valorar riesgo en la relación entre ambas.

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. 33/34 en todo lo que ha sido materia agravios.

II.- Imponer las costas por la actuación en la presente instancia a la demandada perdidosa (art. 69, CPCyC), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dr. Federico Gigena Basombrío - Dra. Patricia M. Clerici

Dra. Micaela S. Rosales – SECRETARIA

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

"BARATELLI CARRIZO GLADYS BEATRIZ C/ NATUREL S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 505414/2015) – Interlocutoria: 107/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DESPIDO. PRESCRIPCION LABORAL. PLAZO DE PRESCRIPCION. SUSPENSION DEL CURSO DE LA PRESCRIPCION. INTERPELACION FEHACIENTE.

Corresponde revocar el resolutorio de grado y rechazar la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, pues si bien es cierto que el derecho de la actora a percibir las indemnizaciones y demás rubros salariales que son consecuencia de la ruptura del contrato de trabajo nació en el momento que puso en conocimiento su despido, nada impide que contemporáneamente intime por el pago de otros conceptos derivados de las cuestiones que allí introduce y que luego aquí reclama (reparación por IPP permanente y gastos médicos, farmacéuticos y de traslado); configurándose, entonces, su responde en una verdadera

interpelación eficaz para producir la suspensión de la prescripción por el término de un año, según lo dispuesto en el párrafo segundo del precepto señalado -art. 3986 de la normativa de fondo-.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de Marzo del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARATELLI CARRIZO GLADYS BEATRIZ C/ NATUREL S.A. Y OTRO S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA3. EXP Nº 505414/2015), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- Mediante la resolución de fs. 215/216 vta. el a quo rechaza la excepción de incompetencia planteada por la parte demandada, con costas a su cargo, y hace lugar a la excepción de prescripción opuesta por la misma parte, con costas a cargo de la actora.

Contra esta decisión las partes y las letradas de la accionada plantean recursos de apelación.

a) La demandante a fs. 221/223, en relación al conteo que efectúa el magistrado para determinar que la acción se encuentra prescripta, explica que si bien la primera manifestación invalidante aconteció el día 22 de mayo de 2012 y que la demanda fue presentada el día 30 de abril de 2015, ha cursado telegramas mediante los cuales reclamó a la empleadora respecto del despido arbitrario e intempestivo con fecha 21 de junio de 2012, al mismo tiempo que informó y reclamó la atención de la patología que se le detectara por crisis nerviosa y estrés laboral por presunto maltrato laboral.

Es así que por aplicación del art. 3986 del Código de Vélez la prescripción quedó interrumpida por una sola vez y por un año.

Hace reserva del caso federal y peticiona la revocación del resolutorio en tal sentido.

b) Por su parte la empleadora a fs. 226/228, cuestiona la imposición de costas las que considera deben fijarse por su orden, en tanto una de sus defensas prosperó, a más del silencio de la actora al respecto y la falta de acogimiento de la demandada.

c) Finalmente, las letradas que representan a la parte demandada introducen recurso arancelario por considerar bajos los honorarios regulados, destacando que debió utilizarse como piso regulatorio el monto de demanda, y aplicarse los arts. 7, 20, 21 y 35 de la ley 1594.

II.- Ingresando al análisis de los agravios que hemos tratado de sintetizar, comenzaremos por los de la trabajadora.

En efecto, su queja radica en no haberse tomado el intercambio epistolar efectuado antes de iniciar esta acción como interruptivo del plazo de prescripción liberatoria.

Previo a ello, y en punto a la legislación aplicable al caso, coincidimos con la apelante en cuanto cita la normativa aplicar y bajo la cual corresponde resolver la cuestión, que no es otra que la contenida en el Código de Vélez, ya que en virtud del juego armónico de los arts. 7 y del CCyC y art. 3 de ese cuerpo, rige el principio de irretroactividad de la ley, excepto disposición en contrario, no surgiendo norma expresa de aplicación en tal sentido al caso que nos ocupa.

Sentado ello, si bien la LCT legisla un modo específico de interrupción de la prescripción (art. 256), no se discute que pueda también aplicarse el instituto de la suspensión de la prescripción establecido en el art. 3986 de la normativa de fondo.

Esta última norma requiere para que se suspenda el plazo de la prescripción, de la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. No juega aquí la mora automática, sino que, si o si, se necesita de la interpelación fehaciente del deudor.

Mediante telegrama obrero de fs. 10, la trabajadora rechaza el despido notificado por discriminatorio, arbitrario, intempestivo y persecutorio, denunciando una serie de eventos entre los que se incluye una enfermedad derivada del presunto maltrato laboral, entre otras cuestiones.

Si bien es cierto que el derecho de la actora a percibir las indemnizaciones y demás rubros salariales que son consecuencia de la ruptura del contrato de trabajo nació en el momento que puso en conocimiento su despido, nada impide que contemporáneamente intime por el pago de otros conceptos derivados de las cuestiones que allí introduce y que luego aquí reclama (reparación por IPP permanente y gastos médicos, farmacéuticos y de traslado); configurándose, entonces, su responde en una verdadera interpelación eficaz para producir la suspensión de la prescripción por el término de un año, según lo dispuesto en el párrafo segundo del precepto señalado.

Alberto Bueres y Jorge Mayo (“Aspectos generales de la prescripción liberatoria” en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal Culzoni, T. 22, pág. 347) señalan, con cita de Araúz Castex, que la suspensión de la prescripción equivale a la paralización transitoria de su curso por motivos, contemporáneos o posteriores a su comienzo, establecidos por la ley. Lo

importante, entonces, es el acaecimiento del hecho que la ley ha establecido como causal de la suspensión de la prescripción, sin importar si aquél sucede juntamente con el nacimiento del derecho o a posteriori de éste.

Por otra parte, esta interpretación que se realiza de la constitución en mora a la que refiere el art. 3986 del Código Civil es la que más sea adecua a la pauta interpretativa brindada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de prescripción, y que alude al carácter restrictivo de ésta y a que, en caso de duda, ha de estarse por la interpretación más favorable a la subsistencia de la acción.

Consecuentemente, siendo que el despido fue notificado con fecha 11/6/2012 (fs. 39/40), habiéndose suspendido el plazo de la prescripción el día 21/6/2012 (fecha de recepción del TLC, fs. 11), esta suspensión se extendió por el plazo de un año, por lo que el plazo se reanudó el día 21 de junio de 2013. Por ende, a la fecha de interposición de la demanda (30 de abril de 2015, fs. 112 vta.) la acción no se encontraba prescripta.

En mérito a lo expuesto, corresponde revocar el resolutorio de grado, y rechazar la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada.

En atención a la forma en que se resuelve el fondo de la cuestión, el tratamiento de las restantes apelaciones (por costas y honorarios), deviene abstracto.

Las costas de ambas instancias se imponen a la demandada perdidosa (art. 17, Ley 921 y 68, CPCyC).

Los honorarios regulados para el grado se dejan sin efecto cuya regulación, al igual que los de Alzada, se difieren para el momento de contar con pautas a tal fin, en cada instancia. (art. 279, CPCyC; art. 15, ley 1594).

Por ello, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Revocar el resolutorio de fs. 215/216 vta., y en consecuencia, rechazar la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada.

II.- Imponer las costas de la primera y segunda instancias a la demandada perdidosa (art. 17, Ley 921 y 68, CPCyC).

III.- Dejar sin efecto los honorarios profesionales regulados para el de grado y diferir su regulación, al igual de los de Alzada, para el momento de contar con pautas a tal fin, en cada instancia (art. 279, CPCyC; art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"REYES CLAUDIA KARINA C/ VASQUEZ MARCELO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Saña III – (Expte.: 465491/2012) – Sentencia: 24/17 – Fecha: 16/02/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR. LIBROS DEL EMPLEADOR. REGISTRACION DE LA RELACIÓN LABORAL. LEY DE EMPLEO. EMPLEO. MULTA.

1.- Frente al incumplimiento de la expresa intimación que se le dirigiera a la demandada bajo los apercibimientos del art. 21 de la Ley 921, que remite al art. 38, resulta que ante la omisión de acompañar los recibos de haberes y a exhibir libros, registros o planillas obligatorias conforme su calidad de empleador (arts. 52 y 54 LCT), al haber el trabajador formulado declaración jurada de su salario, estimo procedente adoptar el alegado.

2.- Con motivo de la registración irregular del contrato de trabajo o de alguno de sus elementos,

el legislador nacional dictó la Ley 24013 con la noble aspiración de corregir tales situaciones, y no menos, desalentar a que los empleadores eligieran esas alternativas como una manera de reducir sus costos laborales; así a través de sus arts. 8, 9 y 10 estableció multas para el caso de ausencia de registro de la relación laboral o el registro parcial de la misma, por consignar una fecha de ingreso posterior a la real o una remuneración menor a la percibida por el trabajador, a las que denomina "indemnizaciones", estableciendo una equivalencia de la cuarta parte de los salarios no declaradas durante la relación laboral no registrada o de las devengadas hasta que se consignó la fecha del posterior ingreso, o aplicable sobre la diferencia entre la declarada y la realmente pagada, según fuera el caso; a su vez, por su art. 15 agravó las indemnizaciones derivadas del distracto incausado producido dentro de los dos años computados desde que se le cursara el requerimiento.

Texto completo:

NEUQUEN, 16 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "REYES CLAUDIA KARINA C/ VASQUEZ MARCELO S/ DESPIDO POR FALTA DE REGISTRACION", (Expte. Nº 465491/2012), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 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:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 27 de mayo del 2.016 (fs. 208/211), expresando agravios a fs. 215/216.

Argumenta que el juez de grado, incurre en una contradicción porque tiene por probadas las causas del despido entre la que se encuentra la errónea registración de la remuneración, para luego tomar como base de cálculo de las indemnizaciones el salario que figura en el recibo, desconociendo el real denunciado, así como para rechazar las multas de los arts. 10 y 15 de la Ley 24013, sin considerar cuestiones esenciales de prueba y derecho que fueron invocada; agrega que resulta aplicable al caso el art. 38 de la Ley 921 y el art. 140 de la LCT, por no haber la empleadora probado nada respecto del monto o la percepción del haber, cuando de los recibos resulta que se hacía figurar un monto fijo por jornada de trabajo, en vez de un porcentaje variable o comisión por jornada, lo que constituye una irregularidad, resultando dificultoso imaginar que la recaudación diaria de un chofer de taxi sea exactamente la misma en todas las jornadas.

Considera que ha quedado acreditado el monto de la real remuneración que debe computarse tanto para el cálculo de las indemnizaciones como para las multas reclamadas, ello a través de la prueba de testigos respecto al sistema de la liquidación de los haberes por porcentaje de la recaudación que en forma diaria ascendía a $150,00, conforme el convencional del 30% alcanzando un mensual de $3.600, que coinciden con las rendiciones documentadas.

Corrido el pertinente traslado (fs. 217), la parte demandada no contesta.

II.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que llega firme a esta Alzada la relación habida entre las partes y la modalidad de trabajo regidas por el CCT 584/08 que alcanza a la actividad del Servicio de Automóviles de Alquiler con Taxímentro y a los choferes no titulares de vehículo o de licencias que los conducen, denominados "peones de taxi".

Que la sentencia en crisis hace lugar a las indemnizaciones por antigüedad, preaviso, el aguinaldo y vacaciones proporcionales y la multa del art. 80 de la LCT, considerando acreditada la relación laboral, desempeñándose la actora como chofer de taxi, con ingreso el 11.02.2009 y egreso con motivo de la denuncia del contrato por aquella conforme telegrama de fecha 24.06.2011 (fs. 35).

Que como se transcribiera, la actora controvierte el monto del salario, habiendo formulado expreso reclamo bajo denuncia de la suma de $3.500 que estima conforme porcentuales retenidos diariamente, que difiere del consignado en los recibos acompañados, mientras el juez de grado adopta lo consignado para febrero de 2011 $1955,00); cuando tal circunstancia fue materia de reclamo, por consignarse una suma inferior a la percibida diariamente conforme el porcentual del 30% estipulado en el art. 20 del citado CCT.

Que vale recordar que durante la vigencia de la relación laboral, bajo los apercibimientos de los arts. 10 y 15 de la Ley 24013, la

actora denunció que desde el 11 de febrero de 2009 se desempeñaba como peón de taxi con un horario de 7 a 17 hs. de lunes a lunes, con sueldo mensual variable aproximado de $1.800 según últimos recibos y blanqueo parcial en la AFIP mientras que el sueldo mensual efectivamente cobrado era de $3.500 promedio (30% de la recaudación –art. 20 CC citado), señalando que constaba en las planillas de rendiciones diarias que obran en poder de la empleadora, a quien intimó por el plazo de 30 días a que consignara en la documentación laboral el verdadero monto de las remuneraciones bajo apercibimiento de considerarse en situación de despido por exclusiva culpa (fs. 32).

Que a su vez, en los términos del art. 11 de la Ley 24013 denunció las mismas circunstancias al ente recaudador de aportes y contribuciones (fs. 33).

Que al demandar denunció el real sueldo mensual de $3.500 y el procedimiento de recaudación por el que retenía el 30% (fs. 43 y vta), que en los recibos se consignaban parcialmente (fs. 2/27), calculó las indemnizaciones conforme a aquel ingreso (fs. fs. 44vta/46), invocó la aplicación de los arts. 38 de la Ley 921 y 140 de la LCT, y solicitó se intimara al empleador a presentar los libros y registro del art. 52 LCT bajo apercibimiento del art. 55 del mismo cuerpo legal, las planillas de horarios (normales y suplementarias) que exigen los arts. 20 y 21 del decreto 16.115/33, reglamentario de la ley 11.544 de jornada de trabajo, y las rendiciones diarias del taxi durante toda la relación laboral bajo apercibimiento de ley (fs. 46vta).

Que al corrérsele traslado de la demanda, el accionado fue intimado bajo apercibimiento del art. 21 de la Ley 921 (fs. 4854/55), mientras que al tiempo de ejercer su derecho, no acompañó recibo alguno de la relación laboral y negó la totalidad de la documentación aportada por el actor (fs. 57/64).

Que en lo que resulta de interés para el concreto agravio bajo análisis, resulta que uno de los choferes que se desempañaba en el turno nocturno, y le entregaba el taxi a la actora para el siguiente diurno, informa que percibía diariamente entre $140 y $150 (fs. 101), y el otro señala que era entre $350 y $400 por turno, y en la noche un poco menos (fs. 102vta).

III.- Que respecto al principal agravio introducido, en autos se presenta la particularidad de que el haber resulta de aplicar un porcentaje convencional (30%) a la rendición de los ingresos diarios que percibe cada chofer del taxi.

La actora impugna el consignado en los recibos y por los que se realizaron aportes (fs. 158/16), denunciando el real en los términos del art. 38 de la Ley 921 ($3.500,00), mientras que la empleadora no aporta documentación ni registros obligatorios a los fines del cálculo y a los fines de su cotejo.

Que la concurrencia de los antecedentes reseñados habilitan la aplicación del art. 114 de la LCT, cuando establece que: “Determinación de la remuneración por los jueces. Cuando no hubiese sueldo o salario fijado por convenciones colectivas o actos emanados de autoridad competente o convenidos por las partes, su cuantía será fijada por los jueces ateniéndose a la importancia de los servicios y demás condiciones en que se prestan los mismos, al esfuerzo realizado y a los resultados obtenidos”.

Y a fin de cumplir tal atribución, frente al incumplimiento de la expresa intimación que se le dirigiera a la demandada bajo los apercibimientos del art. 21 de la Ley 921, que remite al art. 38, resulta que ante la omisión de acompañar los recibos de haberes y a exhibir libros, registros o planillas obligatorias conforme su calidad de empleador (arts. 52 y 54 LCT), al haber el trabajador formulado declaración jurada de su salario, estimo procedente adoptar el alegado por la suma de $3.500,00.-

Al respecto, mientras la Ley de Contrato de Trabajo en su Art. 55 prescribe que “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”, también por su art. 56 faculta a los jueces a que “En los casos en que se controvierta el monto de las remuneraciones y la prueba rendida fuera insuficiente para acreditar lo pactado entre las partes el Juez podrá, por decisión fundada, fijar el importe del crédito de acuerdo a las circunstancias de cada caso”.

Que sobre el particular se ha indicado: “Aunque los artículos 55 y 56 de la LCT y 165 del Cód. Procesal crean una presunción a favor de las afirmaciones del trabajador y facultan a los magistrados a fijar el importe del crédito de que se trata, ello se debe hacer por decisorio fundado” (conforme CSJN, junio 26-991, en T y SS, 1991-982).

En punto a ello, el monto del salario determinado a partir de un ingreso diario de $150,00 se estima prudentemente ajustado por corresponderse con el que informan los dos testigos citados que se desempeñaban como choferes en el horario nocturno, cuando merma el servicio, particularmente cuando uno de ellos señala que llegaban hasta $350,00 diarios, mientras que del detalle de la AFIP resulta que el propio empleador denunció para el mes de agosto de 2010 un haber bruto de $3.720 (fs. 159).

Por lo expuesto, habrá de receptarse el agravio, y en su mérito calcular los rubros admitidos en la sentencia de grado que llegan firmes conforme la remuneración de $3.500, y justipreciar aquellos de la siguiente manera: Indemnización por antigüedad-preaviso y su SAC: $10.500, $3.500 y $291,66; Vacaciones proporcionales años 2010/2011: $980 ($3.500 % 25 x 7); SAC proporcional 1° Semestre 2011: $1.666,67 y Multa art. 80 LCT: $ 10.500 ($3.500 x 3), haciendo un total de $ 27.438,33.

IV.- Que con motivo de la registración irregular del contrato de trabajo o de alguno de sus elementos, el legislador nacional dictó la Ley 24013 con la noble aspiración de corregir tales situaciones, y no menos, desalentar a que los empleadores eligieran esas alternativas como una manera de reducir sus costos laborales; así a través de sus arts. 8, 9 y 10 estableció multas para el caso de ausencia de registro de la relación laboral o el registro parcial de la misma, por consignar una fecha de ingreso posterior a la real o una remuneración menor a la percibida por el trabajador, a las que denomina "indemnizaciones", estableciendo una equivalencia de la cuarta parte de los salarios no declaradas durante la relación laboral no registrada o de las devengadas hasta que se consignó la fecha del posterior ingreso, o aplicable sobre la diferencia entre la declarada y la realmente pagada, según fuera el caso; a su vez, por su art. 15 agravó las indemnizaciones derivadas del distracto incausado producido dentro de los dos años computados desde que se le cursara el requerimiento.

A su vez, para su procedencia, el legislador estableció como requisito la intimación del trabajador dirigida al empleador para que cumpla con la correcta registración, y a continuación remitirle a la Administración Federal de Ingresos Públicos, copia del requerimiento formulado al empleador, conforme su art. 11.

La finalidad de la ley 24013 ha sido lograr un cambio de conductas y comportamientos en los empleadores para conseguir establecer un sistema organizado y transparente que garantice las relaciones laborales, no su ruptura, por lo que las indemnizaciones que se previeron, no representan otra cosa que el mero estímulo para el trabajador que colabora en la consecución de esas metas (Del voto del Dr. Adolfo Vázquez. La mayoría de los Ministros declaró inadmisible el recurso extraordinario). CSJN F.102.XXXV. "Fernández, Ireneo O.c/ SIPEM SRL y otros" - 16/5/00 – T.323 -P.1118).

Que hallo también razón a la recurrente en cuanto a que, tal como se analizara, aportó prueba y se reunieron los recaudos legales que autorizaron a determinar su real salario en $3.500,00; y así como, haber cumplido con la acreditación de que mientras estaba vigente la relación laboral intimó al empleador y comunicó a la agencia recaudadora su situación irregular, tal como lo ha entendido la doctrina y jurisprudencia mayoritaria (fs. 32 y 33), sin que el obligado haya acreditado el total cumplimiento del reclamo, y a su vez, haberse producido el despido indirecto, lo que hace procedente que se le impongan sus consecuencias, esto es, el pago de las multa prevista en el art. 10 y el agravamiento de las indemnizaciones conforme el art. 15 de la citada Ley 24.013.

A.- Indemnización del art. 10: Equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas y no registradas, que en el caso resulta de computar $107.114,59 devengados desde el 11 de febrero de 2009 hasta el 24 de junio de 2011, restarle el haber bruto que informa la AFIP a fs. 158/160, y que asciende a $ 43.325,97 para dicho periodo, y a la diferencia de $63.788,62 multiplicarla por 25%.

Surge así que lo adeudado por este concepto asciende a la suma de $15.947,15, ello sin perjuicio que en la etapa en que se practique la correspondiente liquidación (art. 51 de la Ley 921) se aplique el reajuste desde la fecha en que comenzó a consignarse indebidamente el monto de la remuneración, tal como lo exige la norma que se aplica.

La circunstancia de que en la liquidación de la demanda se indicara "art. 9" en lugar de "art. 10" de la Ley Nacional de Empleo, no resulta en el caso más que un error formal que no empece a la procedencia de la indemnización reclamada de acuerdo a los hechos invocados. Ello es así puesto que del texto de las misivas remitidas por el trabajador surge claramente que requería la correcta registración de la totalidad de la remuneración en los términos del art. 10 LNE y, además, en la causa se verificó el presupuesto de hecho para declarar viable su procedencia. Consecuentemente, esta circunstancia no se contrapone con el principio de congruencia puesto que la indemnización mencionada fue reclamada claramente y las demandadas tuvieron la oportunidad de defenderse en todo lo relativo a la alegada incorrecta registración de parte de la remuneración del actor (art. 10 de la ley 24.013). CNAT Sala V Expte N° 24.373/08 Sent. Def. N° 73.019 del 31/3/2011 « Sierra, Sebastián Pablo c/ Montajes Eléctricos Case S.R.L. y otro s/ despido" (García Margalejo – Zas).

B.- Agravamiento de las indemnizaciones del art. 15: Comprobado que por los incumplimientos del empleador se derivó el distracto laboral, resulta que la trabajadora accede la duplicación de las indemnizaciones que le hubieren correspondido como consecuencia de aquel: $10.500, $3.500 y $291,66 (Indemnización por antigüedad-preaviso y su SAC), ascendiendo a la suma de $14.291,66.

El art. 15 de la LNE no dispone que su monto debe ser establecido multiplicando por dos el resultado de la suma de las indemnizaciones por despido, sino que establece que el empleador, en virtud de haber incurrido en la situación prevista en la norma deberá abonar dos veces los importes correspondientes a las indemnizaciones por despido. Esto es, una vez en concepto de indemnización por despido y otra, como consecuencia de que el despido se produjo dentro de los dos años posteriores a que la accionante intimó justificadamente a su empleadora en virtud de lo dispuesto por los arts. 8, 9 y 10 de la ley 24.013" (conf. CNAT Sala VII Expte N° 27.652/09 Sent. Def. N° 43.546 del 29/4/2011 «Bazán, Eliana Lorena c/ Jedvabnik, Patricia Silvia y otro s/despido » (Ferreirós – Rodríguez Brunengo).

V.- Por las consideraciones expuestas, y acogiendo el agravio de la actora, propiciaré al acuerdo revocar parcialmente la sentencia

de grado en punto a la determinación del salario, su cómputo, además de procedente la multa y agravamiento de las indemnizaciones conforme arts. 10 y 15 de la ley 24.013, para elevar el monto de la condena a la suma de $57.677,14.

Dicha suma devengara intereses conforme la mora estipulada en la sentencia de grado que llega firme en este punto, a excepción de aquellos correspondientes a la multa del art. 10 de la Ley 24013 que, conforme se anticipara en el considerando respectivo (IV-A), los que se calcularán conforme la forma allí prevista.

VI.- Que manteniendo la condena en costas a la demandada vencida, se habrán de dejar sin efecto los honorarios regulados en la sentencia de grado, debiéndose cumplir una nueva conforme el resultado que arroje la planilla que se practique en el juzgado de origen (art. 51 Ley 921), manteniendo los porcentajes utilizados en el anterior cálculo, mientras que los de Alzada para los letrados de la accionante se fijan en el equivalente al 30 % de aquellos, y en el 25% para el letrado de la parte demandada (arts. 6, 7, 9, 10, 37 y 15 L.A.).

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. 208/211 vta., elevando el monto de condena a la suma de PESOS CINCUENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SIETE, CON CATORCE CENTAVOS ($57.677,14), con más los intereses conforme la mora estipulada en la sentencia de grado, a excepción de aquellos correspondientes a la multa del art. 10 de la Ley 24013 que, conforme se anticipara en el considerando respectivo (IV-A), los que se calcularán conforme la forma allí prevista.

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 del art. 51 de la ley 921, manteniendo los porcentajes utilizados en el anterior cálculo.

3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 17 Ley 921).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% a los letrados de la actora y en el 25% al letrado de la demandada, 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

"BELLO DANIEL C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ COBRO DE SEGURO –LEY 24240-" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 506906/2015) – Sentencia: 27/17 – Fecha: 21/02/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguro.

SEGURO COLECTIVO. SEGURO COLECTIVO DE VIDA OBLIGATORIO Y ADICIONAL. NATURALEZA JURÍDICA. INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE. DENUNCIA DEL SINIESTRO. INTERPRETACION DEL CONTRATO. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. ORDEN PÚBLICO. COBERTURA DEL SEGURO.

1.- Es insoslayable el cumplimiento efectivo de la normativa legal por parte de la aseguradora atento su naturaleza profesional y de contratante que lucra con una institución comercial que tiene un trascendente rol social, especialmente, cuando hablamos de seguro colectivo, y mucho más si tenemos en cuenta la suscripción de contratos de adhesión. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

2.- Corresponde revocar la sentencia que rechazó la demanda entablada, mediante la cual pretendía que la demandada le liquide correctamente el seguro por incapacidad contratado por su cónyuge, pues está legalmente justificado que se debe liquidar el beneficio conforme el haber del mes de marzo de 2014 atendiendo a que fue mediante la nota del día 10 de dicho mes y año que se le notifica al actor que se procedería a liquidar el siniestro, cuando antes la aseguradora, en todas sus comunicaciones se había expresado rechazándolo, suspendiendo y manteniendo la suspensión de los términos para hacerlo a cuyo fin invocaba los arts. 46, 56 s.s. y cc. de la L.S. (fs. 15, 16, 17, 18 y 19). Ello así, toda vez que prretender luego que la consolidación de la incapacidad aconteció con anterioridad y con motivo de la intervención del JUCAID, implica una severa distorsión de los motivos argumentados que se encuentra vedada por el art. 56 L.S., significando que lo que no fue oportunamente introducido ha sido aceptado por la aseguradora, porque de otra forma se afectaría el derecho de defensa, (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

3.- Si nos encontramos ante un seguro colectivo de vida (obligatorio y adicional) que tiende a proteger al individuo de las contingencias propias de la existencia individual (muerte/incapacidad absoluta), y la trabajadora (demandante), posee una incapacidad absoluta y durante su vida laboral efectuó los aportes correspondientes para ser acreedora de los beneficios que reclama, el apego literal a las cláusulas de la póliza equivaldría a poner en peligro el logro del propósito tuitivo del seguro de vida y su adicional reclamados, por lo que resulta aplicable la Ley 24.240, cuyo carácter de orden público imperativo (Art. 65) se encuentra por encima de las convenciones privadas. Máxime cuando, como sucede en esta causa, el apego a la literalidad del contrato nos conduciría, además, al dictado de una decisión arbitraria y carente de sustento en las constancias de autos. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

4.- Cabe la confirmación del fallo de la instancia de grado que rechaza la demanda por liquidación correcta de un seguro por incapacidad, toda vez que el recurrente no logra destruir las vigas maestras de la sentencia, y sus planteos tuvieron certera respuesta en la anterior instancia, al considerar el sentenciante que el actor no cuestionó un ejercicio abusivo de la facultad que el artículo 46 le otorga a la aseguradora, y fue él quien aportó a ésta el certificado que daba cuenta que a julio de 2013 estaba total y permanentemente incapacitado, de lo que se sigue que el salario base para el cálculo de la indemnización es el vigente a ese momento, cuyo pago debía de hacer vencido el plazo del artículo 49 computando para ello que la demandada ejerció la facultad del artículo 46. (del voto del Dr. Ghisini, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de febrero de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BELLO DANIEL C/ SANCOR COOP. DE SEGUROS LTDA. S/ COBRO DE SEGURO –LEY 24240-” (Expte. Nº 506906/2015) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo 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.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce fs. 294/300 vta., rechazó la demanda entablada por Daniel Bello, mediante la cual pretendía que la demandada le liquide correctamente el seguro por incapacidad contratado por su cónyuge. En consecuencia, le impuso las costas en atención a su condición de vencido.

Para así resolver sostuvo que en el caso no medió una situación de mala fe contractual de la demandada que merezca ser corregida, sin evidencias de desequilibrio en la relación jurídica que deban de ser compensadas con una interpretación tuitiva de quien se encuentra con mayor vulnerabilidad en esa vinculación.

Esa sentencia es apelada a fs. 302 por la parte actora.

II.- Agravios de la parte actora (304/307)

En primer lugar, considera que en la sentencia se hizo una errónea interpretación del derecho, ya que se rechazó la demanda por considerar que el contrato y, en su caso, el pago de la indemnización prevista en la póliza debe interpretarse por las disposiciones de la Ley de Seguros, y en ningún momento se hace aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor ni del Código Civil y Comercial.

Sostiene, que el salario que debió tomarse como base para efectuar la liquidación es el correspondiente al momento de efectuarse el pago (marzo de 2014), pues en esa oportunidad la aseguradora comprobó la incapacidad; o en caso contrario, interpretando su conducta bajo el principio de la buena fe, debió abonar antes si consideraba que en el mes de julio de 2013 se había comprobado la incapacidad con el certificado de JUCAID.

Aduce, que para su parte la incapacidad se había consolidado al año de la fecha del accidente y por tal motivo debía considerarse el sueldo correspondiente al mes de enero de 2014, pues en la Ley de Riesgos del Trabajo N° 24.557-, en sus artículos 7, 8 y 9, esto ocurre luego de transcurrido un año desde que se presenta la primera manifestación invalidante, cesando la incapacidad laboral temporaria para transformarse en incapacidad laboral permanente con carácter definitivo.

Interpreta, que la accionada desplegó una conducta abusiva y contradictoria, ya que pese a que se otorgó el certificado de discapacidad de JUCAID en julio de 2013, no liquidó el pago aduciendo que requería exámenes médicos, pero luego -pasados 8 meses de aquel suceso– decide que la incapacidad se consolidó en julio de 2013 y abonó conforme el salario base de ese mes.

Refiere, que las cláusulas de la póliza conforme el prisma tuitivo que campea en la norma de orden público y por imperio del art. 7 del Código Civil y Comercial resultan aplicables de manera inmediata al caso de autos.

Afirma, que en la sentencia no se interpretó conforme con el principio de protección del consumidor ni con el sentido más favorable, menos aún los alcances de la obligación menos gravosa. En cambio se aplicó estrictamente el art. 46 de la Ley de Seguros, sin valorar que la conducta de la demandada fue abusiva y, al mismo tiempo, resulta abusiva la cláusula del contrato que brinda la facultad a la aseguradora para determinar a su arbitrio el momento en que tiene por “comprobada” la invalidez o incapacidad del actor.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, el mismo fue contestado por la contraria a fs. 309/317 vta., en donde solicita su rechazo con costas.

III.- De modo preliminar al tratamiento del recurso ensayado por la parte actora, 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 tribunal 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, ingresando al estudio de la cuestión, habré de tratar liminarmente el planteo del rechazo del recurso que peticiona la demandada, en atención a que el recurrente ha introducido extemporáneamente nuevos elementos de juicio, al esgrimir que la aseguradora actuó abusivamente al solicitar información complementaria y al considerar que la cláusula contractual que prevé la facultad de solicitar dicha información resulta abusiva e inoponible al actor.

De la lectura de la expresión de agravios surge que el demandante arrima a esta instancia cuestiones que efectivamente no fueron propuestas al Juez de grado y que no pueden ser consideradas, puesto que en virtud de los límites de la jurisdicción abierta por el recurso -art. 277 del ordenamiento procesal- quedan marginadas de la función revisora de la Alzada, aquellos temas no planteados

en su oportunidad y, por lo tanto, ajenos a los que fueron objeto de debate en la instancia de grado.

La citada normativa reza textualmente en su primera parte: “El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia...” Al respecto, la doctrina y la jurisprudencia se han expedido sobre esta cuestión señalando que “...el tribunal de alzada no realiza un nuevo juicio. En realidad, y en contra de lo que generalmente se supone, se encuentra más limitado que el tribunal de primera instancia. Carece de importancia al respecto que las partes hubieran introducido hechos distintos de los de primera instancia, porque el principio de congruencia, que limitó la sentencia de primera instancia, limitará del mismo modo la de la segunda (CNCiv., Sala F, L.L. fallo 35.858-S). Ésta es una derivación del principio dispositivo que prohíbe a los jueces pronunciarse sobre puntos que no hubieren sido objeto de la controversia, y encuentra expresa consagración en la norma del artículo 277 del Código Procesal” (Falcón, Enrique M. y Colerio, Juan P. “Tratado de derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo VIII, pág. 233, Rubinzal Culzoni Editores, 2009).

En virtud de la apelación, surge la plenitud de la jurisdicción del Tribunal de Alzada, aunque, claro está, respetando las etapas precluidas y la medida del recurso. Esos poderes de la jurisdicción de la alzada quedan enmarcados dentro de las dos grandes vertientes que ofrecen el postulado de congruencia, por un lado, y el sistema dispositivo, por el otro. Se ha precisado en tal sentido, que las potestades de los tribunales de alzada sufren, en principio, una doble limitación: la que resulta de la relación procesal, que aparece con la demanda y contestación –congruencia-, y la que el apelante haya querido imponerle en el recurso –dispositivo-. Es decir, que si bien el recurso contra el pronunciamiento abre la jurisdicción de la alzada a los efectos de resolver sobre la justicia de dicha sentencia (Alsina, Tratado, 2° ed., v. IV, p.228, n° 14); (Podetti, Tratado de los recursos, p. 144, n° 62), en manera alguna posibilita fallar sobre las peticiones formuladas en segunda instancia con prescindencia de las cuestiones planteadas ante el juez de primer grado, pues el tribunal “ad quem” carece de atribución para resolver sobre capítulo alguno que no hubiese sido propuesto a la decisión del inferior. (Códigos Morello, Sosa, Berizonce, 2° ed., tº III, p. 399/400).

Advierto entonces, que en la sentencia de grado, al iniciar el desarrollo de los considerandos, se plantea correctamente la cuestión a decidir, vale decir, si el cálculo realizado por la demandada para liquidar el seguro por la incapacidad del señor Bello fue correctamente realizado.

Y luego de reseñar y analizar las condiciones de la póliza, el informe pericial contable producido en la causa, y todo lo acontecido con anterioridad al inicio de los presentes –trámite ante el JUCAID iniciado por el accionante; denuncia del accidente por su cónyuge ante la aseguradora; la comunicación al seguro de la incapacidad determinada al actor por la Junta Coordinadora para la atención integral del discapacitado; dos notas del demandante a la aseguradora adjuntando documentación que le fuera solicitada; citación de la aseguradora para que se presente a la revisión médica; comunicación del seguro del 7/11/2013, en donde le informa que de acuerdo con la pericia médica realizada, continúa su tratamiento y que para poder analizar el grado de incapacidad se debe aguardar el alta médica definitiva, por lo que suspende los términos para expedirse acerca de sus derechos (fs. 286); la carta documento del apoderado del actor de fecha 25 de febrero de 2014, reclamando el pago del seguro y por tanto su rechazo de aguardar el alta médica definitiva, pues la incapacidad estaba consolidada al haber transcurrido un año desde el accidente y porque la gravedad de las lesiones indican que será total luego de los tratamientos (fs. 276); la respuesta a dicha carta documento, del 10 de marzo de 2014, donde la aseguradora le hace saber que en virtud de lo que surgía de la pericia médica y del año transcurrido desde el accidente, procederían a la liquidación del siniestro; el recibo de pago, del cual surge que el señor Daniel Bello percibió el día 25 de marzo de 2014, el cheque del Banco Macro por la suma de $593562; el reclamo del actor del 4 de julio de 2014, por considerar insuficiente el pago, ya que el sueldo que se debía tomar como base para el cálculo debía ser el de enero de 2014 por la consolidación de la incapacidad, o el de abril del mismo año, tal el momento del pago (fs. 277); y el rechazo de la accionada, con sustento en que la determinación de la incapacidad ocurrió a la fecha del certificado emitido por el JUCAID.

En el caso, más allá del notable esfuerzo del recurrente para revertir la sentencia dictada en la anterior instancia, se aprecia que no expone bases jurídicas contundentes que permitan descalificar los argumentos centrales de la decisión, pues se advierte que efectivamente introduce nuevas cuestiones que no surgen de los términos de la demanda y defensas oportunamente planteadas, por lo que su conocimiento excede la jurisdicción de esta Alzada.

Y, como consecuencia de lo expuesto, no procede tratar las mismas.

Es más en su decisión, la magistrada se plantea: ¿a qué tiene derecho el actor? A que la incapacidad se determine conforme el salario más próximo al pago o más próximo a la determinación de la incapacidad? Y analiza que según los términos del contrato la aseguradora debe hacer el reconocimiento de la invalidez y que comprobada ésta, debe proceder al pago. Agrega: “Si continuamos la lógica del contrato de seguro, el pago debe hacerse en la fecha en la que se determina la incapacidad y a partir de allí se computaría el plazo del pago, pero no surge del contrato que el pago deba hacerse sobre la base del salario más próximo al pago, pues lo que correspondería en esos casos de pago demorado en el tiempo es que deberían de adicionársele los intereses y no que

se tome un salario base diferente a aquél de la época en la que se determinó la incapacidad". Sin embargo, esto último no fue objeto de reclamo en autos.

Remata: "Si para el propio actor la incapacidad estaba determinada desde ese certificado emitido por JUCAID, pues a esos fines es que lo presentó ante la aseguradora, su derecho a percibir la indemnización nació en ese momento y no con posterioridad, pues en aquella oportunidad ya estaba determinada la existencia de una incapacidad que sería irreversible. Luego de esa presentación, la aseguradora ejerció el derecho que le acuerda el art. 46 de la ley 17418, al requerirle la presentación de documentación médica y de la causa penal, lo que consintió el señor Bello..." (el destacado es propio).

"Con ello quiero significar que el señor Bello no cuestionó un ejercicio abusivo de la facultad que el artículo 46 le otorga a la aseguradora, y fue él quien aportó a ésta el certificado que daba cuenta que a julio de 2013 estaba total y permanentemente incapacitado, de lo que se sigue que el salario base para el cálculo de la indemnización es el vigente a ese momento, cuyo pago debía de hacer vencido el plazo del artículo 49 computando para ello que la demandada ejerció la facultad del artículo 46, sin ninguna objeción del actor".

De manera, que el recurrente no logra destruir las vigas maestras de la sentencia, y sus planteos tuvieron certera respuesta en la anterior instancia; pretendiendo además que sean atendidas las nuevas cuestiones que trata de introducir; reitero, sin interpretar el razonamiento efectuado por la A-quo en su sentencia, ni efectuar, en consecuencia, un ataque concreto y razonado que resulte atendible en esta instancia.

IV.- Por lo expuesto y en virtud de lo prescripto por los artículos 265, 266 y 277 del Código Procesal, propicio que el recurso interpuesto se declare desierto; confirmándose, en consecuencia, el fallo atacado. Con costas de Alzada a cargo del apelante vencido, debiéndose regular los honorarios de los profesionales de conformidad con las pautas establecidas por el art. 15 de la Ley de Aranceles.

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede y a propiciar al acuerdo que se revoque la sentencia de grado, haciéndose lugar parcialmente a la demanda y condenar a la aseguradora a abonar la diferencia de la suma asegurada reclamada por el actor de pesos $163.966,29, con más sus accesorios y costas.

II.- Que como bien reseña la a quo, no existe controversia respecto a la existencia del accidente generador de la minusvalía acaecido el día 14-01-2013 mientras el actor conducía una motocicleta por la ruta y es embestido por un vehículo, ni acerca de las condiciones contractuales del seguro adicional de vida colectivo que se encontraba vigente al suceder aquel que llevó a la incapacidad total y permanente, que fuera equiparado por la propia aseguradora al supuesto de pérdida de la vida, reduciéndose la cuestión a decidir a si es correcta la determinación del beneficio por la última, que en el caso importaba el pago del equivalente a 20 sueldos según información del empleador de la cónyuge, que era quien recibía el descuento de la prima de sus haberes, cuando unilateralmente adoptó el percibido en el mes en que se expidió la Junta Evaluadora y Central de Neuquén JUCAID el 23 de julio 2013 y otorgó el Certificado Único de Discapacidad (fs-21 $29.677, 94 y 55), todo ello cuestionado por el beneficiario que demanda la diferencia conforme el cálculo conforme del valor liquidado al mes en que se efectuó el pago (Marzo/2014- $37.876,41 - fs. 23 y 20) o en su caso, el de consolidación del daño, al cumplirse un año del episodio, cuando cesó la incapacidad temporaria (enero/2014 = $36.370,70 - fs. 22).

Que a su respecto recordar que en la póliza agregada a fs. 41/51, donde se identifica al actor como asegurado y beneficiario, se describe el riesgo asegurado como "Seguro de Vida Colectivo" y la Cobertura: Muerte, Muerte Accidental e indemnizaciones parciales por Accidente, Incapacidad Total y Permanente por Enfermedad y Accidente, Enfermedades Críticas y Transplantes, con un Plan Optativo "B" donde se detalla la Cobertura Básica por muerte, y la Cobertura Adicional por Muerte Accidental e indemnizaciones Parciales por Accidente, Incapacidad Total y Permanente por Enfermedad y Accidente, Trasplante (Capitales según Módulos) y Enfermedades Críticas, con Capitales Asegurados equivalentes a "Múltiplos de 20 sueldos según información enviada por el tomador" (fs. 41).

Que sobre el punto controvertido, el contrato contiene la Cláusula 23º de las Condiciones Generales –Anexo A- bajo el título "Liquidación" prescribiendo que "Cualquier liquidación que corresponda en cumplimiento de las obligaciones contraídas por la Aseguradora en esta póliza, será efectuada en su domicilio después de presentados los documentos que acrediten el derecho de los reclamantes, quienes deberán suministrarlos a su exclusivo cargo", agregando en párrafo final la obligación de suministrar cualquier información para verificar la extensión de la prestación y la de permitir las indagaciones necesarias a tal fin (fs. 44).

Luego, en el Anexo CD, denominada Cláusula Adicional Indemnizaciones Adicionales por Accidente, respecto al "RIESGOS CUBIERTOS" dicta que La Aseguradora concederá el beneficio que acuerda esta cláusula al Asegurado que sufra las

consecuencias de lesiones corporales producidas directa y exclusivamente por causa externas, violentas y fortuita, ajenas a toda otra causa e independientes de su voluntad experimentadas dentro de los ciento ochenta (180) días del suceso o accidente, siempre que éste ocurra durante la vigencia del seguro y antes de que haya cumplido sesenta y cinco (65) años de edad. Se excluyen expresamente los casos que sean consecuencia de enfermedades o infecciones de cualquier naturaleza" (art. 1º), fijando como "BENEFICIO" que "La seguradora, comprobado el accidente, abonará al Asegurado o al beneficiario instituido el porcentaje del capital asegurado" según la escala que detalla que incluye la pérdida de la vida (art. 2º - fs. 47), mientras que bajo la denominación "TERMINACION DE LA COBERTURA, se establece que "La cobertura del riesgo de accidente prevista en esta cláusula, cesará en las siguientes circunstancias: a)A partir del momento en que el Asegurado haya recibido, por aplicación de esta cláusula, indemnizaciones equivalentes al capital asegurado; … c)Al producirse la invalidez total y permanente del Asegurado …" (art. 7º - fs. 47vta).

El marco jurídico se integra en la materia con el art. 49 L.S. cuyo segundo párrafo estipula que en los seguros de personas el pago se hará dentro de los quince días de notificado el siniestro, o de acompañada, si procediera, la información complementaria del artículo 46 L.S., párrafos segundo y tercero, donde se le impone al asegurado suministrar a la aseguradora "la información necesaria para verificar el siniestro o la extensión de la prestación a su cargo y a permitirle las indagaciones necesarias a tal fin", y "prueba instrumental en cuanto sea razonable" que el primero la aporte.

Que la Resolución 30.729/2005 de la Superintendencia de Seguros de la Nación (27/9/2005), que contiene el "Reglamento del Seguro Colectivo de Vida Obligatorio Decreto Nº 1567/74", respecto a la "LIQUIDACION DEL SINIESTRO" impone en su art. 15 que "La aseguradora deberá requerir al tomador que acredite haber notificado fehacientemente a los beneficiarios de la existencia del beneficio, al momento de producirse el siniestro, en el último domicilio que el asegurado tenga registrado. Si por cualquier causa la designación se haga ineficaz o quede sin efecto se estará a lo reglado por los artículos 53º y 54º de la Ley Nº 24.241. En esta notificación se deberá especificar el monto del beneficio, así como que su cobro puede efectuarse personalmente. En caso de requerirse el cobro a través de mandatarios se requerirá al efecto un Poder Especial en el cual se deberá especificar concepto y monto del beneficio. Los aseguradores liquidarán el siniestro de los seguros en vigencia una vez que cuenten con los siguientes elementos: 1. Partida de Defunción del Asegurado; 2. Constancia de CUIL del trabajador y de su incorporación a la nómina de empleados del tomador-empleador o declaración de Alta Temprana de AFIP; 3. Copia certificada por el empleador del último recibo de haberes como así también copia certificada por el empleador del último recibo de haberes firmado por el empleado fallecido; 4. Formulario de Designación de Beneficiarios; 5. En caso de no existir designación de beneficiario/s o si por cualquier causa la designación se tornara ineficaz, o quede sin efecto, se estará a lo reglado por los Artículos 53º y 54º de la Ley Nº 24.241, debiendo presentar copia autenticada de la documentación que acredite tal condición; 6. Si los beneficiarios son incapaces, la documentación que acredite quien ejerce su patria potestad, tutela o curatela. Completada la documentación indicada, el Asegurador tendrá 15 (quince) días corridos para efectuar el pago del beneficio".

Finalmente, el artículo 56 de la ley 17.418 establece expresamente que: "El asegurador debe pronunciarse acerca del derecho del asegurado dentro de los treinta días de recibida la información complementaria prevista en los párrafos segundo y tercero del art. 46. La omisión de pronunciarse importa aceptación." (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 902, 919, 944 y 1.198 del Cód. Civil; 1, 11, 12 y 46 de la ley 17.418; y 163 y 356 del Cód. Procesal).

Que de la documental aportada, resulta que denunciado el accidente el 19.02.2013 (fs. 6), el 25.07.2013 el actor aporta la mencionada certificación de discapacidad y pone a disposición documentación vinculada con el siniestro (fs. 7) y el 08.08.2013 se le responde, requiriendo otros instrumentos, con el agregado de que se suspendían "los términos para expedirnos acerca de sus derechos hasta que contemos con la información querida en el párrafo anterior" (fs. 15), reeditándola el 11.09.2013 e invocando los arts. 46 y 56 L.S. (fs. 16).

Por nota del 01.10.2013 el actor aporta documentación (fs. 8), recibiendo como respuesta el pedido de "Copia del sumario policial incluyendo informes toxicológicos", e invocando la misma suspensión (f.16); respondido el pedido (nota del 31.10.2013 - fs. 9), luego, por comunicación fechada el 15.10.2013 la aseguradora insiste con el pedido anterior (fs.17), y el 25.10.2013 le comunica que "a los efectos de determinar el real estado de invalidez" fijó la realización de una revisión médica para el día 31.10.2013 en su "Asesoría Médica" (fs. 18), informándole con posterioridad, el 07.11.2013, que la última, en base a la pericia realizada ratificó que aún continúa con tratamiento médico, y que para analizar si el grado de incapacidad que pudiera padecer lo incapacita de manera total y permanente, resultaba indispensable la presentación del Alta Médica Definitiva; manteniendo suspendido los términos para expedirse (fs. 19).

Finalmente, el actor por carta documento del 21.02.2014 intima bajo apercibimiento de iniciar acciones, para que en 5 días se determine el grado de incapacidad total y permanente y el pago del beneficio, destacando haber transcurrido un año desde el

siniestro y que se trata de un contrato de consumo (fs. 10).

En respuesta del 10.03.2014 la aseguradora le informa que "En virtud de la pericia médica realizada oportunamente y debido que ha transcurrido más de un año desde la fecha del accidente sufrido por Ud., procederemos a liquidar el siniestro por la cobertura de incapacidad Total y permanente por Enfermedad y Accidente", solicitándole cumplimente documentación que incluía "presentar copia de los recibos de sueldo correspondiente a los últimos 3 meses" (fs. 20), y a continuación, el 25.03.2015 emite comprobante de pago por la suma de $593.562,00.

Luego, ante la intimación del pago de la diferencia aquí reclamada (fs. 11), la demandada por carta documento responde: "Informamos que esta asegurador una vez realizadas las comprobaciones de cobertura, procedió a abonar la indemnización correspondiente al siniestro 173081650 de acuerdo a la suma asegurada vigente a la fecha de consolidación de su incapacidad según certificado de discapacidad ley 24901 emitido el 23-07-2013 que fuer remitido oportunamente." (fs. 12).

III.- Que reuniendo el agravio los recaudos mínimos del art. 265 del CPCyC, y confrontándolo con el marco fáctico y jurídico expuestos, anticipo que hallo legalmente justificado que se debe liquidar el beneficio conforme el haber del mes de marzo de 2014 atendiendo a que fue mediante la nota del día 10 de dicho mes y año que se le notifica al actor que se procedería a liquidar el siniestro (fs. 20), cuando antes la aseguradora, en todas sus comunicaciones se había expresado rechazándolo, suspendiendo y manteniendo la suspensión de los términos para hacerlo a cuyo fin invocaba los arts. 46, 56 s.s. y cc. de la L.S. (fs. 15, 16, 17, 18 y 19).

Que en primer punto cabe señalar que, si bien resulta confusa la expresión utilizada por el actor al demandar respecto a que el monto a abonar "debió ser aquel que se calculara en base al sueldo liquidado a su cónyuge al momento de efectuarse el pago (marzo de 2014)", a tenor de la documental reseñada antes, la nota citada constituyó la primera oportunidad en que la demandada se expidió acerca del derecho y admite la invalidez total y permanente del actor, anoticiándolo que "liquidaría el siniestro".

Ahora bien, en los términos que plantea el actor, mientras la perseguida definió allí su posición en relación a la cobertura del beneficio solicitado, debe entenderse que de ninguna manera ello puede ser modificado sin entrar en contradicción con sus propios actos y violar la buena fe contractual, ello en relación a la obligación legal y contractual de expedirse e informar con precisión su posición conforme art. 56 L.S. Todo lo que emana de la aplicación concreta y razonada de los principios de buena fe y congruencia, como de las normas y deberes citados.

"1. El principio de la buena fe y el ejercicio no abusivo de los derechos pactados cobran especial relevancia en el marco de los contrato de adhesión en general y de los contratos de seguros en particular. Tal como lo afirma Halperin en su obra de seguros, los principios de la buena fe contractual hallan una aplicación más frecuente y rigurosa en el contrato de seguros debido a su naturaleza y a la posición especial de las partes. 2. La exigencia del artículo 1198 del Código civil de observar una conducta de buena fe (esto es, funcional, no abusiva, una conducta no reñida con los fines éticos, sociales y económicos de las prerrogativas o facultades jurídicas y de los derechos subjetivos) se acentúa especialmente en la fase de cumplimiento del contrato por parte del asegurador en el contrato de seguros, atendiendo al estado de necesidad o apremio del asegurado." "1. En atención a las obligaciones impuestas al asegurado de efectuar la denuncia del siniestro en plazos apremiantes y términos explícitos para proceder a la verificación del siniestro, pesa sobre la aseguradora el deber de indicar la causa de su determinación de no prestar la cobertura consecuente al contrato y al siniestro. El deber impuesto por el artículo 56 de la Ley de Seguros, no puede ser entendido como limitado a una simple negación o aceptación de la responsabilidad, ya que de haber querido ello el legislador, no habría sido necesaria la redacción de dicho artículo en su texto actual sino que hubiera bastado con que cumpliera el asegurador con las obligaciones asumidas o, simplemente, en el caso de que fuera demandado, que invocara el incumplimiento del contrato o la contravención de la Ley de Seguros por parte del asegurado.

2. El referido artículo 56 de la ley de Seguros, evidentemente, ha sido introducido para asegurar el cumplimiento leal y de buena fe del contrato de seguro y para señalar una etapa en el proceso de cumplimiento en la que se deberá dejar bien en claro si se asume la responsabilidad, aun cuando pudieran existir infracciones por parte del asegurado, determinantes de la pérdida de su derecho. Consecuentemente con lo expresado precedentemente entendemos que el asegurador debe dar una explicación clara e inteligible de su declinación de responsabilidad, dado que dicha conducta se corresponde con las obligaciones impuestas al asegurado previamente; la obligación de manifestarse no queda satisfecha con una escueta negación y al no explicar el asegurador el motivo que cree lo exonera de pagar, no podrá el asegurado demostrarle su error para lograr el resultado del contrato, ni saber a que atenerse antes del eventual juicio."(STJ Entre Ríos, 19.6.97, Alvarez de Albornoz María c. Instituto Autárquico Provincial del Seguro s. sumario, cita p. 412, Rev. Dcho. Priv. Com., Seguros II, Ed. Rubinzal-Culzoni).

Por otra parte, la buena fe que debe presidir la conducta del asegurador en toda la vigencia de la relación, sumada a la regla impuesta por el art. 919 CCiv., impone una explicación coherente al asegurado, pues constituye un deber vigente, cuyo

cumplimiento no admite distinciones. Además de estar sujeto a la grave sanción de aceptación de la responsabilidad correspondiente al siniestro denunciado, en tanto se considere que el art. 56 Ley de Seguros no es más que una particularización de dicha doctrina. La recta razón indica que el sinalagma genético se encuentra integrado con el deber de cumplimiento del contrato exhibiendo la misma buena disposición mostrada por el asegurador al celebrarlo.

Por ello es que el deber legal deviene procedente en todos los casos (sin distinción alguna) en que la decisión tiene que ver con la misma póliza en la que se formula la denuncia del siniestro. Mediando relación asegurativa concreta respecto del bien o de la persona cuyo siniestro se reporta, el incumplimiento del deber de "pronunciarse acerca del derecho del asegurado" (art. 56 Ley de Seguros) -es decir, de manifestarse en lapso determinado sobre la existencia de circunstancias eximentes de la prestación comprometida- siempre traerá como consecuencia la aceptación del siniestro denunciado, porque nada impide que el asegurador renuncie (aun implícitamente, con su silencio) a determinados derechos que favorecen su interés patrimonial en una particular relación de aseguramiento."(conf. Meilij, Gustavo R., Fuente: SJA 11/10/2006 - JA 2006-IV-949; en igual sentido Stiglitz, Derecho de Seguros, t.2, p.281 y ss. Lexis Nº0003/012863, Género: Doctrina, Título: Características de la carga de "pronunciarse" sobre los derechos del asegurado).

Concretamente, en el caso a estudio, entiendo que es insoslayable el cumplimiento efectivo de la normativa legal por parte de la aseguradora atento su naturaleza profesional y de contratante que lucra con una institución comercial que tiene un trascendente rol social, especialmente, cuando hablamos de seguro colectivo, y mucho más si tenemos en cuenta la suscripción de contratos de adhesión.

Asimismo, la norma transcripta no distingue caso alguno, con lo cual resulta improcedente su formulación, máxime en perjuicio de la parte más débil de la relación jurídica, bastando cumplir con la obligación legal de expedirse ante el reclamo en cualquiera de los sentidos, otorgando con ello seguridad a las expectativas o derechos de ambas partes.

Así, habiéndose limitado a manifestar que "En virtud de la pericia médica realizada oportunamente y debido que ha transcurrido más de un año desde la fecha del accidente sufrido por Ud., procederemos a liquidar el siniestro por la cobertura de incapacidad Total y permanente por Enfermedad y Accidente" (conforme Nota del 10.03.2014 - fs. 20) pretender luego que la consolidación de la incapacidad aconteció con anterioridad y con motivo de la intervención del JUCAID (según Carta Documento del 22.07.2014 - fs. 12), implica una severa distorsión de los motivos argumentados que se encuentra vedada por el art. 56 L.S., significando que lo que no fue oportunamente introducido ha sido aceptado por la aseguradora, porque de otra forma se afectaría el derecho de defensa, y particularmente cuando el cálculo recién se justificó mediante la última misiva enviada con posterioridad a la liquidación unilateral que practicara, del que no surge detalle alguno (fs. 24).

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: "Es un deber no sólo formal sino sustancial de la aseguradora el de expedirse en término sobre el derecho de su asegurado. De modo que si con la información administrada por éste la compañía considera que concurre alguna circunstancia prevista en el contrato, que conduzca a suprimir o restringir su obligación, es obligatorio que así lo comunique aquel en tiempo propio, siendo ineficaz todo planteo contemporáneo." (Referencia Normativa: Ley 17418 Art. 56, Cc0000 Tl 9690 Rsd-19-127 S Fecha: 29/11/1990, Juez: Lettieri (sd), Caratula: López De Tatángelo, Norma Y Otros C/ Gallo De Kalhawy, Mabel Y Otros S/ Daños Y Perjuicios, Mag. Votantes: Lettieri - Casarini – Macaya-LDT).

De todas formas, además de no haberlo informado oportunamente al actor, la demandada omitió acreditar en los presentes en base a quá previsión contractual o norma vigente fue habilitada a retrotraer más de un año la determinación del real estado de invalidez del actor, cuando inmediatamente a la recepción del certificado del 23.07.2013, como bien destaca el recurrente, no procedió a liquidar el siniestro, y por el contrario, sucesivamente se expidió por la negativa a concretarlo, invocando para ello las atribuciones que le otorgaba la ley de seguros (arts. 46 y 56) (fs. 15, 16, 17, 18, 19), postergando así el reconocimiento de la incapacidad con requerimientos, fundamentalmente, al exigir una revisión médica, para luego llegar a indicar que le era imposible expedirse sobre su grado, y el carácter de total y permanente (07.11.2013 - fs. 19).

Ciertamente, sostener con posterioridad este argumento que la "consolidación" de la invalidez había acontecido desde aquella certificación de julio de 2013, además de extemporáneo (21.07.2014 - fs. 12), resulta una flagrante e inadmisible contradicción con la ley y sus propios actos, que sanciona el art. 1198 del C. Civil, cuando impone a los contratantes el deber de conducirse de buena fe, al tiempo de su celebración, interpretación y ejecución, y de acuerdo con lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión.

Por su parte, en la citada nota del 10 de marzo de 2014 (fs. 20) nunca se informó al actor ni a la empleadora de su cónyuge que iba a proceder como lo hizo, ni que se ajustaría al antecedente de la certificación de incapacidad del mes de julio de 2013; por el contrario, allí se indica exclusivamente que la procedencia de la indemnización se basaba en "la pericia médica realizada oportunamente" – siendo la única la del 31.10.2013- y el "transcurso de más de un año desde la fecha del accidente", con lo que

situar el episodio con anticipación a ello, como ya se expresara, colisiona con el mandato legal expreso y sus propios actos relevantes.

En este sentido, también constituye una afirmación dogmática sostener que la adjunción de la certificación importó para el actor el reconocimiento de su invalidez a los fines de la determinación de su derecho a la cobertura del seguro contratado, cuando no existe registro de que lo haya invocado en tal sentido en alguna de sus nota e intimaciones; más lo relevante es que ello tampoco lo entendió así la Aseguradora, a tenor de sus sucesivas reservas (arts. 46 y 56 L.S.), ni lo comunicó durante el intercambio epistolar, llegando a omitir su descripción en el cálculo en el Comprobante de pago del beneficio fechado el 25.03.2014 (fs. 24), exteriorizándolo, como ya se señalara, recién en su última carta documento en julio de 2014 (fs. 12).

Mas la imposibilidad de otorgar a la certificación pasada los efectos que le asignó la Aseguradora resulta incluso de los propios actos a través de los que ejecutó el contrato, porque si la consolidación de la incapacidad se hubiera retrotraído al momento en que se emitió aquella, por un lado, la liquidación debió haber incluido los intereses devengados al operar en forma automática la mora, y no los agregó; y al menos, se le imponía disponer la restitución de las sumas que el actor, a través de su cónyuge, había seguido abonando por la cobertura de un riesgo que, de ser como pretende la demandada, no tenía más sentido cubrir en el futuro, en los términos del art. 7 de la póliza.

Así, si la Aseguradora hubiera ejecutado el contrato con el entendimiento que desarrolla en su tardía fundamentación extrajudicial y luego en la defensa que articula en los presentes, esto es que al 23 de julio de 2013 se encontraba consolidada la incapacidad y había nacido la obligación de liquidación del siniestro y abonar el seguro, ello hubiera importado la “terminación de la cobertura” en los términos del inc. c) del art. 7 del Anexo CD de la póliza.

Por ello, abundando sobre la procedencia de la liquidación conforme el haber al momento en que se reconoció la incapacidad y dispuso la liquidación el 10 de marzo de 2014, su justificación no puede ser otra que hasta esa fecha se mantuvo vigente la póliza, tal como lo evidencian los recibos acompañados posteriores a julio de 2013, incluso el del propio mes de marzo de 2014 (fs. 21, 22, 23), donde la Aseguradora sigue percibiendo la prima correspondiente en base a los haberes cobrados por la cónyuge del actor, que en definitiva resulta ser la base a partir de la que se persigue el pago de la diferencia.

Y lo expuesto, en definitiva, es coherente con lo que expresamente le requirió que presente el actor por la Nota del 10 de marzo de 2014: “copia de los recibos de sueldo correspondientes a los últimos tres meses”.

En definitiva, la solución que se propone es compatible con la función tuitiva y de naturaleza alimentaria de los seguros colectivos, que demandan que las reglas de interpretación específicas que le son atinentes favorezcan, en caso de duda razonable, el rechazo al desconocimiento de sus derechos.

En el sentido expuesto, y lejos de resultar aplicables a los presentes la doctrina se la CSJN en los precedentes que cita la demandada, a la relación contractual objeto de la presente causa, seguros de vida colectivos y sus adicionales, nuestro Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en los precedentes “Geliz” y “Ferreyra”, ha sostenido su naturaleza laboral, integrados a la seguridad social, y de consumo, por el que, en el proceso de interpretación de las cláusulas predispuestas -tal como lo he propiciado- debe seguirse un criterio pro homine, por el que se debe estar a la norma más favorable a la vigencia y mayor extensión de los derechos protegidos, así como aplicable el principio pro justicia socialis que reprueba toda exégesis restrictiva de los derechos sociales, al dirigirse a proteger al individuo de las continencia propias de su existencia individual, acorde a su finalidad tuitiva y de naturaleza alimentaria, máxime tratándose de vínculos en que el beneficiario no ha intervenido en su celebración.

Así, es precisa la doctrina sentada por nuestro máximo Tribunal Provincial de Neuquén en “GÉLIZ ANA MARÍA C/ CAJA DE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD” (Expte. Nro. 107 - año 2009- - Acuerdo Nro. 46 02.11.2010), a través del voto del Dr. Massei cuando se refiere a los seguros de vida obligatorio y adicional, y el proceso de exégesis de sus cláusulas a los fines de concretar su objeto:

“ … Se trata de un seguro que debe situárselo dentro del ámbito laboral. Habitualmente se relaciona al seguro de vida colectivo obligatorio, no sólo como un seguro comercial, sino en el otro extremo, esto es, como perteneciente a la esfera de la seguridad social. Y se expresa: “que es un seguro de la seguridad social” (sobre el particular puede verse la doctrina de este T.S.J. sustentada en el Acuerdo 603/99, “Sepúlveda Laura Rosa c/ Consejo Provincial de Educación s/ A.P.A.”). Entiendo que la confusión deriva del carácter social del seguro de vida obligatorio. Pero, en realidad, deben distinguirse los conceptos “seguridad social” y “seguro social”. “La Seguridad Social es el género; el seguro social, la especie es un medio, un instrumento para hacer efectivos los beneficios de la seguridad social” (cfr. Helio J. Zarini, su obra, Constitución Argentina Edit Astrea, 2004, Pág. 74/75). La Seguridad Social tiene un objeto más amplio. Implica una política que supone la creación de instrumentos adecuados para erradicar con carácter general los males sociales y tiende a satisfacer las necesidades de los individuos y no solo de los trabajadores (cfr. Fernández Madrid, Tratado de Derecho Práctico del Trabajo, Tomo II, Pág. 1761, Editorial La Ley, 1990; José M.

Almasa Pastor, Derecho de la Seguridad Social, 5ta. Edición, Pág. 69, cit.aut.y op.cit.). El seguro social, por su parte, satisface un interés social inmediato, dando origen a una relación jurídica regulada por Ley, cuyo objeto es proteger las contingencias propias de la existencia humana. La prestación del asegurador se mide en capitales previamente establecidos que se pagan al beneficiario cuando ocurre el siniestro, encontrándose ausente el espíritu de lucro (cfr.Halperin-Morandi, Seguros Edit. Depalma, segundaedición actualizada, Pág. 69/70, Bs. As., 1983). Su objeto consiste en cubrir toda la gama de contingencias y necesidades que afectan individualmente a un sujeto, pero se proyectan socialmente en sus efectos (cfr. Germán Bidart Campos, Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino, Editorial Ediar, Bs. As., 1986, pág. 429). Similares reflexiones resultan aplicables al seguro de vida adicional contratado en el marco precitado. Ello, habida cuenta que, si las estipulaciones del contrato de seguro colectivo de vida adicional de carácter facultativo o voluntario se hallan vinculadas con el contrato de trabajo, estamos en presencia, sin duda alguna, de un seguro que debe ser situado también dentro del ámbito del derecho laboral, por su innegable finalidad tuitiva y protectora destinada a proteger al trabajador y a sus causahabientes, en caso de producirse el siniestro que dé lugar a la protección del riesgo cubierto. Como dije supra, el vínculo jurídico entre el empleador/tomador con los empleados/adherentes, lo constituye el contrato de trabajo. Esto, sin desconocer que prestigiosa doctrina sostiene, que aun partiendo de esa premisa (vínculo entre empleador y empleados) el contrato de seguro colectivo es autónomo, y como tal, no pierde autoridad, no obstante depender de la celebración del contrato de trabajo, entendiendo que "aunque la relación de empleo sea determinante para acceder a la cobertura de un seguro colectivo no modifica la naturaleza comercial de la relación entre beneficiario y asegurador" (cfr. Stiglitz, Rubén S., "Seguro colectivo de vida", RCyS 2006,107). Así, me enrolo en la corriente que sostiene que el seguro colectivo adicional reconoce la pre-existencia de un contrato de trabajo, y es precisamente, el substractum fáctico –la relación laboral- el presupuesto para concertar una relación contractual que la aseguradora toma como plataforma necesaria para intervenir en el convenio.

"… los seguros colectivos de vida tienen una finalidad tuitiva y de naturaleza alimentaria. Tienden a proteger al individuo de las contingencias propias de su existencia individual. Tampoco hizo mérito de su función social y, por ende, se apartó del principio por el cual, en caso de duda razonable, corresponde rechazar el desconocimiento de los derechos del asegurado, apartándose de la literalidad de los términos contractuales (cfr. Rubén Stiglitz: Seguro colectivo de vida, La Ley online, RCyS 2006-107). Por otra parte, debe tenerse presente que la Ley 17.418 no contiene directivas de interpretación. Sólo consagró en su Art. 11,2° párrafo, lo siguiente: "El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada y fácilmente legible {...}". Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley 24.240 se cuenta con dos directivas específicas de la interpretación de los contratos por adhesión, como los que estamos analizando.

En su Art. 37, la citada ley establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Esta directiva, en una indisimulable finalidad tuitiva del polo débil de la relación, dispone imperativamente que la decisión debe favorecer la posición contractual del consumidor (cfr. Rubén S. Stiglitz, Derecho de seguros, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 609). Reafirma el sentido de mi voto, el carácter de orden público que tiene la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 65). Ésta impuso un orden imperativo que excede y sobrevuela las convenciones privadas, mucho más en el caso de las contrataciones en masa con cláusulas predispuestas. El Máximo Tribunal nacional precisó que el legislador, al disponer que sea de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad. Enfatizando esta idea, la Corte Federal interpretó que los tribunales deben aplicar esta categoría de leyes, aun cuando las partes no lo requieran por cuanto existe un interés de la comunidad toda en que así sea (Pascual E. Alferillo: La función del juez en la aplicación de la ley en defensa del consumidor, La Ley online 02/07/09, con cita de C.S.J.N., S 1455.XLI;RHE "Sociedad Anónima-Dominga B. de Marconetti c. Gobierno de Buenos Aires").

"… De ello surge que los contratos de seguros de vida no pueden ser reglados de modo tal que desnaturalicen y contraríen su función social. De amparar la pretensión de la demandada, consistente en aplicar las limitaciones y exclusiones de cobertura previstas en la póliza, se estaría negando la propia existencia de este instituto de corte netamente social y con expresa consagración constitucional. Y esto se agrava aún más en el caso porque, como se ha referido antes, el seguro colectivo se celebra entre el tomador y el asegurador. El asegurado, a pesar de su condición de destinatario final de la prestación a cargo del asegurador, no interviene ni influye en el contenido contractual, en sus condiciones particulares, ya que, dada la formación del contrato del seguro, jamás participa en la creación de las condiciones generales. Esta nota distintiva de los seguros bajo examen hace que el asegurado sea ajeno a la discusión del alcance de la cobertura, su determinación, su delimitación y, por consecuencia, de las exclusiones de cobertura. Por esto, como en ningún otro riesgo es indispensable que, como mínimo conozca el contenido del contrato y todas las modificaciones que se le introduzcan a través de una información clara y precisa (cfr. Rubén S. Stiglitz, op.

cit.)".

"… III. Sin perjuicio de lo que hasta aquí se ha dicho, cabe agregar que las consideraciones vertidas por la Alzada soslayan que el ser humano es único, que funciona como un organismo total, como una realidad sustantiva con notas constitutivas psico-orgánicas, no divisibles, atributos propios y esenciales de la persona humana. El análisis del Ad-quem, además de transmitir una visión fragmentada, controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén. En efecto, a partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente revisor, al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos sociales (Art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley 24.658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador- nuestro país reafirmó la necesidad de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (cfr. Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema de Justicia, Adriana Tettamanti, en Suplemento Constitucional, La Ley, agosto 2010, páginas 129/vta). Los derechos humanos deben ser interpretados con carácter extensivo, éste es un principio hermenéutico. Y esta interpretación alcanza a todos los derechos humanos sin distinción de categorías, por lo cual descarto que algunos derechos sociales puedan ser operativos y otros programáticos, ya que aceptar tal antagonismo conduciría a permitir que algunos sean efectivos y otros queden reducidos a meras expresiones de deseo. Y en dirección a la operatividad de los derechos sociales para conferirles plena eficacia, Bidart Campos subraya la insistencia normativa en la progresividad y en el perfeccionamiento de recursos que tiendan a su plena efectividad (Cfr. Adriana Tettamanti op.cit. pág 130).

Este ideario del constitucionalismo contemporáneo ha nutrido la jurisprudencia constitucional de nuestra Corte Suprema, en su doctrina judicial en los fallos "Vizzoti", "Aquino", "Milone" y de manera particular in re "Sánchez", en cuanto señala que los tratados internacionales vigentes obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos... (Considerando 3°) (Fallos: 327:3677; 327:3758; 327:4607; 328:2833). Y esta profunda transformación impone que la cuestión sub-examine sea interpretada a la luz de los principios consagrados por los instrumentos internacionales de derechos humanos, los cuales operan como directrices del sistema de derechos sociales. En este orden, adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social (pro justicia socialis) de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana, (pro homine) de progresividad de los derechos y de no regresividad (Confr. Art. 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 26, 29, inc.b-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art. 2.1, 5.2, 51-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 5.2). En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re "Giroldi" señaló: "Que la ya recordada 'jerarquía constitucional' de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (consid. 5°) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, 'en las condiciones de su vigencia' (art. 75, inc. 22, párr. 2°, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2°, ley 23.054)" (Considerando 11). Y es precisamente ese plexo de valores y derechos que resulta de la constitucionalización de los instrumentos de derechos humanos que determina que el intérprete deba [...] seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera fuera la fuente que la suministre, ya sea interna o internacional [...] (cfr. Bidart Campos G., Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, tomo I-A, 2000, Ediar, Buenos Aires, pág. 390, en igual sentido aut.cit en Las Fuentes del Derecho Constitucional y el Principio Pro Homine, publicado en AAVV, El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y Perspectivas, coord. Bidart Campos, G.y Gil Domínguez, A, Ediar, 2011, pág. 13 cit. por Rodolfo Ariza Clérici en "Interpretación Constitucional" Principio Pro Hominis www.círculodoxa.org 2010). En ese mismo orden de ideas se pronunció la C.S.J.N. en la causa "Madorrán", al decir: [...]" Luego, el decidido impulso hacia la progresividad en la plena efectividad de los derechos humanos que reconocen, propia de todos los textos internacionales anteriormente aludidos y muy especialmente del mencionado Pacto (art. 2.1 [...] sumado al principio pro homine, connatural con estos documentos, determinan que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana. Y esta pauta se impone aun con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales..." (Fallos 330:1989 (Consid. 8°). En definitiva, el principio pro homine como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la

interpretación más acotada, cuando se trate de restricciones de derechos. A su vez, el principio in dubio pro justicia socialis fue reconocido y definido por la C.S.J.N., ya en 1974 en el caso "Bercaitz" al reprobar toda exégesis restrictiva de los derechos sociales y sostener:... Y como esta Corte lo ha declarado, 'el objetivo preeminente´ de la Constitución, según expresa su preámbulo, es lograr el bienestar general" (Fallos: 278:313), lo cual significa decir la justicia en su más alta expresión, esto es, la justicia social cuyo contenido actual consiste en ordenar la actividad ínter subjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cado uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización. Por tanto, tiene categoría constitucional el siguiente principio de hermenéutica jurídica: in dubio pro justicia socialis.

Las leyes deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el 'bienestar´, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad" ... (Fallos: 298.430). Por otra parte, y como se adelantara supra, los instrumentos internacionales en materia de derechos sociales (Convención Americana sobre los Derechos Humanos, Art. 26; Protocolo Adicional de San Salvador, Art. 1, Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Art. 2.1), establecen la obligación de progresividad y la correlativa prohibición de regresividad. La primera de ellas está estrechamente vinculada a la noción de progreso. Es decir, la obligación a cargo de los Estados partes de mejorar las circunstancias, medios y condiciones para el pleno goce y ejercicio de los derechos sociales y de manera paralela la prohibición de regresividad, por la cual los Estados asumen el compromiso de no adoptar políticas, medidas o normas que menguen el nivel del goce de estos derechos. (Cfr. Víctor Abramovich- Christian Courtis, El umbral de la ciudadanía- El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Ed. Estudios del Puerto, Buenos Aires, 1ª.edición, 2006, págs. 57/63). Cabe señalar, que estas pautas son coadyuvantes del principio protectorio, por cuanto están orientadas a dar preferencia a la interpretación que con mayor efectividad resguarde los derechos humanos involucrados. Este es el marco que moldea la consideración de las circunstancias concretas de la presente causa, en la que se debate un derecho social como lo es el seguro de vida colectivo, consagrado por el propio Estado para atender a la protección del ser humano. Por lo que sólo cabe concluir en el rechazo de interpretaciones restrictivas y privilegiar la interpretación extensa a favor de quienes las normas, a través de esta herramienta de la seguridad social, buscan proteger. ..."

Mas preciso sobre la aplicación de las previsiones de la Ley 24240 a los seguros de vida colectivo, y en particular el criterio de interpretación del contrato regido por su art. 37 cuanto establece que debe concretarse favoreciendo la posición contractual del consumidor, el Dr. Moya en la causa "FERREYRA MARÍA SILVANA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Expte. Nro. 97 - año 2011 - Acuerdo Nro. 38 – 21.12.2012):

"…. teniendo en consideración las particularidades propias del seguro de vida colectivo, donde la naturaleza social que impregna sus cláusulas y que lo diferencia en líneas generales de los seguros individuales, conlleva una interpretación tuitiva a favor del trabajador y menos apegada a la literalidad de la letra del contrato, a fin de no desnaturalizar su esencia.

Es que como bien se ha señalado, la finalidad del seguro de vida colectivo radica en proteger al individuo de las contingencias propias de la existencia individual, tales como la muerte y la incapacidad absoluta.

Así se identifica a este tipo de seguros como aquellos en los que se asegura colectivamente bajo una misma póliza y en base a una prima promediada, a un conjunto de asegurados que se hallan vinculados de alguna forma por razones que son ajenas al seguro mismo –por ejemplo, empleados del contratante-.

Y es por la característica antes descripta, que la línea interpretativa a seguir, con el objeto de juzgar sus cláusulas, está orientada a satisfacer necesidades esenciales del individuo.

Así se ha dicho en criterio que comparto: "En el seguro colectivo, un apego literal al texto de las cláusulas, o su consideración abstracta, o aislada que prescinda de su verdadero sentido y omita consultar los datos que proporciona la realidad y el resultado de la interpretación, a la vez que podría poner en peligro el logro del propósito tuitivo del seguro social, posibilitaría desligar al Estado del cumplimiento del deber ético que tiene con los particulares, el cual adquiere singular significación cuando su actividad está orientada, como ocurre con el seguro social, a satisfacer funciones esenciales…." (C.N. Civ. y Com. Fed, Sala I Sent. 11 -1981, "Argiz de Blanc Aurora c/ Caja Nacional de Ahorro y Seguro", ub. en J.A. 1982-III- pág. 391).

2.- Señalado lo anterior, cabe referir que, en esta causa, nos encontramos ante un seguro colectivo de vida (obligatorio y adicional) que como se expresara, tiende a proteger al individuo de las contingencias propias de la existencia individual (muerte/incapacidad absoluta).

Que la trabajadora (demandante), posee una incapacidad absoluta y durante su vida laboral efectuó los aportes correspondientes para ser acreedora de los beneficios que reclama.

Que planteada así la cuestión, y teniendo en cuenta que el apego literal a las cláusulas de la póliza equivaldría a poner en peligro el logro del propósito tuitivo del seguro de vida y su adicional reclamados, es que no queda margen de duda a este Juzgador que

resulta aplicable la Ley 24.240, cuyo carácter de orden público imperativo (Art. 65) se encuentra por encima de las convenciones privadas. Máxime –reitero- cuando, como sucede en esta causa, el apego a la literalidad del contrato nos conduciría, además, al dictado de una decisión arbitraria y carente de sustento en las constancias de autos.

Viene al caso recordar, que la propia Corte Nacional, refiriéndose a la citada Ley 24.240 y sus modificatorias, interpretó que los Tribunales deben aplicar esta categoría de leyes, aun cuando las partes no lo requieran, fundado en la existencia de un interés de la comunidad de que así sea.

Y que, de tal directiva se desprende la operatividad del Art. 37 de la normativa mencionada, en cuanto establece que la interpretación del contrato debe hacerse favoreciendo la posición contractual del consumidor, representado en el sub-examen por la accionante…. “.

En orden a las consideraciones expuestas, y como anticipara, procede hacer lugar a la demanda en la parte que incluye el reclamo por la diferencia resultante de la liquidación practicada por la Aseguradora ($593.562,00), y el establecido en la póliza conforme las circunstancias del caso descriptas, esto es considerando el haber mensual al momento en que al actor se le comunicó que se le reconocería su derecho en el mes de marzo de 2014 ($37,876,41 x 20 = $757.528,20) que asciende a la suma de $163.966,29.

IV.- Dicho importe devengará intereses a la tasa activa del Banco de la Provincia del Neuquén con más los intereses que se calcularán desde el 25 de marzo de 2014 (15 días posteriores a la comunicación de fecha 10.03.2015) hasta el 14 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la última hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).

V.- Respecto al daño moral y punitivo reclamados, al no haberse acreditado los presupuestos para su procedencia, habrán de ser rechazados.

VI.- Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo que, receptando el recurso de apelación, se revoque la sentencia de grado, y haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenar a la accionada al pago de la suma de $163.966,29, con más los intereses fijados en el considerando IV, y hasta el efectivo pago.

VII.- Atento la forma en cómo se decide, las costas de ambas instancias se impondrán a la accionada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).

VIII.- Dejar sin efecto la regulación de honorarios y cumplir con una nueva conforme el resultado que arroje la planilla que se practique incluyendo capital e intereses, a cuyo fin se establecen los siguientes porcentajes: el 18% para el letrado patrocinante del actor y 7,2% para su apoderado, y para los profesionales de la demandada que actuaron en el mismo carácter en el 70% de aquellos (arts. 6,7, 9, 10, 37 s.s. y c.c. L.A.).

Los honorarios devengados en la Alzada se determinan en el 30% de los señalados para la instancia de grado para los letrados de la parte actora, y en el 25% para los de la demandada (art. 15 L.A.).

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:

1.- Revocar la sentencia dictada a fs. 294/300 vta, haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada, y en consecuencia, condenar a Sancor Cooperativa de Seguros Limitada a abonar a Daniel Bello, en el plazo de diez días de notificada, la suma de PESOS CIENTO SESENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS SESENTA Y SEIS CON VEINTINUEVE CENTAVOS ($163.966,29), con más los intereses fijados en el Considerando IV y hasta su efectivo pago, de conformidad a lo explicitado en los presentes.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la accionada en su calidad de 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, incluyendo capital e intereses a cuyo fin se establecen los siguientes porcentajes; el 18% para el Dr. ..., patrocinante del actor; 7,2% para el Dr. ..., apoderado, y para los profesionales de la demandada, Dres. ... y ..., que actuaron en el mismo carácter en el 70% de aquellos (arts. 6, 7, 9, 10, 37 s,s, y c.c. L.A.).

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% a los letrados de la actora y en el 25% a los letrados de la demandada, 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 - Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"LOPEZ JOVE MARCIO RUBEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474695/2013) – Sentencia: 29/17 – Fecha: 23/02/2017

DERECHO CIVIL: Responsabilidad civil.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. ENTE PROVINCIAL DE AGUA Y SANEAMIENTO. ROTURA DE CAÑO DE AGUA. DAÑOS A LA PROPIEDAD. RELACION DE CAUSALIDAD. VALORACION DE LA PRUEBA. RESARCIMIENTO. GASTOS DE REPARACION DE LA VIVIENDA. INTERESES MORATORIOS. COMIENZO DEL CÓMPUTO. TASA ACTIVA.

1.- El Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS) es responsable de los daños y perjuicios sufridos en la vivienda del demandante, pues la pericia demuestra claramente la existencia de una relación directa de causa y efecto entre la rotura del caño de agua y los daños experimentados en la vivienda del actor. Así, la rotura del caño y la consiguiente pérdida de agua ha provocado, en palabras del experto “lavado y arrastre de suelo”, lo cual ha afectado su capacidad para soportar cargas (en el caso la vivienda que se posa sobre el mismo), ocasionando el hundimiento de la vereda y parte del frente de la propiedad, rajaduras en las paredes y descuadre de puertas y ventanas.

2.- En autos claramente surge que no existe una relación de causalidad inmediata entre la antigüedad de la vivienda, sus características de construcción y el lugar en donde se encuentra asentada, con las roturas experimentadas en la propiedad, puesto que de la pericia se desprende que: de no mediar el efecto de la rotura del caño la edificación hubiese permanecido incólume (…).Por otra parte, los argumentos del apelante -demandado- en torno a la antigüedad de la vivienda, características generales del barrio (bardas con constantes movimientos), como así, el efecto de la lluvia, a los que les atribuye ser la causa de los deterioros sufridos en la casa, no han sido acreditados, pues el demandado no ha probado qué como consecuencia de dichos factores otras viviendas ubicadas en cercanías a la del actor hayan sufrido idénticas consecuencias que las experimentadas por él en su propiedad.

3.- Cabe confirmar el resarcimiento otorgado en concepto de gastos de reparación de la vivienda, pues si bien con posterioridad reclamó la pérdida del valor venal de la propiedad, también ha sido objeto expreso de pedido –en la demanda- por: “...los daños y perjuicios ocasionados en la vivienda de quién suscribe”. Por lo tanto, considero que la a quo ha encuadrado el reclamo de manera correcta, es decir, no se ha afectado el “principio de congruencia”, ni de defensa en juicio, ni ningún otro principio de rango Constitucional o Procesal que invalide la sentencia como tal.

4.- […] en cuanto al comienzo del cómputo de los intereses –moratorios-, juzgo que le asiste razón al apelante -demandado-, toda vez que el propio actor solicitó en su escrito de presentación que se computen "desde la interposición de la presente demanda hasta el efectivo pago...", de allí, que no corresponde que los intereses se cuenten desde la intimación cursada con anterioridad al inicio de la demanda, como señala la sentencia.

5.- Cabe confirmar la tasa de interés que ordena aplicar la sentencia (tasa activa del BPN), toda vez que me remito en honor a la brevedad a los argumentos vertidos in re "SORRENTINO HECTOR HORACIO C/ SORRENTINO TERESITA ESTELA S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO", (Expte. Nº 333.617/6), en donde reexaminando la cuestión, como se hiciera con los créditos laborales, esta Sala modificó su postura producto de un razonamiento equitativo, considerando la procedencia de la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Provincia del Neuquén a los fines de ajustar el crédito reconocido en la sentencia definitiva.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de febrero de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "LOPEZ JOVE MARCIO RUBEN C/ E.P.A.S. S/ D. Y P. X RESP. EXTRACONT. DE PART", (EXP Nº 474.695/2013), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL NRO. 5 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando Marcelo GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 226/235 y vta., hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios y en su mérito condenó al Ente Provincial de Agua y Saneamiento a abonar a Marcio Rubén López Jove la suma de $350.000, con más los intereses determinados en los considerandos respectivos y costas.

Esa sentencia es apelada por la parte demandada a fs. 241.

II.- Agravios del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (fs. 247/253 vta.)

En primer lugar, cuestiona la atribución de responsabilidad que la sentencia atribuye a su mandante, ya que entiende que hubo una errónea valoración de la prueba relativa al hecho ilícito.

Afirma, que la a quo desechó las circunstancias de hecho invocadas por su parte para ser eximida de responsabilidad de los supuestos daños ocasionados en la vivienda, que fueron provocados por el desgaste propio de su antigüedad y por el suelo en donde fueron emplazados los inmuebles, que por tratarse de bardas neuquinas son pasibles de constantes movimientos.

Dice, que el suelo en donde se asienta la casa se ha ido lavando por la acción del riego intensivo y de las lluvias que discurrieron en dirección de la pendiente, siendo éstas en definitiva las causantes de los supuestos perjuicios que sufriera la propiedad del actor.

Entiende, que constituye una apreciación meramente subjetiva de la a quo, manifestar que el EPAS debió haber cambiado el ducto o verificar con premura su funcionamiento, al desconocer la realidad de los sistemas de redes de agua de la ciudad y en particular la zona donde se emplaza ese barrio. Inclusive, ni la pericia ni ninguna otra prueba autoriza a realizar dicha declaración.

Advierte, que su representada obró diligentemente al reparar el caño inmediatamente, dado que ni el actor ni otra persona manifestó que la pérdida hubiese continuado, lo que libera de mayor prueba al respecto.

Considera que la pericia resulta insuficiente para atribuir responsabilidad exclusiva a su mandante por los daños provocados en el inmueble del demandante.

Indica, que es el mismo perito el que manifiesta que la edificación propiedad del Sr. López Jove denota bastante antigüedad; que es deficiente y que los daños que presenta están relacionados con esta situación, la que exime al menos parcialmente de responsabilidad a su mandante, por no quedar en claro cuál es la causa eficiente del daño.

Señala, que en el informe del experto (fs. 152), se indicó que la rotura de un caño como el de autos no puede provocar por sí mismo los daños a una vivienda como la del accionante, pero sí que la gran cantidad de agua escurrida puede provocar el colapso del suelo, la pérdida de su valor soporte y los consiguientes asentamientos diferenciales en la fundación de la construcción, por lo cual, esta afirmación del perito no hace más que ratificar la postura expuesta por su parte.

En segundo lugar, interpreta que hubo un erróneo y deficiente encuadramiento en la sentencia, debido a que se otorga una indemnización de $350.000, en concepto de lo que costaría la reparación de la vivienda, cuando eso no fue solicitado en la demanda. Surge de ésta que el actor solicita una suma de dinero en concepto de "desvalorización venal del inmueble", y el a quo le otorga un monto para repararlo, que no tiene relación con lo peticionado.

Remarca, que en estos actuados no se ha producido prueba a esos efectos, por lo que la suma determinada por la jueza carece de fundamentos y resulta arbitraria.

Califica a la sentencia de "extra petita", en los términos del art. 253 del Código Procesal.

En tercer lugar, se agravia en cuanto al plazo que se fija en la sentencia para el comienzo del cómputo de los intereses, ya que el actor los reclamó desde la fecha de interposición de la demanda, mientras que la jueza los determina desde la recepción de la carta documento mediante la cual se intima al EPAS a realizar las reparaciones en la vivienda, lo cual convierte al decisorio en una sentencia ultra petita.

En cuanto a la fijación de la tasa de interés activa, dice que es del tipo de interés que cobran los Bancos en sus distintas clases de préstamos, es decir, que no es un interés moratorio, ni está llamado a resarcir ningún daño o demora en el pago, sino que, y por su propia naturaleza, es un interés compensatorio cuya finalidad es retribuir el precio de un servicio financiero. Y, que cargarle al deudor el mismo costo financiero que si hubiera debido buscar el dinero fuera del proceso, es atribuirle las consecuencias de determinados hechos que ninguna conexión tienen con el hecho generador de la responsabilidad y con la propia conducta de aquél, por lo que excedería claramente las normas jurídicas que regulan y limitan el deber de responder.

A fs. 257/261 el actor contesta el traslado de los agravios, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo efectuar algunas consideraciones en relación a la responsabilidad que le cabe a las empresas prestatarias del servicio de agua, para luego determinar sí en autos ha mediado o no responsabilidad del Ente Provincial Agua y Saneamiento de Neuquén.

Las empresas prestadoras de servicios esenciales como: gas, agua, energía eléctrica, ante la existencia de algún daño ocasionado por la prestación del servicio, no sólo deben responder por su carácter de propietarias de las instalaciones, sino que también son responsables por las condiciones cómo se presta ese servicio. Vale decir, que en estos casos, junto a la responsabilidad derivada del carácter de dueño o guardián de dichas instalaciones, se le anexa la "obligación de supervisión" que es propia de esa actividad.

Esta obligación de supervisión no se limita solo a verificar la prestación del servicio de agua al usuario, sino también que se debe brindar en "condiciones seguras" a fin de no provocar daños a personas o bienes.

De allí, que frente a la existencia de instalaciones antiguas o defectuosas, la responsable de procurar su renovación es la firma prestataria del servicio, quién frente a un daño causado como consecuencia de algún desperfecto en el ducto de agua, no puede escudarse alegando su antigüedad o defectuosa instalación, pues es su obligación procurar que el servicio sea prestado en condiciones seguras.

Esto lógicamente incluye no solo verificar por la prestadora del servicio que las cañerías se encuentren en debidas condiciones, sino también que el lugar en donde las mismas han sido instaladas sea el adecuado para así proporcionar el servicio de manera eficiente y segura.

Y, es precisamente la prestataria quien está en mejores condiciones de verificar no sólo el estado de las cañerías de agua, sino también su ubicación, y en caso de advertir alguna anormalidad o falla, debe realizar las obras necesarias (cambio de caño, de trazado, etc.) para prevenir los daños que pudieran llegar a provocar la rotura de caños o cualquier otro defecto en la instalación.

En tal sentido la jurisprudencia se ha pronunciado diciendo: "Corresponde hacer lugar a la demanda de indemnización interpuesta por la propietaria de un inmueble contra la empresa concesionaria del servicio de agua potable y cloacas en razón de los daños sufridos como consecuencia de la rotura del caño colector principal de la cloaca y el ingreso del líquido a la vivienda". Autos: Pacheco, Gloria Alicia C/ Obras Sanitarias, Mendoza S.a. y Otros. S/ D. Y P. - Fallo N°: 20000007107 - Expediente N° 50955 - Mag.: CARABAJAL MOLINA - FURLOTTI - Segunda Cámara Civil - Circ.: 1 - Fecha: 27/05/2016).

Bajo estos lineamientos, es que corresponde verificar si en el caso particular, ha existido o no responsabilidad del EPAS con motivo de los daños ocasionados en la vivienda del señor López Jove.

Así entonces, para dar correcta respuesta a dicho interrogante, debo analizar uno de los presupuestos de la responsabilidad civil, como lo es la "relación de causalidad", puesto que el daño -otro de los presupuestos de la responsabilidad civil- además de encontrarse debidamente acreditado en autos, no está cuestionada su existencia por la contraparte, por lo menos en grado de apelación.

En cuanto a la relación de causalidad entre el hecho (rotura del caño de agua) y los daños experimentados en la propiedad del Sr. Marcio Rubén López Jove, observo que en la causa existe prueba suficiente que avala su existencia.

En efecto, del informe pericial -fs. 148/152- realizado por el Ingeniero Civil, Luis Augusto López, se desprende que el inmueble sito en calle ..., presenta: "...fisuras, grietas, colapso de capa aisladora horizontal, desprendimiento de revestimientos, hundimiento de pisos, en mayor o menor grado, en los muros que conforman la mayoría de los ambientes"; en lo que respecta a la "relación de causalidad" al referirse a los daños descriptos, dijo: "Los mismos se pueden imputar al efecto del lavado y arrastre de suelo sobre su capacidad para soportar cargas, lo cual se traduce en asentamientos diferenciales en los cimientos, lo que origina grietas, fisuras y demás daños".

Continua: "Este arrastre y lavado de suelo puede ocasionar el hundimiento de la vereda y partes de frente de la propiedad, rajaduras en las paredes, que se descuadre las puertas y ventanas de la vivienda".

Y que: "Efectivamente ello pudo haber ocurrido por la pérdida de agua de la unión del caño maestro con la conexión domiciliaria del actor".

Agregó: "El suelo que se encuentra bajo la vivienda objeto de la litis, no puede originar por sí solo, sin filtraciones de agua como la investigada en autos, los daños sufridos por el inmueble. De hecho, según consta en autos, los daños comienzan a partir de la pérdida de agua corriente".

La pericia demuestra claramente la existencia de una relación directa de causa y efecto entre la rotura del caño de agua y los daños experimentados en la vivienda del actor.

Así, la rotura del caño y la consiguiente pérdida de agua ha provocado, en palabras del experto "lavado y arrastre de suelo", lo cual ha afectado su capacidad para soportar cargas (en el caso la vivienda que se posa sobre el mismo), ocasionando el hundimiento de la vereda y parte del frente de la propiedad, rajaduras en las paredes y descuadre de puertas y ventanas.

Si bien observo que el recurrente ha hecho un notable esfuerzo para acentuar el problema que sufre la vivienda del actor, haciendo hincapié en la antigüedad de la misma, en las características del suelo en donde se encuentra asentada, en la falta de zapata corrida, etc., dentro del contexto cómo suceden los hechos, ello resulta insuficiente para eximir de responsabilidad al EPAS.

En la propia pericia en relación a la relación de causalidad entre las características edilicias de la vivienda y los daños experimentados por ella, sostuvo: "La edificación denota bastante antigüedad, posiblemente de una época donde no era usual ni exigible zapata corrida o platea como fundación y estructura sismorresistente (vigas y columnas s/ CIRSOC), lo cual hubiese evitado mucho de los daños producidos. De cualquier manera, a mi entender, de no mediar el efecto de la rotura del caño la edificación hubiese permanecido incólume, como tantas otras similares en su vecindad".

Claramente surge que no existe una relación de causalidad inmediata entre la antigüedad de la vivienda, sus características de construcción y el lugar en donde se encuentra asentada, con las roturas experimentadas en la propiedad, puesto que de la pericia se desprende que: de no mediar el efecto de la rotura del caño la edificación hubiese permanecido incólume (los resaltados me pertenecen).

Por otra parte, los argumentos del apelante en torno a la antigüedad de la vivienda, características generales del barrio (bardas con constantes movimientos), como así, el efecto de la lluvia, a los que les atribuye ser la causa de los deterioros sufridos en la casa, no han sido acreditados, pues el demandado no ha probado qué como consecuencia de dichos factores otras viviendas ubicadas en cercanías a la del actor hayan sufrido idénticas consecuencias que las experimentadas por él en su propiedad.

Es más, el perito en relación al terreno sobre el que se asienta la vivienda del accionante, dijo: "En efecto, el terreno sobre el cual se asentó la vivienda de los actores, es apto para la construcción y asentamiento de inmuebles de magnitud como la casa de referencia. De hecho se encuentran construcciones similares en todo el barrio".

"En mi opinión, la cesión del terreno sito en calle Estrella Construida 2421 (vivienda del actor) guarda relación con la rotura del caño del EPAS".

Tal conclusión resulta clara y determinante en cuanto a la existencia de una relación causal directa entre la rotura del caño y su consiguiente pérdida de agua y los daños experimentados en la vivienda del Sr. López Jove.

Las consideraciones del experto de manera alguna se contraponen con lo expresado a fs. 152 del mismo informe, como pretende el recurrente. Dentro de todo el contexto analizado, el hecho de que el perito ingeniero haya dicho que:

"La rotura de un caño como el de autos no puede provocar por sí mismo los daños a una vivienda como la del actor..." no implica que la gran cantidad de agua que deriva de esa rotura no sea susceptible de ocasionar tales daños, ya que luego dijo: "...pero sí que la gran cantidad de agua escurrida provoque el colapso del suelo, la pérdida de su valor soporte y los consiguientes asentamientos diferenciales en la fundación de la construcción".

De modo que, los argumentos del apelante resultan insuficientes para revocar el fallo apelado, pues la relación de causalidad resulta debidamente acreditada en autos, por lo que dicho agravio será rechazado.

En lo que respecta al segundo de los cuestionamientos, relacionado con el encuadre realizado por la a quo respecto del reclamo

del actor, al señalar el recurrente, que la pretensión se enmarca exclusivamente en “la pérdida del valor venal del inmueble” y no en el costo de “reparación de la vivienda” como se traduce la sentencia.

A poco de repasar la demanda instaurada, advierto que ello no es así, debido a que la “pérdida del valor venal” no ha sido el único rubro objeto de reclamo.

Así, en el escrito de demanda –v. fs. 29/36- se expuso: “ I.- OBJETO: Que en tal carácter vengo a iniciar la presente demanda por Daños y Perjuicios contra el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (EPAS), con domicilio en la calle Santiago del Estero 426 de esta ciudad, pretendiendo del mismo la indemnización por los daños ocasionados a la vivienda de quien suscribe...”.

De ello se desprende que, si bien con posterioridad reclamó la pérdida del valor venal de la propiedad, también ha sido objeto expreso de pedido “...los daños y perjuicios ocasionados en la vivienda de quién suscribe”. Por lo tanto, considero que la a quo ha encuadrado el reclamo de manera correcta, es decir, no se ha afectado el “principio de congruencia”, ni de defensa en juicio, ni ningún otro principio de rango Constitucional o Procesal que invalide la sentencia como tal.

Por lo que, dicho agravio será rechazado.

Finalmente, en cuanto al comienzo del cómputo de los intereses, juzgo que le asiste razón al apelante, toda vez que el propio actor solicitó en su escrito de presentación que se computen “desde la interposición de la presente demanda hasta el efectivo pago...”, de allí, que no corresponde que los intereses se cuenten desde la intimación cursada con anterioridad al inicio de la demanda, como señala la sentencia.

Por lo tanto, se habrá de modificar la sentencia en este sentido y en consecuencia el cómputo de los intereses moratorios comenzará a correr a partir de la fecha de interposición de la demanda, esto es desde el 20 de marzo de 2013, tal lo requerido por la parte actora.

En cuanto a la tasa de interés que ordena aplicar la sentencia (tasa activa del BPN), advierto que a pesar de que su aplicación fue solicitada expresamente por el actor en su demanda (ver fs. 29 vta.), la demandada recién cuestiona su procedencia en oportunidad de expresar agravios, pues con anterioridad no hubo de su parte una oposición expresa en lo que respecta a la tasa requerida por el accionante.

Además, me remito en honor a la brevedad a los argumentos vertidos in re “SORRENTINO HECTOR HORACIO C/ SORRENTINO TERESITA ESTELA S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO”, (Expte. Nº 333.617/6), en donde reexaminando la cuestión, como se hiciera con los créditos laborales, esta Sala modificó su postura producto de un razonamiento equitativo, considerando la procedencia de la tasa de interés activa fijada por el Banco de la Provincia del Neuquén a los fines de ajustar el crédito reconocido en la sentencia definitiva.

Y, es el mismo criterio que venimos propiciando las tres Salas de esta Cámara, siguiendo el antecedente Alocilla del Tribunal Superior de Justicia.

IV.- Por lo expuesto, se habrán de rechazar en su mayor extensión los agravios invocados por la parte demandada, con la salvedad dispuesta en relación al comienzo del cómputo de los intereses moratorios, los que se computaran a partir del 20/03/2013.

Las costas de Alzada serán a cargo de la demandada atento a su carácter de vencida (art. 68 del C.P.C. y C.), por lo que corresponde regular honorarios de conformidad con lo dispuesto por el art. 15 de la Ley Arancelaria, a los letrados intervinientes en esta Alzada en el 30% de lo establecido en la sentencia de grado.

Tal mi voto.

El Dr. Medori, dijo:

Por compartir los fundamentos del voto que antecede adhiero en igual sentido.

Por lo expuesto, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar en su mayor extensión la sentencia de fs. 226/235 vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con la salvedad dispuesta en relación al comienzo del cómputo de intereses, los que se computaran a parir del 20/03/2013.

2.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada (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 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

"QUIROGA JOSE WALTER Y OTRO C/ MANSILLA ANTONIO MIGUEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 388386/2009) – Sentencia: 31/17 – Fecha: 02/03/2014

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CULPA DE LA VICTIMA. RUTA. VEHICULO. LUCES REGLAMENTARIAS. REGIMEN DE CIRCULACION DE VEHICULOS. TENOR ALCOHOLICO. FALTA DE LICENCIA DE CONDUCIR. INFRACCION ADMINISTRATIVA. PRESUNCIONES. RECHAZO DE LA DEMANDA.

1.- Debe rechazarse la demanda de daños y perjuicios interpuesta contra el conductor de una camioneta que embistió el vehículo en que se desplazaban los accionantes, pues se acreditó que los ocupantes del automóvil embestido, a pesar del desperfecto sufrido en su automóvil, en vez de optar por abandonar de manera inmediata la ruta y estacionar sobre la banquina para pedir el auxilio pertinente, continuaron a marcha de hombre (3/4 km/h, conforme indica el informe pericial …), sobre la ruta, conducta ésta que resulta por demás inadecuada, máxime si se tiene en cuenta que el accidente se produce durante la noche, lo que dificulta en gran medida que pudieran ser visualizados con antelación suficiente por otros automovilistas que circulaban por el lugar.

2.- [...] si bien el art. 48 de la Ley de Nacional de Tránsito N° 24.449, prohíbe conducir en estado de intoxicación alcohólica, esa infracción no implica necesariamente la culpa del transgresor desde el punto de vista civil. Así entonces, el hecho que el demandado haya estado alcoholizado, si bien tiene que ponderarse a los fines de la determinación de la responsabilidad y constituye un hecho grave, tal circunstancia necesariamente debe evaluarse en cada caso particular, teniendo en cuenta los demás elementos que se acrediten en la causa. De modo que, al evaluar el caso particular, observo que el grado de alcohol en sangre que el demandado (0,83 grs.) detentaba al momento de producirse el accidente, no resulta determinante para ocasionarlo; ello, pues aún en estado de completa ausencia de alcohol, la colisión, en base a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, posiblemente no se hubiera evitado. Ello así, pues estamos frente a una contingencia que ocurrió durante la noche, en una ruta y en donde circulaba un automóvil sin luces sobre la cinta asfáltica, y no se ha demostrado una falta de reacción del conductor del rodado mayor, sino todo lo contrario, si bien no pudo evitar el impacto, realizó una maniobra de esquive (viraje hacia la izquierda), y que a pesar de haber resultado infructuosa para evitar el accidente, fue la correcta.

3.- En cuanto a la falta de licencia de conducir del demandado, comparto la doctrina que indica:

"La licencia es un documento habilitante para conducir vehículos. Su falta, por no tenerla o por encontrarse caduca, constituye una infracción grave para quien pese a ello conduce. Empero, no significa necesariamente, como presunción absoluta o irrefragable que el conductor "sin licencia" sea el causante del accidente. Es sólo, desde ese ángulo una presunción de falta de pericia -como la tenencia de la licencia autoriza a presumir la pericia- que puede destruirse con la prueba de la capacidad conductiva, o bien de que el accidente ocurrió por otra causa extraña al tema analizado." (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y otro - Accidentes de Tránsito, Pág. 117, Ed. Rubinzal-Culzoni). En consecuencia, y dadas las características cómo ocurrieron los hechos, no se visualiza, más allá de una infracción administrativa por la falta de licencia de conducir, una ausencia de pericia en el arte de conducir o negligencia (exceso de velocidad) por parte del conductor del rodado mayor, que lo haga responsable del accidente, ya que frente al obstáculo de encontrarse con un auto casi detenido en la cinta asfáltica, sin luces y en horas de la noche, pudo realizar una maniobra de esquive, que reitero, si bien resultó infructuosa, fue adecuada en función de las circunstancias del caso.

Texto completo:

NEUQUEN, 2 de marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "QUIROGA JOSE WALTER Y OTRO C/ MANSILLA ANTONIO MIGUEL Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (Expte. Nº 388.386/2009), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL 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 de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia que luce fs. 402/414 y vta., rechaza en todos sus términos la acción por daños y perjuicios promovida por la parte actora, con costas a su cargo; y tampoco hace lugar a la defensa de prescripción deducida por el demandado Miguel E. Mansilla e impone las costas en el orden causado.

Esa sentencia es apelada por la parte actora a fs. 423.

A su turno, (fs. 422) la perito Psicóloga cuestiona los honorarios que le fueran regulados por bajos.

II.- Agravios de la parte actora (fs. 450/452)

Se agravia el recurrente al considerar que hubo una errónea valoración de la prueba en la sentencia, y por ende, una equivocada atribución de responsabilidad.

Dice, que el juez funda el rechazo de la demanda en la presunta culpa de la víctima, al afirmar que ninguno de los testigos que pasaron por el lugar, en los momentos previos al siniestro, pudieron advertir las luces del rodado que empujaban sus ocupantes para sacarlo de la ruta; cuando a su entender, con la prueba testimonial que obra en la causa penal se logró acreditar que las mismas estaban encendidas.

Sostiene, que el a quo, erróneamente ha interpretado que el hijo de los actores y los demás tripulantes del vehículo, circulaban por la ruta empujando el rodado como si continuara su marcha por la calzada, cuando en rigor –conforme surge de las declaraciones testimoniales de la causa penal- se probó también que cuando se detuvo el automóvil, se bajaron inmediatamente y, sin apagar las luces, lo empujaron para sacarlo rápido de la ruta.

Afirma, que de las declaraciones de los Sres. Oscar Vildo Echeverría; Orlando O. Quezada y Amílcar Gustavo Monserrat -testigos en la causa penal-, se desprende que el Fiat 1500 se veía a más de 100 metros de distancia, por lo que dicha circunstancia junto a la anterior, resulta suficiente para responsabilizar al conductor de la camioneta.

En cuanto a la insuficiente iluminación del Fiat, argumenta que el informe mecánico se realizó al día siguiente del accidente, por lo que la batería del rodado no se encontraba con suficiente carga.

En relación al estado de ebriedad del demandado, indica que del informe médico forense de fs. 442 de la causa penal, se extrae que el señor Mansilla poseía un grado equivalente a 1,4 gramos de alcohol en sangre, y no de 0,83 como indicó el juez de grado, resultando ello una diferencia sustancial, de casi el doble de alcohol referido por el magistrado.

Señala, que el perito al referirse al grado de alcohol en sangre del demandado, en su informe de fs. 442/443, expresó: “Esta es una cifra que lo coloca en ebriedad manifiesta. En ella no se perciben bien los objetos durante la noche, a la vez no sólo se retrasan las respuestas ante obstáculos, sino que no se coordina cual es la mejor maniobra, en el caso presente, esquivar en vez de frenar”.

Aduce, que el estado de ebriedad del accionado actuó de manera relevante como concausa para la producción del accidente, dado que de haber conducido en su plenitud de facultades mentales hubiera podido realizar una maniobra evasiva para evitar embestir al rodado que era empujado fuera de la calzada; máxime cuando se tiene presente que no circulaba ningún otro vehículo ni de frente ni de costado que pudiera encandilarlo.

Manifiesta, que en autos se acreditó que los ocupantes del rodado menor intentaron sacar de manera inmediata el automóvil de la calzada.

Apunta, que el demandado omitió tomar los debidos recaudos en el arte de conducir, toda vez que lo hacía en estado de total ebriedad, por lo que debe asumir las consecuencias civiles de su accionar.

En base a la determinación de responsabilidad, expone que el juez no tuvo en cuenta la omisión del demandado del deber de obrar con cuidado y previsión, conforme lo establecido por el art. 39 de la Ley Nacional de Tránsito, como así tampoco la violación de la normativa relativa a la prohibición de conducir en estado de ebriedad.

Concluye, en que como mínimo la responsabilidad entre las partes debe distribuirse en un 50% para cada una de ellas.

A fs. 453 se ordenó correr traslado de los agravios, y vencido el plazo no fue contestado por la contraria.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, advierto que las circunstancias de persona, tiempo y lugar en que se produce el accidente no se encuentran controvertidas por las partes, sino que la controversia ronda en la responsabilidad que le compete a cada uno de los protagonistas de este lamentable accidente.

Sobre éste último aspecto, debo decir que cuando un vehículo que circula por una ruta sufre un desperfecto que le impide continuar su marcha, su conductor debe adoptar, de inmediato, las medidas conducentes para “despejar” la vía, y retirar el automóvil para superar así la obstrucción erigida. Toda otra conducta puede conducir a la responsabilidad del titular o guardián del vehículo accidentado, frente a una colisión con otros vehículos. En la primera salida, dice la norma, debe abandonar la autopista, sin perjuicio del corrimiento al extremo derecho o a la banquina y de la colocación de balizas para anunciar la detención u otro hecho similar. (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y otro - Accidentes de Tránsito - Pág. 115/116, Ed. Rubinzal-Culzoni).El art. 59 de la Ley Nacional de Tránsito, Ley N° 24.449, dispone: “Obstáculos.

La detención de todo vehículo o la presencia de carga u objetos sobre la calzada o banquina, debido a caso fortuito o fuerza mayor debe ser advertida a los usuarios de la vía pública al menos con la inmediata colocación de balizas reglamentarias...”

De ello, se colige que frente a un desperfecto mecánico, el conductor del automotor debe advertir tal circunstancia a los otros usuarios que circulan por la vía pública, a través de la colocación de las respectivas balizas reglamentarias y, de ser posible, retirar de manera inmediata el vehículo de la ruta, ya sea colocándolo sobre la banquina o abandonando la autopista al tomar la primera salida posible.

De manera que, la detención o estacionamiento de un automóvil sobre la ruta, como así el hecho de empujarlo a paso de hombre ocupando un carril de la misma, implican actitudes riesgosas que resultan proclives, todas ellas, para provocar un accidente de tránsito. Máxime si ello ocurre en horas de la noche, en un lugar que carece de iluminación y cuando el conductor no toma todos los recaudos pertinentes, como estacionar el vehículo inmediatamente sobre la banquina o accionar las balizas que posee el automotor, y/o colocar balizas triangulares a una distancia prudencial para advertir a los otros conductores sobre la presencia del rodado detenido o en dificultades.

Ahora bien, en función de los parámetros expuestos, corresponde evaluar si la conducta del señor Martín E. Quiroga, conductor del automóvil Fiat 1.500, ha sido la causa exclusiva y determinante del accidente objeto de autos, o sí por el contrario, y como lo afirma la parte actora, ha mediado al menos un 50% de responsabilidad del Sr. Miguel Esteban Mansilla, conductor del rodado mayor.

De la prueba aportada en la causa penal y en los presentes, surge que los jóvenes transportados en el Fiat 1500, lejos de observar una conducta diligente y debida, conforme fuera descripta párrafos más arriba, ante el desperfecto sufrido en el automóvil, en vez de estacionarlo en la banquina, optaron por seguir sobre el carril derecho de la ruta Provincial N° 7, en dirección a la ciudad de Neuquén, sin evaluar el grave riesgo al que se exponían en función de las condiciones de tiempo, modo y lugar.

Tal circunstancia se desprende de los elementos probatorios obrantes en la causa penal (actas de procedimiento policial, inspección ocular, croquis y fotografías de fs. 01/04); y de la pericia mecánica producida en este expediente (v. fs. 305 vta.), en donde se señala: “Conforme surge del acta de procedimiento de la instrucción Prevencional actuante el día del siniestro, el epicentro del hecho se encuentra sobre la calzada oeste de la Ruta Siete, en su carril externo, más precisamente a 500 m. al sur del peaje Centenario-Neuquén, a 1,60 m. al este del borde de la calzada oeste de la Ruta Siete y a 1,70 m. al oeste, desde la línea

discontinua central divisoria de carriles".

Esto denota que los ocupantes del Fiat, a pesar del desperfecto sufrido en su automóvil, en vez de optar por abandonar de manera inmediata la ruta y estacionar sobre la banquina para pedir el auxilio pertinente, continuaron a marcha de hombre (3/4 km/h, conforme indica el informe pericial a fs. 305), sobre la ruta, conducta ésta que resulta por demás inadecuada, máxime si se tiene en cuenta que el accidente se produce durante la noche, lo que dificulta en gran medida que pudieran ser visualizados con antelación suficiente por otros automovilistas que circulaban por el lugar.

Es más, surge de los testimonios brindados en la causa penal -a los que me referiré seguidamente-, que el automóvil menor, en momentos en que circulaba a paso de hombre sobre la cinta asfáltica, no contaba con balizas ni con las luces de posición encendidas para ser visualizado por los conductores de otros vehículos que transitaban en su misma dirección, circunstancia ésta que incrementaba el riesgo de no ser vistos por los otros automovilistas, aumentando el riesgo de sufrir un accidente.

Así, al declarar en la causa penal, el Sr. Luengo Altamirano Camilo Salvador (fs. 27 y vta.) expone: "...circulábamos en un automóvil marca Fiat modelo 1500, de color Gris dominio VVA-730, por la Ruta Provincial N° 7 hacia el cardinal Sur, pasando por el Peaje, hicimos 500 metros aproximadamente en donde se nos detiene el vehículo, en ese momento venía conduciendo el ciudadano QUIROGA MARTINEZ EZEQUIEL, nos detuvimos en la banquina nos bajamos y empezamos a empujarlo hacia arriba, subimos al asfalto para tomar velocidad y en ese instante viene una camioneta la cual nos impacta en la parte trasera del vehículo...".

Resulta claro, que si bien, tal como lo manifiestan los demás testigos: Carlos Rubén González (fs. 24/25), Pablo Sebastián Quiroga (fs. 28/29); quienes al momento del accidente viajaban en el Fiat 1500, cuando se descompone el automóvil lo empujaron a la banquina (conducta debida y que debieron haber mantenido); sin embargo, con posterioridad, según da cuenta Luengo Altamirano (testigo presencial del hecho) para tomar velocidad volvieron a subir el automóvil a la cinta asfáltica, conducta que resulta, en función de las condiciones de tiempo y lugar, reprochable en función de la peligrosidad generada como consecuencia de dicho accionar, máxime cuando se encontraban en un lugar que carecía de iluminación.

Asimismo, en el informe del Gabinete de Accidentología Vial que obra a fs. 55/56 de la causa penal, se expresa: "LUCES: Al examinar el funcionamiento del sistema de luces, se constató que el acumulador de corriente (batería) se encontraba agotada, lo cual no alcanzaba a abstener el circuito eléctrico..."

En base a los elementos de pruebas estudiados, debo concluir que el automóvil Fiat se detuvo por problemas eléctricos, concretamente de batería, y ante dicho desperfecto sus ocupantes se bajaron y lo empujaron hacia la banquina, para luego reingresar a la ruta "para tomar velocidad" (testimonio del Sr. Luengo Altamirano), para poder arrancarlo nuevamente.

De lo contrario, no se explica porque querían subir nuevamente el vehículo a la cinta asfáltica para "tomar velocidad", tal como da cuenta el testigo mencionado.

Esta conclusión es avalada por el testimonio del Sr. Miguel Ángel Barahona (fs. 177 y vta., de la causa penal), quién luego de ratificar el informe emitido a fs. 55/56 de la causa penal, en relación al sistema eléctrico del Fiat, dijo: "...el funcionamiento eléctrico y de la batería antes de la colisión dijo que de acuerdo al examen realizado al vehículo a la hora mencionada en el mismo, el cable que va en el borne de la batería se encontraba desconectado, presumiblemente personal que llega al lugar en el momento lo desconecta por precaución, que el dicente al conectar el cable a su posición normal y examinar el sistema eléctrico, las luces no funcionaban, se extrajo la batería que poseía el vehículo e instaló otra batería con carga normal, y al volver a examinar las luces estas funcionaban correctamente no así las luces de ruta. La luz de posición trasera de extremo izquierdo que no funcionaban debido al impacto recibido, el faro de luz de posición trasero derecho funcionaba correctamente como así las luces delanteras de posición, la conclusión sería que el vehículo antes del accidente tenía un problema eléctrico debido al agotamiento de la batería, lo cual no sería correctamente abastecida por el alternador, no se pudo verificar éste, su funcionamiento debido a no contar con los elementos necesarios para su examen, al estar agotada la batería al momento del examen y al conectar otra en normal estado le da la pauta que la batería anterior no alimentaba correctamente el sistema eléctrico tanto en el funcionamiento del motor como en el circuito eléctrico..." (el remarcado me pertenece).

A fs. 178 y vta., al declarar nuevamente el Sr. Camilo Salvador Luengo Altamirano (hermano de una de las víctimas y testigo presencial del accidente), al describir el evento sostuvo: "que el día 5/07/03, circulaban por la ruta 7, Pablo Sebastián Quiroga, Martín Ezequiel Quiroga, Hugo Cesar Luengo (hermano del dicente) Rubén no recuerda el apellido y el declarante (Camilo Salvador Luengo) desde Centenario hacia Neuquén aproximadamente a las 03:00 de la mañana, pasaron el peaje bien, en perfectas condiciones, al agarrar la recta el auto comenzó a fallar, era como que "rateaba", pero seguía andando, que hicieron 700 metros del peaje al tomar la subida siempre en la misma dirección el auto se detiene sobre el carril derecho..."

Esta declaración, junto al informe anterior, comprueba que el automóvil tenía un problema eléctrico, y más allá de la contradicción

en que incurre el declarante al relatar nuevamente los hechos (ya que no especifica que volvieron a reingresar el automóvil a la ruta para tomar velocidad), la conducta descripta en primer término por éste testigo (fs. 27 vta.), guarda relación con el informe y los dichos del Sr. Miguel Ángel Barahona.

En función de lo expuesto, y no obstante que algunos testigos dan cuenta que al empujar el vehículo por la ruta tenía encendidas las luces, considero que del análisis efectuado en relación a los problemas eléctricos que presentaba el rodado Fiat 1500, cobran relevancia los testimonios que indican que el vehículo no se encontraba con las luces encendidas al momento del accidente (declaraciones obrantes a fs. 32/33; 282 y vta., 283 y vta., 284 y vta., 285 y 286 y vta.); extremo que, sumado a las condiciones de tiempo y lugar -de noche, en una ruta provincial y no había iluminación en el lugar-, todo ha contribuido a que el conductor de la camioneta no haya podido visualizar tempranamente al rodado menor, para evitar colisionarlo.

Por otra parte, si bien el art. 48 de la Ley de Nacional de Tránsito N° 24.449, prohíbe conducir en estado de intoxicación alcohólica, esa infracción no implica necesariamente la culpa del transgresor desde el punto de vista civil.

Así entonces, el hecho que el demandado haya estado alcoholizado, si bien tiene que ponderarse a los fines de la determinación de la responsabilidad y constituye un hecho grave, tal circunstancia necesariamente debe evaluarse en cada caso particular, teniendo en cuenta los demás elementos que se acrediten en la causa.

Al respecto la Jurisprudencia ha dicho: “El hecho de estar alcoholizado, por sí sólo, no basta para tener por acreditada la culpa de la víctima, sino que es necesario explicar en qué medida tal situación contribuyó a que el hecho se produjera. Sucede que beber e incluso hacerlo en exceso, no es un hecho penado por nuestra legislación, máxime cuando esta conducta se circunscribe al ámbito privado. En todo caso, la posibilidad de sanción o reproche, estará ligada a los actos efectuados como consecuencia de tal situación”. (Autos: FLORES DE CHOQUE Trifonia c/ AYERZA DE RIVERO PIERNA Mónica María del Corazón de Jesús y otro s/ DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:236758- Magistrados: KIPER. - Civil - Sala H - Fecha: 17/02/1999).

De modo que, al evaluar el caso particular, observo que el grado de alcohol en sangre que el Sr. Antonio Miguel Mansilla (0,83 grs.) detentaba al momento de producirse el accidente, no resulta determinante para ocasionarlo; ello, pues aún en estado de completa ausencia de alcohol, la colisión, en base a las circunstancias de persona, tiempo y lugar, posiblemente no se hubiera evitado.

Ello así, pues estamos frente a una contingencia que ocurrió durante la noche, en una ruta y en donde circulaba un automóvil sin luces sobre la cinta asfáltica, y no se ha demostrado una falta de reacción del conductor del rodado mayor, sino todo lo contrario, si bien no pudo evitar el impacto, realizó una maniobra de esquive (viraje hacia la izquierda), y que a pesar de haber resultado infructuosa para evitar el accidente, fue la correcta.

En cuanto a la falta de licencia de conducir del señor Mansilla, comparto la doctrina que indica: “La licencia es un documento habilitante para conducir vehículos. Su falta, por no tenerla o por encontrarse caduca, constituye una infracción grave para quien pese a ello conduce. Empero, no significa necesariamente, como presunción absoluta o irrefragable que el conductor “sin licencia” sea el causante del accidente. Es sólo, desde ese ángulo una presunción de falta de pericia -como la tenencia de la licencia autoriza a presumir la pericia- que puede destruirse con la prueba de la capacidad conductiva, o bien de que el accidente ocurrió por otra causa extraña al tema analizado.” (Conf. Jorge Mosset Iturraspe y otro - Accidentes de Tránsito, Pág. 117, Ed. Rubinzal-Culzoni).

En consecuencia, y dadas las características cómo ocurrieron los hechos, no se visualiza, más allá de una infracción administrativa por la falta de licencia de conducir, una ausencia de pericia en el arte de conducir o negligencia (exceso de velocidad) por parte del conductor del rodado mayor, que lo haga responsable del accidente, ya que frente al obstáculo de encontrarse con un auto casi detenido en la cinta asfáltica, sin luces y en horas de la noche, pudo realizar una maniobra de esquive, que reitero, si bien resultó infructuosa, fue adecuada en función de las circunstancias del caso.

La jurisprudencia que comparto ha dicho: “La falta de carnet habilitante para conducir, configura, a todo evento, una infracción administrativa que no apareja por sí responsabilidad civil cuando no hay relación causal determinante del hecho dañoso” (SCBA, AC 84317 S Caratula: Ledesma, María Cristina y otros c/ Manolio, Luis Domingo y otros s/ Daños y perjuicios Mag. Votantes: Negri - Hitters- de Lázzari- Roncoroni-Salas).

Otra: “Si bien la falta de licencia para conducir trae aparejada -en principio-, una presunción de impericia, ello no deja de ser esencialmente una infracción administrativa que, si bien en caso de duda puede adquirir relevancia decisiva como elemento de juicio, es intrascendente cuando no hubo relación de causalidad determinante del hecho dañoso, por poder atribuirse esta última al otro protagonista de la colisión...” (arts. 512 y 902, C. Civil). Caratula: Carattoni, Pedro Ángel c/ Lorenzi, Ricardo Domingo s/ Daños y perjuicios Mag. Votantes: Fiori-Pereyra Muñoz).

En otro orden, y en relación a la apelación de los honorarios de la perito psicóloga, teniendo en cuenta su labor profesional, que se

refleja en el informe pericial de fs. 319/321, y en mérito a su extensión, contenido e incidencia, y en atención al resultado que se propicia en la presente causa, considero que sus emolumentos deben ser confirmados.

Por todo lo expuesto, propongo a acuerdo el rechazo de sendos recursos de apelación, interpuesto por los actores a fs. 423 contra la sentencia de fs. 402/416 vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas de Alzada por su orden en atención a las especiales características del caso. A su vez, postulo el rechazo del recurso de apelación de honorarios de la perito psicóloga.

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.402/414 vta., en todo lo que fuera materia de recursos y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden en atención a las especiales características del caso (art. 68 2° apartado del 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

"VALDEBENITO JUAN CARLOS C/ YOPOLO SUSANA CONCEPCION Y OTROS S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 392856/2009) – Sentencia: 33/17 – Fecha: 07/03/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO DIRECTO. CHOFER. ACCIDENTE DE TRANSITO. EXCESO DE VELOCIDAD. PERDIDA DE CONFIANZA. VALORACION DE LA INJURIA. EXTEMPORANEIDAD. INDEMNIZACION POR DESPIDO.

Deviene injustificado el despido dispuesto con sustento en el exceso de velocidad en que supuestamente incurrió el trabajador mientras conducía el vehículo de la empleadora y que causo el accidente, si aún cuando se tuviera por admitida la velocidad aproximada que llevaba al transitar la ruta provincial (90Km), no se ha comprobado con el rigor que se le exigía a la empleadora la calificación de injuria al incumplimiento laboral denunciado (art. 242 LCT y 377 del CPCyC), y en orden al análisis integral que impone la legislación de fondo, quedó exteriorizado que la ruptura no resultó contemporánea con el hecho atento el tiempo transcurrido hasta su anoticiamiento, exhibiendo un comportamiento contrario a los deberes de desempeñarse con criterio de colaboración y con buena fe que impera en todo vínculo laboral (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. K de la Const.Prov.; 20, 62, 63, 79, 81 de la LCT; 377 y 386 del Cód. Procesal), y aún la falta de registro de una suspensión laboral, permite concluir su continuidad en la prestación de tareas luego del accidente.

Texto completo:

NEUQUEN, 7 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "VALDEBENITO JUAN CARLOS C/ YOPOLO SUSANA CONCEPCION Y OTROS S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 392856/2009), 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 de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 189/193 interpone y funda el actor recurso de apelación contra la sentencia de grado que hizo lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva y rechazo la demanda de indemnización por despido; pide se la revoque con expresa imposición en costas.

En primer punto cuestiona que para fundar la procedencia de las excepciones se haya valido de las afirmaciones vertidas por los demandados sin apoyo de otra prueba sobre la inexistencia de la vinculación, excediendo las facultades para su apreciación, mientras que frente a una prestación de servicios corresponde una presunción de hecho sobre la existencia del contrato de trabajo, y es carga del empleador desvirtuarla; destaca que dos de aquellos no se presentaron a contestar demanda, debiéndose presumirse ciertos los hechos alegados por el actor; denuncia un obrar caprichoso y de total desapego a la letra y espíritu de la ley del juez de grado y pide se los condene por las obligaciones indemnizatorias exigibles.

En segundo agravio cuestiona que se haya considerado justa la causa del despido y suficiente injuria el exceso de velocidad en que supuestamente incurrió su parte mientras conducía el vehículo de la empleadora y que causo el accidente; destaca que aún admitiendo que hubiera actuado con impericia y/o negligencia, resulta extremadamente rigurosa la interpretación, atento a que se trata de la máxima sanción a utilizarse que prevé la ley, cuando el ejercicio del poder disciplinario debe ser proporcional a la falta cometida y teniendo como única alternativa el distracto.

Critica que para justificar la causal se haya valido de un supuesto informe producido por la empresa a quien los demandados realizan el servicio de transporte de su personal, totalmente ajena a los contendientes y al proceso laboral mismo, que no constituye una pericia judicial ni forense, y que conforme se ventilaron los hechos, ameritaban un tratamiento de las pruebas en su conjunto, además de una prudente valoración de los hechos.

Reseña el accidente, acentuando que no se consideró la existencia de un factor externo que provocó la colisión, el cruce de un camión de manera intempestiva y negligente, violando las normas de tránsito, que ingresó desde el lateral derecho de la ruta que transitaba, resultando inevitable eludirlo, mientras el sentenciante atiende a que en ello sólo incidió la velocidad excesiva, aún cuando fuera impugnada en la etapa procesal oportuna y nunca fuera probado, al no haberse arriado las actuaciones penales, y frente a su ausencia, tampoco se proveyera la pericial accidentológica.

Cuestiona que se haya omitido considerar que la prueba informativa e instrumental en poder de terceros ofrecidas por la demandada y proveída a los fines de acreditar el supuesto de la culpabilidad del accidente, caducaron por negligencia y por lo tanto no se pueden valorar al momento de considerar la casual de despido refiere al exceso de velocidad; respecto a la testimonial producida, no constituye una fuente directa e idónea en la cual pueda valerse el juzgador, ya que ingresa al proceso en función de comentario que se han escuchado de terceros, no gozando de veracidad a los fines de dilucidar el conflicto.

Destaca que el a quo omite atender los textos legales y de los principios que reviste al derecho laboral, violando los arts. 9 y 242 de la LCT; que hace errónea apreciación de los hechos sobre los cuales se trabó la litis y por consiguiente, cuando aplica la ley, desatendiendo la existencia de un tercero causante del accidente de tránsito, y que cualquier hipotética contravención acerca de la velocidad, encuadraba en un mero reproche de infracción administrativa, debiendo mediar relación causal entre la injuria y la de los intereses legítimos entre las parte, con virtualidad suficiente para impedir la continuación laboral, que no se ha configurado en autos; que ha prescindido de prueba y que era carga de la empleadora que incurrió en caducidad probatoria, cuando aquella no debe dar lugar a dudas sino certezas, deben ser valoradas con criterio estricto, y en su caso se debe beneficiar al trabajador (art. 9 LCT), no existiendo la que inculpe al trabajador, ni de impericia de tal magnitud o que diera lugar al accidente de tránsito; que en la sentencia se incurre en una grave y arbitraria valoración del plexo probatorio, al no advertirse lo denunciado respecto a la inexistencia de contemporaneidad o inmediatez entre la supuesta injuria, atento a que el siniestro ocurrió el día 26.05.2008 y el despido fue casi dos meses después, el 18 de julio del mismo año.

Cita jurisprudencia y formula reserva del caso federal por arbitrariedad.

Sustanciado el recurso, sólo responde la co-demandada Yopolo a fs. 196/198; pide se rechace la apelación con costas; denuncia incumplimiento de los recaudos del art. 265 del CPCyC, y en relación a la procedencia del planteo de los excepcionantes, destaca

que el actor jamás los intimó antes y que conocía quién era su empleador, resultando aplicable al caso la teoría de los actos propios, existiendo prueba documental de que uno de los perseguidos se trata de la identidad de fantasía que utiliza, que no es una persona jurídica, en el alegato el pretensor no se refirió a los demás co-demandados, mientras los testigos informan que aquellos son sus hijos y que su parte es la dueña.

Sostiene que se encuentra acreditado que el actor fue despedido por manejar en exceso de velocidad, tratándose de una conducta negligente e imprudente, cuando siendo un conductor profesional de una empresa que tiene como único capital los vehículos de pasajeros, que en el caso resultó dañado en el accidente, aquel profesionalismo en el traslado es de vital y singular importancia; resalta que la unidad destruida contaba con tacógrafo colocado, inspeccionado y controlado por otra empresa, quien realizó una investigación del accidente y cuyo resultado fue entregado en mano al actor, acreditándose que realizó el descargo en que no pudo justificar su accionar.

III.- Que la sentencia en crisis hace lugar a las excepciones de falta de legitimación pasiva interpuesta por los codemandados y la rebeldía de otros dos, con fundamento en que la afirmación del actor se vio desvirtuada con la negativa de aquellos que se presentaron, y fundamentalmente, de la prueba incorporada de la que surge claramente la identidad de la que en definitiva resulta ser la que lo contrató, le abonó el sueldo y lo despidió; luego, ante la determinación de la única empleadora, también libera a otro de los perseguidos y aquel identificado en un nombre de fantasía, a pesar de no haber contestado la demanda.

Que en relación al despido directo, considera que la empleadora cumplió con las formalidades requeridas por el art. 243 de la LCT, resultando aquel ajustado, al haberse acreditado el incumplimiento contractual del actor cuando realizó una maniobra sumamente imprudente, desatendiendo elementales normas de tránsito, como son el exceso de velocidad, la indiferencia a los carteles indicadores de máximas velocidades y la abstención de conductas riesgosas para el mismo, importando ello una injuria de tal magnitud que alcanza para desplazar del primer plano de consideración el principio de continuidad del contrato de trabajo (art. 10 LCT).

Que reunidos los recaudos formales a los fines del tratamiento de los planteos introducidos por el agraviado, por razones metodológicas se habrá de analizar liminarmente aquel vinculado a los co-demandados respecto de los que se hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva, y con posterioridad se dirimirá lo relacionado con el despido directo dispuesto e impugnado por el actor.

A.- Sobre el primer punto, aprecio que la crítica resulta insuficiente para desvirtuar el razonamiento del juez de grado cuando rechaza la incorporación en base a la precisa determinación de la identidad de la persona con la que contrató y mantuvo el vínculo contractual el trabajador, desde que se ha evidenciado de los mismos recibos de haberes, certificaciones e intercambio epistolar la exclusiva relación con aquella (fs. 4/17).

De ninguna manera, se ha esbozado una refutación lógica y jurídica que posibilite el tratamiento del tema de referencia, más allá de la mera disconformidad y de un criterio restrictivo de la deserción, cualquier avance implicaría una elaboración intelectual que excede las facultades del tribunal de alzada y pone en grave peligro el derecho de debida defensa (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; 265 y 266 del Cód. Procesal).

En particular si la pretensa incorporación como obligados se funda en el deber que tenían de desvirtuar la presunción legal o como derivación de la incontestación de la demanda, cuando en definitiva en el recurso no se describe la prueba relevante desatendida en la sentencia que haya evidenciado la simultánea y multiplicidad de tareas prestadas a favor de cada uno de aquellos, que constituye el presupuesto del art. 23 de la LCT, cuando estaba a su cargo producirla, para así, a partir de ello, hacer surgir la carga de demostrar en contrario.

Que el artículo 265 del C.P.C.C. expresamente dispone: “El escrito de expresión de agravios deberá contener la crítica concreta y razonada de las partes del fallo que el apelante considere equivocadas. No bastará remitirse a presentaciones anteriores. ..”. Y el artículo siguiente establece: “Si el apelante no expresare agravios dentro del plazo o no lo hiciere en la forma prescripta en el artículo anterior, se declarará desierto el recurso y la sentencia quedará firme para él.” (cfme. arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 20 del Cód. Civil; y 34 inc. 4 del Cód. Procesal).

Que el contenido suficiente de la demanda de impugnación es una carga procesal del apelante, sin la cual es improcedente la revisión por parte del tribunal de alzada. Si bien no se estipulan formas sacramentales es imperioso que contenga una crítica precisa de cuáles son los errores que contiene la resolución, sea en la apreciación de la prueba o en la aplicación del derecho, estudiando los razonamientos del juzgador y aportando la refutación lógica y jurídica que de lugar a la revocación perseguida.

Que en este sentido no constituyen expresión de agravios idónea las afirmaciones genéricas sobre la prueba, omitiéndose precisar el yerro en que incurrió el juez en sus argumentos sobre aquella; disentir con la interpretación judicial sin suministrar bases jurídicas para un distinto punto de vista; las consideraciones subjetivas, disgreciones inconducentes o afirmaciones dogmáticas; la

reiteración de argumentos ya planteados en escritos anteriores; las generalizaciones; y la simple proposición de una exégesis legal distinta que se considera más adecuada (p. 452, t. 1, Rev. De Derecho Procesal, Medios de impugnación-Recursos, Ed. Rubinzal-Culzoni).

De todas formas, la documental aportada y en los términos de las declaraciones testimoniales (fs. 69, 147/149), lleva acierto el actor respecto a que la condena debe comprender a "Transporte Los Rusos", denominación de fantasía de la empleadora Susana Concepción Yopolo.

B.- Que atento al fundamental agravio formulado por el rechazo de las indemnizaciones derivadas de la extinción del contrato de trabajo, tengo en cuenta que la empleadora Susana Concepción Yopolo lo resuelve alegando justa causa a través del siguiente despacho de fecha 18.07.2008: "Comunicamos a Ud. que queda despedido a partir de la fecha con justa causa. Motiva esta decisión el hecho que Ud. condujera en exceso de velocidad el vehículo que se le confiara para transporte de personal, con el cual se vio involucrado en un accidente de tránsito el día 26 de mayo de 2008" (fs. 1).

El actor rechaza totalmente la acusación formulada por la patronal en la constitución del despido mediante TCL (fs. 2) negando el derecho a despedir, ser culpable del accidente y haber conducido a exceso de velocidad, agregando: "Atento lo expuesto considero que el Despido es totalmente arbitrario e intempestivo e INTIMO ABONAR en el plazo de 48 hs. la integración del mes de despido, el preaviso, con sus aguinaldos y vacaciones proporcionales y la indemnización por antigüedad art. 245 LCT, tomando como base la mejor remuneración. Como así también INTIMO, en el mismo plazo, ABONAR diferencias salariales de acuerdo al CCT que rige la actividad petrolera con relación al real cargo, categoría y actividad que desempeñaba. Asimismo y de conformidad a la ley 2.323 INTIMO PLAZO 48 HS. Acredite haber registrado la relación laboral y efectuado los aportes previsionales y asistenciales pertinentes, bajo apercibimiento de reclamar la indemnización agravada que prevé dicha ley, y de efectuar las denuncias correspondientes. INTIMO plazo 48 hs. y de conformidad a la ley 25.345 y su decreto reglamentario a entregar el Certificado de Servicio y remuneraciones Art. 80 que establece la L.C.T. bajo apercibimiento de reclamar las multas que allí se establecen".

De los dichos de las partes, certificado y los recibos de sueldo (fs. 13/17-57, 59, 60, 61) surge que el trabajador era un chofer afectado al transporte de personal de otras empresas mediante un rodado que le era proporcionado por la empleadora, con 8 meses y 18 días de antigüedad, sin sanciones disciplinarias ni antecedentes de conductas como las que motivaron el distracto.

Que resulta también admitido por las partes que el día 26 de mayo de 2008 conducía el rodado Patente GUX 937 con el que tuvo un accidente mientras transitaba por la ruta Provincial N° 7, que fuera descripto por el ocasional y único pasajero que transportaba en los siguientes términos: "Tuvimos un accidente y después no lo vi más al actor. Yo iba con el ese día. Ibamos a trabajar entre las 18.32 y 19 hs, y en el cruce de Centenario salió un camión y chocamos. Para mi el actor se manejó bastante bien sino no lo estarías contando. Yo vi que frenó y trató de evitar el accidente. No sé a qué velocidad íbamos. Después del accidente nos vimos con el actor, no sé si quedó con problemas de salud. Al actor lo volví a ver como amigo, dice que el día del accidente no estaba lloviendo fuerte. No recuerdo la fecha, pero si sé que era cerca del invierno. Estaba oscuro, pero no mucho" (fs. 148), relato que coincide con lo reseñado por el actor en su demanda (fs. 18vta/19), mientras los restantes testigos que declaran no aportan información sobre el episodio que fue invocada como causa del despido.

Que a fs. 49/56 obran fotocopias de documentos y sin firma alguna aportados por la demandada que fueron atribuidos a la empresa DLS Argentina Limited Sucursal Argentina, titulados "Investigación de Accidente", de dos fotografías, de dos gráficos de velocidad por Móvil, un detalle de Km y Velocidad de la unidad GUC 937 Transporte Los Rusos y un Informe tacógrafo, mientras que a fs. 58, luce el "INFORME DEL ACCIDENTE PARA SER ENTREGADO A DLS DE ARGENTINA LIMITED Sucursal ARG", que se atribuye al actor e incluye su firma, todo ello también en copia, con una explicación sobre lo ocurrido: "subo por Conquista del Desierto hacia ruta provincial N° 7 con destino Centenario y en el ingreso a dicha localidad llegando a la intercepción con una bocacalle ubicada al costado del Cementerio local, un camión con semi acoplado ingresa a la Ruta Provincial para cruzarla de forma imprevista y sin percatar que yo venía circulando por dicha ruta. El conductor del camión cuando cruza la intersección no se percata que venía circulando con sentido contrario automóviles por lo que frena en el medio de la ruta no pudiendo yo evitar el impacto con el semi acoplado, en ese momento yo circulaba por dicha ruta a una velocidad aproximada de 90km/h. Los hechos posteriores son de público conocimiento".

Que el artículo 242 de la Ley de Contrato de Trabajo dispone textualmente que: "Justa causa. 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 consienta la prosecución de la relación. La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces, teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resulta de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la presente ley, y las modalidades y circunstancias personales en cada caso." (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. K de la Const. Prov.; 20, 62, 63, 79, 81, 243 y 246 de la Ley de Contrato de Trabajo; 377 y 386 del Cód. Procesal).

La injuria laboral es un incumplimiento o inobservancia de las obligaciones de prestación o de conducta del contrato de trabajo, tanto sea por acción u omisión de una de las partes, que importa daño o menoscabo a la otra. El despido para ser justificado debe reunir en tal sentido los requisitos de proporcionalidad, causalidad y oportunidad, entendiéndose por el primero la existencia de una gravedad suficiente que impida la prosecución de la relación laboral, cuya acreditación corre a cargo del denunciante y valoración prudencial del juez. Si existe duda, deberá primar el principio general de subsistencia del contrato de trabajo (p. 21, t. II, Derecho Laboral, Valentín Rubio; p. 37, Régimen Indemnizatorio en el Contrato de Trabajo, Julio Armando Grisolía; y p. 497, Práctica Laboral, Juan Carlos y Santiago Fernandez Madrid).

El despido disciplinario constituye la sanción más grave y en casos de menor gravedad debe acudirse a la suspensión disciplinaria. La causa injuriosa que ha sido conocida con anterioridad y no motivó sanción alguna no puede justificar el despido. Debe recordarse que el ordenamiento jurídico laboral faculta al empleador a aplicar sanciones disciplinarias de envergadura tal como la de suspender por 30 días sin obligación de pagar salario (art. 67 L.C.T.) por lo que al despido –máxima sanción- debe llegarse luego de agotar la escala sancionatoria o bien cuanto se trata de un incumplimiento único de gravedad tal que impida por si la prosecución de la relación (art. 242 L.C.T). (CNAT, sala VII, 6.9.85, Sarandi Fulvio c. Lázaro Costa S.A., DT 1988-B-1624). (p. 1621, T. II, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Fernández Madrid).

La valoración deberá ser hecha prudencialmente por los jueces teniendo en consideración el carácter de las relaciones que resultan de un contrato de trabajo, según lo dispuesto en la ley laboral y las modalidades y circunstancias personales en cada caso. En particular tienen importancia los deberes y derechos que se establecen en los arts. 62 a 89 de la L.C.T.

Que conforme el marco fáctico y jurídico desarrollado, a los fines de la proporcionalidad de la decisión adoptada por la empleadora, resulta que la prueba descripta, en particular documental que atribuye a una empresa y vinculada con la mecánica del accidente e informes de velocidad, aparece ciertamente controvertida al no verificarse con prueba alguna su origen ni procedimiento seguido para obtenerla, y a los fines de indicar la velocidad que el actor pudo haberle impreso al rodado; como tampoco se ha acreditado el punto exacto del accidente que permita constatar la autorizada en dicho tramo; y no menos, la ausencia de todo registro sobre la colisión ante terceros, que permitan vincular su acaecimiento con la negligencia o impericia para conducir, antecedentes que en definitiva relativizan la apreciación que pueda otorgársele al relato contenido en el informe de fs. 58, máxime cuando los restantes carecen de firma, ni se denuncia bajo qué medio se obtuvo y a qué efectos.

Luego, y aún cuando se tuviera por admitida la velocidad aproximada que llevaba al transitar la ruta provincial (90Km), ante la ausencia de prueba sobre los límites reglamentarios, ni culpabilidad en el accidente del día 26 de mayo de 2008, y fundamentalmente, otros antecedentes disciplinarios, resulta imposible avalar el despido directo si no se ha comprobado con el rigor que se le exigía a la empleadora la calificación de injuria al incumplimiento laboral denunciado (art. 242 LCT y 377 del CPCyC), y en orden al análisis integral que impone la legislación de fondo, quedó exteriorizado que la ruptura no resultó contemporánea con el hecho (26.05.2008) atento el tiempo transcurrido hasta su anoticiamiento (18.07.2008) como bien resalta el trabajador, exhibiendo un comportamiento contrario a los deberes de desempeñarse con criterio de colaboración y con buena fe que impera en todo vínculo laboral (cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 inc. K de la Const.Prov.; 20, 62, 63, 79, 81 de la LCT; 377 y 386 del Cód. Procesal), y aún la falta de registro de una suspensión laboral, permite concluir su continuidad en la prestación de tareas luego del accidente.

“1.- No corresponde justificar el despido dispuesto por empleadora puesto que aunque el actor no discuta la ocurrencia del accidente referido por la demandada, y que la unidad que el actor conducía llegó a circular a 98 km/h, lo cierto es que la empresa demandada no aportó elementos probatorios suficientes para demostrar que el actor hubiese efectuado una maniobra imprudente y temeraria, ni que su negligente proceder hubiera derivado en un serio y gravísimo desprestigio y daños a la imagen comercial de la empresa, -incumplimientos imputados en la comunicación del despido-. 2.- El despido dispuesto resultó desproporcionado puesto que más allá del mayor grado de responsabilidad que eventualmente pudiera corresponderle al actor debido a su condición de conductor profesional, la naturaleza de su función, -que implica dirigir una unidad de larga distancia por las transitadas calles y rutas de nuestro país-, trae aparejado el riesgo lógico y permanente de sufrir accidentes, que en el caso sucedió mientras el actor intentaba realizar una maniobra normal (sobrepaso) para el tipo de tareas que realizaba diariamente a favor de la demandada. 3.- La pérdida de confianza, -invocada en la comunicación del despido-, como acto de incumplimiento a los deberes de fidelidad y lealtad, corresponde a una valoración subjetiva del empleador que por sí misma no constituye una causal de despido, por lo tanto, debe encontrar sustento en elementos fácticos y objetivos que conduzcan a sostener que existió una violación a los deberes genéricos de conducta vinculados al comportamiento de las partes en la ejecución del contrato de trabajo tales como la buena fe y la confianza recíproca (arts. 62 y 63 de la LCT.). 4.- En el hipotético caso en que pudiera considerarse que los incumplimientos endilgados al actor se encuentren debidamente acreditados, -maniobra imprudente al volante que derivó en un accidente-, la

sanción dispuesta (despido) resultó desproporcionada, toda vez que de acuerdo con las facultades disciplinarias que le confiere el art. 67 de la LCT., la demandada pudo haber aplicado una medida acorde a los supuestos incumplimientos endilgados (conf. art. 220 de la LCT.), ajustándose al principio general de preservación del contrato de trabajo establecido en el art. 10 de la LCT. y teniendo en cuenta, que el actor era un empleado que contaba con antigüedad en la empresa y que no registraba antecedentes disciplinarios de ningún tipo." (Salas Horacio Francisco c/ Empresa Pullman General Blgrano S.R.L. s/ despido, Cámara Nacionalde Apelaciones del Trabajo Sala I, 29-abr-2013, MJ-JU-M-79113-AR | MJJ79113 | MJJ79113).

Concluyendo entonces, y apreciando la prueba señalada conforme las reglas de la sana crítica (art. 386 CPCyC), al no haberse demostrado acabadamente el hecho denunciado como causal del despido directo, el mismo deviene injustificado (cfme. art. 242 de la L.C.T.), debiendo la empleadora asumir los rubros indemnizatorios y liquidación final por la suma total de $11.474,12, a cuyo fin se tomó como base el mejor salario en los términos del art. 245 de la L.C.T, ref. 25.877, el denunciado correspondiente al mes de marzo de 2008 según recibo de fs. 14 por $3.844,06, resultando: a) indemnización por antigüedad, $3.844,06; b) indemnización sustitutiva del preaviso, $3.844,06; c) integración del mes de despido, $1.999,00; d) SAC proporcional rubros b y c, $320,00 y $134 respectivamente; e) Vacaciones Proporcionales (8 días) y SAC $1230,04 y $103,00 respectivamente.

La condena incluirá la entrega de la certificación de servicios y remuneraciones, y la constancia documentada de aporte y contribuciones efectuados a los distintos organismos provisionales, al no haberse acreditado que se hubieran entregado ni puesto a disposición del actor en tiempo oportuno, para que se cumpla dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente, bajo apercibimiento de aplicarse astreintes que serán fijadas operado el vencimiento y a partir de la primera petición que formule la parte.

C.- Atento los términos vertidos y el plexo probatorio colectado a los fines de la procedencia del daño extrapatrimonial reclamado, estimo que en el caso no se ha comprobado claramente el perjuicio moral denunciado, resultando insuficiente el los términos utilizados para el despido directo.

A su vez, la indemnización tarifada por despido injustificado excluye la posibilidad de invocar los daños originados por el cese (daños e intereses, desempleo, etc.). Dicho resarcimiento procede haya o no daños y no cambia su medida por la cuantía de éstos. Salvo en los supuestos en que el empleador cometiera actos ilícitos distintos del propio despido injustificado. De ahí que en principio no puede invocarse lucro cesante, daño emergente, ni daño moral, derivado del solo hecho de la disolución del contrato. (p. 1725, t. II, Tratado Práctico de Derecho del Trabajo, Fernandez Madrid).

El doctor Guibourg ha explicado esta tesis en los siguientes términos. "Al establecer una tarifa, el legislador fija el ámbito de los perjuicios que ella ha de compensar de modo real o ficto. En el caso de la ruptura del contrato de trabajo, la indemnización sobre el perjuicio derivado de la pérdida del empleo y asimismo todo derecho material originado en el incumplimiento patronal de las obligaciones contractuales. Pero cuando –en ocasión de la ruptura del contrato o fuera de ella- el empleador incurre en conductas que causan perjuicio al trabajador desde el punto de vista extracontractual- es decir, cuando le causa un daño que resultaría indemnizable aun en ausencia de una relación laboral- tal responsabilidad no puede verse condenada mediante el simple pago de la tarifa" (p. 1727, ídem).

Así, se ha dicho que: "La indemnización prevista por el artículo 245 de la ley de contrato de trabajo constituye la reparación de los daños materiales y morales que son consecuencia normal del despido injustificado, por lo que no cabe fijar una indemnización adicional por daño moral, excepto en los supuestos en que el empleador cometiera actos ilícitos distintos al tiempo de la extinción de la relación de trabajo (CNT, sala IV, 21.8.86, Alvarez Valdez Jorge c. SADAIC, LT 1986-XXXIV-B-786; íd., CNT, sala VI, 11.7.83, Farkas Guillermo c. YPF, DT1983-B-1307).

"Si bien la existencia de una relación laboral no descarta in límine, la posibilidad de que entre las partes exista responsabilidad extracontractual, corresponde a quien reclama la reparación del daño, no solo la individualización de los hechos que considera perjudiciales sino, conforme el criterio que tiene sentado la CSJN, la prueba concreta de que dicho daño moral se ha sufrido (Fallos 273:269;302:1339) extremo éste que no se cumple cuando -como en el caso- la recurrente sólo se limita a manifestar de manera genérica que a raíz de la conducta fraudulenta de la demandada, ha sufrido un estado depresivo, sin producir ninguna prueba que respalde su postura." (BT 58 TOQ 1246, Autos: Perez Karina c/ Pinto Hilda y otro s/ despido Magistrados: (Corach-SC.) Sala: Sala X - Fecha: 29/02/2008 - Nro. Exp.: 21653/04 Nro. Sent.: 15916 Tipo de sentencia: SD-LDT).

D.- Finalmente, tampoco se admitirá la multa del art. 1° de la ley 25323, considerando que en el caso no se cumple el presupuesto allí regulado para que se incrementen las indemnizaciones atento a que no se demostró que se tratara de una relación laboral no registrada o que lo estuviera en modo deficiente.

IV.- Conforme todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo que se revoque parcialmente la sentencia de grado, para confirmar el rechazo de las excepciones y, haciendo lugar parcialmente a la demanda, y condenar a la accionada Susana Concepción Yopolo y

"Transporte Los Rusos" de Susana Concepción Yopolo a abonar al actor dentro del plazo de 10 días de quedar firme la presente, la suma de $11.474,12, con más los intereses que se calcularán desde la fecha del despido (18.07.2008) a la tasa activa del Banco de la Provincia hasta el 31 de agosto de 2015, y de allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil, debiéndose utilizar la primera hasta que la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).

Integrar a la condena, a cumplirse en el mismo plazo, la entrega de la certificación de servicios y remuneraciones, y la constancia documentada de aporte y contribuciones efectuados a los distintos organismos provisionales, al no haberse acreditado que se hubieran entregado ni puesto a disposición del actor en tiempo oportuno, bajo apercibimiento de aplicarse astreintes que serán fijadas operado el vencimiento y a partir de la primera petición que formule la parte.

IV.- Que conforme a lo decidido, procede realizar una doble imposición en costas, cargándolas por un lado a la demandada perdidosa en ambas instancias (arts. 17 Ley 921 y 68 del CPCyC) dejándose sin efecto los porcentajes fijados en la sentencia de grado, y cumplir una nueva conforme el resultado que arroje la planilla que se practique en el juzgado de origen, a cuyo fin se establece en el 16% para el letrado patrocinante del actor y 5% para su apoderado, y para el profesional de la demandada en el 70% de aquel porcentaje, mientras que los de Alzada para los letrados de la accionante en el equivalente al 30 % y el 25% para los letrados de la parte demandada de los antes fijados (arts. 6, 7, 9, 10, 37 y 15 L.A.).

En segundo lugar, y en relación al progreso de las excepciones, se impondrán al actor las costas de la instancia de grado derivadas del rechazo de la demanda respecto de Diego Gastón Rossomando y Eduardo Esteban Rossomando, procediendo regular los honorarios al letrado que los representó y a los del demandante, en conjunto, en el porcentaje del 11% y 11% respectivamente.

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. 180/184, respecto al progreso de las excepciones de falta de legitimación pasiva.

2.- Imponer las costas de Alzada al actor en su calidad de vencido (art. 17 Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Revocar parcialmente la sentencia dictada a fs. 180/184, haciendo lugar parcialmente a la demanda, condenando a la accionada Susana Concepción Yopolo y "Transporte Los Rusos" de Susana Concepción Yopolo, a abonar al actor Juan Carlos Valdebenito, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la presente, la suma de PESOS ONCE MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO CON DOCE CENTAVOS ($11.474,11), con más los intereses que se calcularán desde la fecha del despido (18-7-2008) a la tasa activa del Banco de la Provincia hasta el 14 de agosto de 2015, y desde allí hasta el efectivo pago, a la que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.C.C., debiéndose utilizar la primera hasta que la última sea publicada.

5.- Condenar a la accionada Susana Concepción Yopolo y "Transporte Los Rusos" de Susana Concepción Yopolo, a la entrega en el plazo de diez días de quedar firme la presente, de la certificación de servicios y remuneraciones y la constancia documentada de aportes y contribuciones efectuada a los distintos organismos provisionales, bajo apercibimiento de aplicarse astreintes, que serán fijadas operado el vencimiento y a partir de la primera petición que formule la parte, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

6.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas (art. 17 Ley 921).

7.- Dejar sin efecto los honorarios regulados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), en la oportunidad del art. 51 de la ley 921, se fijan en los siguientes porcentajes: en el 16% del capital mas intereses para el Dr. ..., patrocinante del actor, en el 40% del monto del patrocinante para el Dr. ..., apoderado y para el Dr. ..., patrocinante de la demandada, en el 70% del patrocinante de la actora (arts. 6, 7, 10, 20 y 39 Ley 1594).

8.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el punto que antecede a los que actuaron en igual carácter por la actora y el 25% para los letrados de la demandada (art. 15 L.A.).

9.- 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

"BARRIA CYNTIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. – MALA PRAXIS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 428514/2010) – Sentencia: 34/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

MALA PRAXIS. MUERTE DE UN HIJO. SEGURO COLECTIVO. ASEGURADORA. LEGITIMACION PASIVA. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. DAÑO MORAL.

1.- Corresponde dejar sin efecto la sentencia que hace lugar a la excepción de falta de legitimación interpuesta por la compañia de seguros, y en consecuencia, condenar a esta última, en la medida del seguro, por la mala praxis en que incurrieran médicos dependientes del estado provincial, al no proporcionar la debia atención a la actora y por la que perdiera la vida su hijo por nacer, pues y teniendo en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura del seguro, en tanto ha actuado como contratante del seguro médico colectivo a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, lo cual, de manera alguna habilita a considerarla ajena como parte del contrato de seguro médico celebrado con la aseguradora. De lo contrario, las erogaciones provocadas por 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.

2.- En atención a las características del hecho generador -muerte de un hijo en su última etapa de gestación-, y de conformidad con el art. 165 del Código Procesal, el daño moral debe ser valorado en su justa medida a la suma de $180.000.

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “BARRIA CYNTIA CARINA C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ D. Y P. – MALA PRAXIS” (Expte. Nº 428514/2010) venidos en apelación del Juzgado de Primera Instancia en lo CIVIL Nº CINCO a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 1003/1015 y vta., hizo a la demanda promovida por la señora Cyntia Carina Barria y condenó a la Provincia del Neuquén a abonarle la suma de $148.000, con más los intereses determinados en los considerandos respectivos. A su vez hizo lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva por el supuesto de no seguro, opuesta como defensa de fondo por SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., y le impone las costas a la Provincia en atención a su carácter de vencida.

Para así resolver, considera que “todo tratamiento médico cuenta con un margen de imprevisibilidad que tradicionalmente se denomina

alea, de modo que aun tomando todos los recaudos necesarios, el resultado puede ser diverso al buscado, circunstancia que no siempre es reprochable al facultativo. De allí la importancia de la prudencia al momento de evaluar la conducta médica. En definitiva y en lo que se refiere al punto en cuestión debe tenerse en cuenta que, con relación al médico, no es admisible la responsabilidad objetiva, que es necesario que exista culpa de su parte (no la culpa leve o levísima), que su tarea es de medios no de resultado, que la ciencia médica no es exacta, que debe apreciarse con criterio restrictivo y que debe tratarse de un error objetivamente injustificable".

Interpreta en atención a lo explicado por los profesionales médicos que "era necesario atento el estado de la actora, el monitoreo de los latidos fetales para determinar una cesárea de urgencia. Ello no ocurrió, por lo que entiendo que los médicos tratantes –dependientes del Hospital Castro Rendón-, omitieron aquellas diligencias que hubiese correspondido según las circunstancias de tiempo, lugar y medio, configurándose la culpa y en consecuencia incumplieron con su obligación de medios, cual es la de obrar con prudencia y en pleno conocimiento de las cosas y exigibles por la lex artis".

Esa decisión es apelada por la demandante a fs. 1020 y sus letrados hacen lo propio con los honorarios que les fueran regulados, por bajos; y la demandada también cuestiona la sentencia a fs. 1022.

II.- a) Agravios de la parte actora (fs. 1027/1028)

Considera bajo el monto otorgado en concepto de daño moral. Aduce que, la muerte de un hijo implica una alteración al orden natural, que necesariamente impone un desmedro existencial.

Sostiene, que si bien, respecto del daño moral es común referir las dificultades que importa su cuantificación, los síntomas por los cuales se expresa la aflicción, el dolor, la angustia, que lo caracterizan generan pautas que son observables dependiendo de las características propias de los damnificados y resultando diversa la valoración que puede hacerse del daño moral derivado de la muerte de un familiar que aquella emanada de difamación por calumnias.

Afirma que en el caso de autos, tanto de las testimoniales como de la pericia psicológica, se advierte que la existencia de sufrimiento y dolor de la actora por el fallecimiento de su hijo, es por la evidente mala praxis del personal dependiente de la demandada.

Estima que debería elevarse este rubro como mínimo a la suma de $170.000.

A fs. 1029 se ordenó correr traslado de los agravios, y vencido el plazo no fue contestado por la contraria.

II.- b) Agravios de la codemandada Provincia del Neuquén (fs. 1032/1036 vta.)

Cuestiona la sentencia porque se hizo lugar a la excepción de no cobertura opuesta por la Compañía SMG citada en garantía, sin mayores apreciaciones ni análisis concreto del caso, y se le imponen las costas a su parte.

Aduce, que carece de toda lógica que la Provincia contrate un seguro para resguardarse de reclamos por mala praxis médica de sus profesionales, en ocasión de funciones en nosocomios públicos, que no incluya a la Provincia misma.

Refiere, que no tendría sentido dar cobertura asegurativa a los médicos, si no 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.

Indica, que en la póliza contratada, N° 490169, se consigna: "Queda entendido y convenido que cuando se mencionan los vocablos "ASEGURADO" o "TOMADOR" se considerará indistintamente..."; y que dicha expresión no hace mas que reconocer el derecho que asiste al Estado provincial como asegurado, como legitimado para citar a la aseguradora SMG, en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros.

Dice, que dentro la órbita del Estado ha sido el Ministerio del área Salud quien, a través del Banco de la Provincia del Neuquén, contrata con SMG un seguro por responsabilidad médica, que consiste básicamente en dar cobertura al riesgo de responsabilidad civil frente a eventuales reclamos de pacientes atendidos en nosocomios públicos; y cuando fueran atendidos o intervenidos por los galenos 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 del cumplimiento de las funciones que, como dependientes, ejercen.

Señala, que de otro modo no se justificaría que la Provincia esté destinando 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 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.

Manifiesta, 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 erogarán 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 numerosos médicos en varios hospitales públicos.

Agrega, que la negativa de la aseguradora 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 provincial, jamás le generaría la obligación de asumir costos por el riesgo asegurado.

Corrido el pertinente traslado del recurso, el mismo es respondido por la aseguradora a fs. 1038/1041 vta., solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a debate, abordaré en primer término los agravios de la Provincia del Neuquén, referidos a la falta de cobertura del seguro que consagra la sentencia de primera instancia.

Luego de analizar los términos de la póliza N° 490169-0 –V. fs. 227-, se advierte con facilidad que le asiste razón al recurrente.

En efecto, de su lectura surge que el Estado Provincial, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, contrató una póliza médica colectiva para mantener indemne al asegurado, entre los que no se encuentra solamente el médico prestador del servicio, como se sostiene en la sentencia, sino también la propia tomadora del seguro, es decir, la Provincia, a fin de 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 lo expresado en el propio contrato, ya que al ser la Provincia, a través del Ministerio de Salud y Seguridad Social, la tomadora del 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 pretende garantizar es la indemnidad patrimonial del Estado frente a los juicios de mala praxis que se inicien en contra de sus dependientes.

En el sentido expuesto, ya me he expedido en la causa: “Ercole, Claudio Rubén y otro c/ Donnelly, Patricio E y Otro s/ D. y P.” (Expte. N° 428024/2010).

Consecuentemente, le asiste razón al apelante, pues, qué sentido tendría dar cobertura asegurativa a los médicos, si no lo es con alcance a la indemnidad del Estado provincial, en tanto dichos profesionales, incluidos en la nómina, solo 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 considerarla ajena como parte del contrato de seguro médico celebrado con la aseguradora SMG.

De lo contrario, las erogaciones provocadas por 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 las consideraciones expuestas, y teniendo en cuenta los términos y modalidades de la cobertura contratada, como asimismo el interés asegurable, la Provincia del Neuquén resulta alcanzada por la cobertura del 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 SMG Compañía Argentina de Seguros S.A., con costas a cargo de ésta última.

En lo que respecta al agravio de la parte actora relacionado con el monto fijado en concepto de Daño Moral, debo decir que si bien comparto el análisis realizado para admitir su procedencia en función de las características del presente caso, a mi criterio, el importe establecido ($100.000) resulta escaso.

Al estudiar las particularidades de cada caso, se debe tener presente que su reparación no puede ser fuente de un beneficio inesperado o un enriquecimiento injusto, pero debe satisfacer en la medida de lo posible, el demérito sufrido por el hecho –intempestivo fallecimiento de una hija por nacer-, compensando y mitigando las afecciones espirituales que éste causa.

Sabido es que en materia de daño moral no siempre es posible producir prueba directa sobre el menoscabo padecido, pues la índole espiritual y subjetiva del perjuicio muchas veces es insusceptible de tal acreditación. Sin embargo, en casos como el aquí tratado, los hechos objetivos permiten presumir sin hesitación la incuestionable lesión a las afecciones de una madre, que afectaron sus sentimientos, razón por la cual cabe considerar que tales contrariedades tuvieron relevancia suficiente para ocasionar el menoscabo a intereses no patrimoniales, según el curso natural y ordinario de las cosas (anteriores arts. 901, 903, 522 y concordantes del Código Civil). De tal suerte, apreciando las circunstancias del hecho y su indudable repercusión perniciosa en el ánimo de la accionante, no puede sino acordarse una condigna reparación por el perjuicio sufrido.

Al respecto la jurisprudencia ha dicho: “De los daños padecidos en la faz moral del individuo, muy pocos se patentizan con mayores ribetes trágicos que la muerte de un ser querido. Este agravio asume una inusitada magnitud cuando se trata de la desaparición de un hijo a edad temprana, pues la afectación aparece como un desprendimiento de la propia vida, que acarrea lesiones espirituales

tremendas e imborrables. La difícil tarea que se relaciona con la cuantificación dineraria de estas lesiones afectivas, debe ser emprendida, no obstante, con sensatez y justo discernimiento, pues lo inconmensurable del daño no debe propiciar decisiones que, por involucrar facultades discrecionales del órgano jurisdiccional, puedan eventualmente derivar en injusticia, excesos o inseguridad". ("Córdoba, Walter A. c/ Gobierno Nacional s/ Daños y perjuicios". Mag. Votantes: Suárez-Bissio).

Asimismo, esta Sala (PS-2007-T°II-F°254/257) tiene dicho que: "Para resarcir el daño moral no es exigible prueba acabada del padecimiento, sino que basta la acreditación de las circunstancias que rodearon el hecho y que permitan inferir la existencia y su extensión".

"...la cuantificación del daño moral no precisa de probanza alguna, desde que se lo tiene por acreditado con la sola comisión del ilícito, por tratarse de una prueba in re ipsa, que surge de los hechos mismos, cuya determinación debe hacerse en base a la facultad conferida por el art. 165 del Cód. Procesal Civil y Com. de la Nación sin que tenga que guardar proporción con los perjuicios materiales admitidos".

Ahora bien, en cuanto a la objeción referida al monto resarcitorio, sabido es que la medida del dolor en términos pecuniarios es, hasta cierto punto, inasible, pero tal como lo venimos sosteniendo en esta Sala, siguiendo los lineamientos del Código Civil y Comercial de la Nación, debemos tratar de dar a las víctimas los medios para paliar sus efectos; tal vez con alguna distracción o deleite que de alguna manera -imperfecta, pero tal vez, la única humanamente posible- alivie el sufrimiento.

Se ha expresado con acierto que una vez sufrido, el daño moral es imborrable, de manera que la única reparación jurídicamente posible es la dineraria (conf. Zavala de González, M., "Resarcimiento de daños" – 5ª - pág. 62 – Ed. Hammurabi – Bs. As., 2005).

La doctrina es conteste en afirmar que se trata de un modo imperfecto de compensar el perjuicio, y que la determinación de la cuantía no depende mayormente de la sapiencia jurídica cuanto de un criterio de prudencia según la singularidad de cada caso y sus características, a fin de equilibrar el propósito legal -la compensación del daño sufrido- con el medio imperfecto con que se cuenta -el dinero- procurando evitar el riesgo posible de un indebido enriquecimiento de la víctima. Ha de acudirse para ello, con las palabras de Mosset Iturraspe, a apreciar el perjuicio moral causado por el hecho que nos ocupa según el standard de "la intensidad del justo dolor del hombre medio" (autor cit., "Responsabilidad por daños", t. IV, pág. 197 - Ediar, 1986).

Por tales motivos, en atención a las características del hecho generador -muerte de un hijo en su última etapa de gestación-, y de conformidad con el art. 165 del Código Procesal, considero que el daño moral debe ser valorado en su justa medida a la suma de $180.000.

Con respecto a la apelación interpuesta por los letrados de la actora, la misma deviene abstracta, atento que de conformidad con el art. 279 del C.P.C.C., los mismos deberán dejarse sin efecto y proceder a una nueva determinación

IV.- Por las razones expuestas, propicio al Acuerdo que se modifique la sentencia, y se deje sin efecto el acogimiento de la excepción de falta de legitimación interpuesta por la Aseguradora, y en consecuencia, se condene a esta última, en la medida del seguro, más intereses, a abonar las sumas a la que ha sido condenada la Provincia del Neuquén, con costas de ambas instancias, por dicha actuación a cargo de SMG, atento a su carácter de vencida, debiéndose determinar los honorarios de ambas instancias conforme las pautas de los arts. 6, 7, 10, 11, 12, 20, 3537 y 15 L.A.

Elevar el monto de condena por daño moral, a la suma de $180.000 a favor de Cyntia Carina Barria conforme lo expuesto precedentemente y lo reclamado en el escrito de demanda, con costas de ambas instancias a cargo de los demandados, dejándose sin efecto los honorarios regulados a los letrados, los que deberán adecuarse al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), de conformidad con las pautas establecidas en los arts. 2, 6, 7, 10, 15, 20 y 37 de la ley 1594.

Tal mi voto.

El Dr. Medori dijo:

Por compartir los fundamentos expuestos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Modificar la sentencia dictada a fs. 1003/1015 vta., dejando sin efecto la excepción de falta de legitimación interpuesta por SMG COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A., y en consecuencia, condenar a esta última, en la medida del seguro, más los intereses, a abonar las sumas a las que ha sido condenada la Provincia del Neuquén.

2.- Imponer las costas de ambas instancias por dicha actuación a cargo de la Aseguradora, atento a su carácter de vencida (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de la instancia de grado, en los siguientes porcentajes sobre el capital más intereses: para el Dr. ..., patrocinante de la actora en un 3,33% y del Dr. ..., apoderado, en un 1,33%; para el Dr. ..., patrocinante de la demandada, en el 3,33%; para los Dres. ... y ..., apoderados, en el 1,33%; para los Dres. ..., ... y ..., patrocinante de la citada en garantía, en el 3,33%, en

conjunto y para el Dr. ..., apoderado, en el 1,33% (arts. 6, 7, 10, 11, 12, 20, 35 y 37 L.A.).
4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% a los letrados de la Provincia demandada y en el 30% a los de la citada, de lo establecido en el punto anterior a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).
5.- Elevar el rubro daño moral a la suma de PESOS CIENTO OCHENTA MIL ($180.000), con más los intereses fijados en la sentencia de grado, de conformidad a lo establecido en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.
6.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas (art. 68 C.P.C.C.).
7.- Dejar sin efecto los honorarios regulados a los letrados en la instancia de grado, los que adecuados al nuevo pronunciamiento (art. 279 C.P.C.C.), se establecen en los siguientes porcentajes sobre el capital mas intereses: para el Dr. ..., patrocinante de la actora en un 16% y del Dr. ..., apoderado, en el 40% del anterior (considerando las etapas) (arts. 2, 6, 7, 10, 20 y 37 Ley 1594).
8.- 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.).
9.- 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

"MORALES SILVIA ANDREA C/ GRANADO HECTOR GUILLERMO 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 471379/2012) – Sentencia: 35/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. RELACION DE CAUSALIDAD. PRUEBA. DAÑOS Y PERJUICIOS. PRIVACION DE USO DEL RODADO. INCAPACIDAD SOBREVINIENTE. DAÑO FISICO. DAÑO MORAL. GASTOS DE FARMACIA. TRATAMIENTOS MEDICOS FUTUROS. DAÑO PSICOLOGICO. CUANTIFICACION DEL DAÑO.

1.- El simple desconocimiento de la autenticidad de las fotografías y de los presupuestos de repuestos y mano de obra adjuntados con la demanda, cuando la actora ha comprobado la autenticidad de los mismos y su debida relación de causalidad con el accidente, pierde virtualidad para desacreditar tanto la existencia de los daños, como su quantum. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

2.- En lo referente a la “privación de uso del automotor”, cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, su sola privación produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hecho de privar a otro de un rodado es ya un daño resarcible, sin que sea exigible una prueba adicional. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

3.- La privación de uso no se compensa con el ahorro de gastos que en función del no uso genera dicha privación, pues más allá de que la actora al no poder usar el vehículo se ahorre el “combustible o el estacionamiento” ello de manera alguna tiene entidad suficiente para privar a la actora de solicitar una compensación pecuniaria provocada por las molestias, gastos y

privación que le ocasiona el verse imposibilitada de utilizar su vehículo. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

4.- En orden al daño físico, si bien coincido en parte con las apreciaciones efectuadas en la instancia anterior, en cuanto a que no surgen acreditadas todas las lesiones que la actora menciona en su demanda en el informe médico, entiendo que ello no es suficiente para rechazar la totalidad del rubro en cuestión, cuando la actora a través de prueba idónea -pericia médica y demás antecedentes médicos, como la historia clínica- ha logrado demostrar al menos parte de esas lesiones descriptas y su relación de causalidad con el accidente. Por lo tanto, partiendo de la edad de la actora a la fecha del accidente: 37 años, el salario que a dicha fecha percibía por su actividad como docente: $2.600; el porcentaje de incapacidad determinado en la pericial médica: 11,65%, sobre las pautas orientadoras que otorgan las fórmulas Vuotto/ Méndez, propondré hacer lugar a la indemnización por incapacidad física reclamada en la demanda, por la suma de $60.000, (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

5.- De conformidad con las pericias médica y psicológica obrantes en autos, el accidente no sólo ha provocado una lesión física sino padecimientos de índole espiritual y emocional en la actora, traduciéndose ello en: miedos, temor, inseguridad, alerta, angustia por lo sucedido al representarse el riesgo de vida e integridad física de su hijo y compañeras de trabajo, que la acompañaban al producirse el siniestro. Al confrontar tales padecimientos con los conceptos volcados sobre el daño moral, llegó a la conclusión que la actora ha padecido éste tipo de daño, por lo que corresponde que sea indemnizada en su justa medida. En función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, estimo justo fijar en la suma de $30.000 el daño moral. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

6.- Toda vez que la actora ha raíz del accidente ha experimentado un daño físico, ello implica que ha incurrido en una serie de gastos relativos a farmacia, medicamentos, etc., lo que me lleva a acoger favorablemente este rubro. Conforme facultades que me brinda el art. 165 del CPCyC, estimo apropiado fijar el rubro en cuestión en la suma de $1.500. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

7.- En cuanto a los gastos por tratamientos médicos futuros, partiendo de las lesiones experimentadas por la actora como consecuencia del accidente, en donde el perito médico indicó: “Puede ser sometida a rehabilitación física por dolencia crónica a nivel cervical y del hombro izquierdo. La duración del tratamiento y por ende su costo, dependerá de la evolución del paciente. Se estima al menos 40 sesiones; siendo su costo aproximado de $350 por cada sesión. Dicho tratamiento No garantiza una total recuperación. Pero si brinda una mejoría sintomática...” En función de ello, aconsejo hacer lugar a este rubro, que estimo prudente fijarlo en la suma de $14.000. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

8.- “De comenzar un tratamiento psicológico, la actora podría elaborar los conflictos emocionales ligados al evento traumático, y tramitar el alto monto de angustia que le provocan los ataques de pánico. Se estima, como mínimo, un año de tratamiento psicológico individual, a razón de $250 pesos la sesión. Dependiendo del profesional tratante”. En función de lo expuesto, y de conformidad con las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, fijo tal

rubro en la suma de $12.000. (del voto del Dr. Ghisini, en mayoría).

9.- La desmesura del reclamo contenido en la demanda, no puede impedir que se resarza el daño efectivamente comprobado, menor al reclamado en el escrito inicial. (del voto de la Dra. Clerici, en adhesión).

10.- Que habré de adherir en su mayor parte con el voto que antecede y disentir en relación a la incapacidad reconocida por daño físico y la cuantificación del daño moral, propiciando la confirmación de la decisión de grado en cuanto al primero por falta de prueba del nexo causal con el accidente objeto de autos, y fijar el segundo a la suma de $10.000, de tal forma de que el monto de condena alcanza a la suma de $44.841. (del voto del Dr. Medori, en disidencia).

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MORALES SILVIA ANDREA C/ GRANADO HECTOR GUILLERMO Y OTRO S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE", (Expte. Nº 471379/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Ghisini, dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 315/323, hizo lugar a la demanda de daños y perjuicios promovida por la Sra. Silvia A. Morales en forma parcial, condenando al demandado Héctor G. Granado, La Segunda Seguros Generales Coop. Ltda. y QBE Seguros La Buenos Aires SA a abonar la suma de $11.341, en concepto de daños materiales ($9.481) y por privación del uso ($1.500), con más los intereses especificados en los considerandos respectivos y costas del juicio en su condición de vencidos.

Mediante providencia de fs. 324 se intima a la parte actora a abonar en concepto de tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados, las sumas de $3.475 y $1.390 respectivamente.

Contra dicho auto de fs. 324, la actora interpone recurso de revocatoria con apelación en subsidio a fs. 325/327.

En donde cuestiona que se la intime al pago de la tasa de justicia y de la contribución al colegio de abogados, toda vez que con fecha 21 de diciembre de 2012, la a quo resolvió conceder el beneficio provisional de litigar sin gastos.

A fs. 328/329 la parte actora apela la sentencia y pide que se trabe embargo sobre las sumas que posea La Segunda Seguros Generales Coop. Lda., en las entidades bancarias que denuncia. A su vez, su letrado apela los honorarios que le fueran regulados por bajos.

A fs. 331 vta., punto III, la a-quo rechaza la traba de la medida cautelar, por considerar que falta el requisito del "peligro en la demora" a los fines de su procedencia. Este auto es apelado por la demandante a fs. 335/337 y vta.

En cuanto a la crítica por el rechazo de la medida cautelar, refiere que el peligro en la demora surge de la inestabilidad e inseguridad del mercado de las Compañías de seguros. Afirma, que en base a datos estadísticos cierra una compañía de seguros por mes.

A fs. 330 y a fs. 334 QBE Seguros La Buenos Aires S.A. y La Segunda Coop. Ltda. de Seguros Generales, respectivamente apelan la sentencia grado.

II.- a) Agravios de la parte actora (fs. 355/360)

En primer lugar, cuestiona el rechazo del daño físico, pues dice que la sentenciante no sólo descarta la pericia médica, sino todos los registros e historias clínicas relacionadas con el siniestro, por considerar que no se encuentra acreditada la relación de causalidad entre el hecho objeto de autos y las lesiones alegadas por la actora.

Sostiene, que se encuentra ampliamente acreditada la relación causal entre el hecho y las lesiones padecidas por la accionante como consecuencia del mismo, puesto que la Sra. Morales fue asistida en el hospital Bouquet Roldan el día del accidente, tal como consta a fs. 171/175.

Afirma, que dichos certificados dan cuenta de las lesiones por las que demanda; y menciona que de las Historias Clínicas surge que la actora sufrió "traumatismo de hombro izquierdo, trauma cervical y parestesia de 4° y 5° dedo".

Indica, que si bien en la demanda se expuso que la actora sufrió: "traumatismo de cráneo seguido de cuadro obnulatorio,

cervicalgia traumática con compromiso neurológico, severo traumatismo de hombro izquierdo con afectación de partes blandas, asimismo sufrió escoriaciones y quemaduras varias en extremidades superiores e inferiores". Menciona, que algunos golpes fueron sanando con el tiempo, como el traumatismo de cráneo que no dejó secuelas y las escoriaciones y quemaduras, lo cierto es que persistió la lesión en el hombro y en la cervical, según consta en los registros de atención que continuó realizando consultas al médico por estas dos lesiones.

Argumenta que no se entiende cual es la contradicción que considera la sentenciante existe entre los registros médicos, la pericia médica y la declaración testimonial, en donde la testigo declara que a la actora le dolía el brazo y el cuello, justamente en donde se localizan las lesiones constatadas en el hospital y en la pericia médica.

Expresa que la jueza pretende apartarse de la pericia médica considerando que no existe relación de causalidad entre el hecho y las lesiones constatadas por el perito médico. Opina, que si bien los informes periciales no son vinculantes, en el caso, la a-quo se apartó arbitrariamente del mismo.

En segundo lugar, le causa agravios el rechazo del daño moral al considerar que no se encuentra acreditado y que la a quo arriba a dicha conclusión apartándose de las pericias médica y psicológica realizadas en autos.

Cuestiona, que la jueza sin haber entrevistado a la actora, considere que el accidente no fue tan grave -apreciación totalmente subjetiva- y que por el transcurso del tiempo no sufre afecciones psicológicas, y si así fuera, ello no tiene relación con el accidente. No obstante que el perito afirma que las alteraciones psicológicas tienen relación de causalidad con el accidente sufrido por la señora Morales. Por tanto, entiende que esos padecimientos y la profunda angustia y depresión experimentada, deben ser resarcidos.

En tercer lugar, se agravia por el rechazo de los gastos de farmacia, radiografías, estudios médicos y tratamientos futuros (médicos y psicológicos).

Ello en base a los argumentos expuestos para rechazar los daños físico y moral, y a los fines de no resultar sobreabundante, se remite a dichos agravios.

A fs. 366/367, QBE Seguros La Buenos Aires S.A., contesta el traslado del recurso, solicitando su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de QBE Seguros

En su fundamentación de fs. 361/364, ataca la ocurrencia de los hechos conforme fueran esgrimidos en el escrito de demanda. Alega, que resulta improbable que un camión de un porte como el del demandado efectué una maniobra de desvío de izquierda a derecha, en forma abrupta, como si fuese un rodado ligero y liviano como una bicicleta, tal como se lo presenta en la demanda.

Menciona que el accionado circulaba por la calle Planas (que es la colectora de la ruta Nacional N° 22), y en ocasión de iniciar la maniobra de giro hacia la derecha, debidamente anticipada y señalizada, resultó embestido por el rodado de la actora, quien intentó ganarle el paso, sobrepasándolo en forma antirreglamentaria, por la derecha. Dicho contexto muestra al demandado y su vehículo en un rol netamente pasivo en lo que hace a la causación del siniestro.

Alega que la actora obró en franca violación a lo normado por el art. 42 de la ley 24.449 (a la cual nuestra ley provincial de tránsito ha adherido), que dispone que el adelantamiento de vehículos debe siempre realizarse por la mano izquierda, y con cumplimiento de los recaudos que la misma norma establece.

Sostiene, que el obrar de la accionante operó como un elemento interruptivo del nexo de causalidad.

Cuestiona la parcialidad del testimonio brindado por la Sra. Zdaniewicz, al comprenderle las generales de la ley por ser amiga de la actora.

En segundo lugar, de manera subsidiaria critica el monto de las indemnizaciones.

En relación a los daños materiales dice que la jueza establece que a pesar de que el perito interviniente no revisó el rodado, encuentra probado los daños alegados y verosímiles los presupuestos acompañados. Señala que su mandante desconoció la autenticidad material y formal de las fotografías, por lo que no se encuentra probado que en la misma se vea retratado el vehículo de la actora, ni que los daños que dichas fotografías presentan sean ocasionados como consecuencia de la colisión.

Sobre la privación de uso afirma que la falta de rodado no constituye por sí un daño resarcible, si no se suministran elementos de juicio que hagan verosímil la existencia de un concreto perjuicio derivado de esa carencia.

Sostiene, que si bien la indisponibilidad del vehículo implica necesariamente para su dueño una serie de molestias, no es menos cierto que el uso del automóvil ocasiona también un cúmulo de erogaciones, tanto directas como indirectas, tales como estacionamiento, combustible, etc.; las cuales se evitan en principio cuando no se dispone de la posibilidad de utilizar el rodado.

Entiende que para que prospere este rubro, es exigible que el interesado suministre prueba concreta de que los gastos y molestias causados por la falta de vehículo superan o exceden el ahorro que produce esta ausencia de uso, acompañando al expediente los elementos de juicio necesarios a ese fin.

Ataca la condena en costas, por cuanto considera que la demanda se inició por la suma de $150.341, y la condena es por $11.341, vale decir, que sólo se prosperó al 7,54% de lo reclamado, lo que implica que la demanda fue rechazada en un 92,46%; y no obstante ello en la sentencia se establece que la totalidad de las costas sean a cargo de su parte.

Agrega que en la sentencia se rechazaron varios de los rubros reclamados por la actora, por lo que entiende que la condena en costas debe ser distribuida proporcionalmente de acuerdo al resultado del pleito.

Por último, para el caso de que se hiciera lugar a la demanda, solicita expresamente que la totalidad de las costas a pagar por su mandante no superen el 25% del capital de condena, conforme arts. 505 y 730 del Código Civil.

A fs. 368/372 y vta., el actor contesta el recurso, y solicita su rechazo con costas.

III.- Preliminarmente debo abordar la apelación de la parte actora vinculada al rechazo de la medida cautelar, que fuera denegada en atención a que la compañía aseguradora ha asumido su deber de garantía frente al demandado y no se ha alegado riesgo de insolvencia de la misma.

Recordemos que en los presentes se ha dictado sentencia condenatoria por la suma de $11.341, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con más sus intereses, en contra del demandado y de las aseguradoras (v. fs. 322 vta.); la misma se encuentra apelada por el actor (fs. 328/329) y por la aseguradora QBE Seguros La Buenos Aires S.A. (fs. 330); habiendo requerido la demandante embargo preventivo en los términos del art. 212, inc. 3 del Código Procesal.

Al respecto, el artículo 212 del Código Procesal estipula expresamente:

“Proceso pendiente. Durante el proceso podrá decretarse el embargo preventivo: ...3° Si quien lo solicita hubiese obtenido sentencia favorable aunque estuviere recurrida”.

La tutela judicial cautelar se ocupó desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse para evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés. Con este objeto en la mira, se instaura la figura del embargo preventivo. (Alvarado Velloso, Adolfo, Lecciones de Derecho Procesal, pág. 909).

Los requisitos generales intrínsecos para otorgar cautelas son: 1) la necesidad de que, al tiempo de decretar la cautela solicitada, exista para el juez una clara verosimilitud del derecho pretendido y 2) que se afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la existencia de urgencia en la obtención de la cautela, pues se corre grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso. (Idem, pág. 919).

Ahora bien, en el caso concreto, ciertamente, le asiste razón al tribunal a-quo, en cuanto a que no habiendo alegado la insolvencia de La Segunda Seguros ni de QBE Seguros, no existe peligro en la demora que justifique admitir la medida cautelar pretendida.

Al respecto, esta Sala ya se ha expedido, al sostener: “En efecto: si bien es cierto que con el dictado de la sentencia... se cumple acabadamente con uno de los requisitos que hacen procedente a la medida cautelar: “verosimilitud del derecho”, en el caso no se ha logrado mínimamente acreditar el “peligro en la demora” que justificaría la procedencia del embargo solicitado. Las simples manifestaciones de temor volcadas por el recurrente, sin aportar alguna prueba que justifique la existencia de algún peligro concreto de insolvencia que pueda afectar el cumplimiento de la sentencia no constituye fundamento suficiente para su procedencia.” ("HERMOSO CLAUDIO DANIEL C/ HSBC LA BUENOS AIRES SEGUROS S.A. S/ EMBARGO PREVENTIVO E/A: 395023/9” (EXPTE. N° 42.536/12), sent. del 20 de diciembre de 2012).

La doctrina judicial ha dicho sobre este presupuesto en particular: “Dice R. Podetti que el peligro en la demora es el interés jurídico que justifica este tipo de medidas y que si bien la cautelar se otorga para disipar un temor de daño inminente, éste debe acreditarse prima facie o presumirse de las circunstancias del caso, debiendo el juez ser más severo en su apreciación que respecto de la verosimilitud del derecho. El peligro aunque sólo se requiera su prueba prima facie, debe ser objetivo, es decir no un simple temor o aprensión del solicitante, sino como dice el autor citado, derivado de hechos que puedan ser apreciados -en sus posibles consecuencias- aún por terceros. En definitiva en el caso de marras, ni siquiera se advierten indicios que hagan razonablemente presumir "periculum in mora" y menos aún se ha aportado prueba en tal sentido. No puede considerarse entonces, que de obtenerse una sentencia favorable, el actor vería frustrado su derecho al cobro de los honorarios médicos que persigue, sólo por el tiempo que transcurra hasta el dictado de aquel acto procesal. Se valora que el tiempo derivado de un proceso judicial, implica indudablemente una demora, más no necesariamente un peligro, éste debe ser acreditado, si bien prima facie, por cualquier medio de prueba, admitiéndose incluso sólo presunciones derivadas de indicios.” (Autos: Compulsa En J: Gagliardi, Manuel C/ Abdón, David S/ Cobro De Pesos - Nº Fallo: 93190607 - Ubicación: A130-182 - Nº Expediente: 133850 -Mag.: BERNAL-GONZALEZ-SARMIENTO GARCIA - CUARTA CÁMARA CIVIL - Circ.: 1 - Fecha: 23/12/1993-LDT).

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, se deberá rechazar la apelación en lo que

respecta a la denegación de la medida cautelar, y confirmar la resolución recurrida, sin costas en la Alzada atento la forma en que se resuelve y no mediar intervención de las contrarias.

En otro orden, y por razones metodológicas, ingresaré en primer término al estudio de los agravios expuestos por la citada en garantía referidos a su cuestionamiento de la responsabilidad que se le atribuye en la sentencia de grado a la parte demandada.

Ha quedado firme y consentido en autos, que le incumbe a la demandada, por aplicación del factor de responsabilidad objetiva consagrado en el art. 1113 del Código Civil, la carga de la prueba respecto de la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder.

En el caso sub examen, la apelante menciona como causal eximente de responsabilidad la culpa de la víctima, al alegar (v. fs. 124 vta.) que la actora embistió al camión al circular por su derecha y al realizar una maniobra antirreglamentaria de sobrepaso.

Teniendo en cuenta los elementos fácticos alegados en la contestación de demanda (fs. 122/129), para eximirse total o parcialmente de responsabilidad, la aseguradora debió acreditar la existencia de alguno de los hechos allí mencionados, pues de lo contrario, y en función de la presunción consagrada en el art. 1113, 2do. párrafo del Código Civil, al resultar responsable el demandado, la aseguradora debe responder en la medida del contrato de seguro.

De manera que, teniendo en cuenta la prueba colectada en la causa, coincido en este punto con las apreciaciones efectuadas en la sentencia de grado.

Ello es así, porque la recurrente no ha logrado acreditar ninguno de los supuestos mencionados en su contestación de demanda, ni los reiterados al expresar agravios.

Así, no existe prueba que acredite que haya sido el vehículo de la actora el que embistió al camión, ya que la única testigo presencial del hecho (viajaba en el asiento trasero del vehículo de la accionante), Natalia Soledad Zdaniewicz, en relación a la mecánica del accidente brindó una versión completamente distinta que la expuesta por la aseguradora.

Esta testigo expresó que iba en la parte trasera del vehículo conducido por la actora, junto al hijo de ésta, mientras que en la parte delantera iba una amiga de la actora. Dijo que ellas venían desde Valentina Sur y se dirigían por calle Solalique para cruzar la ruta y al detenerse allí vieron un camión que estaba sin luces y detenido, el que pensaron que estaba estacionado. Refirió que al ponerse la luz del semáforo en verde, vieron que el camión se movía y se les venía encima y que las arrastró unos metros hasta el cordón; que las puertas se trabaron pero pudieron salir. Expuso que llamaron a la grúa pero que ella se fue antes, pues acompañó a la actora al hospital Bouquet Roldan porque le dolía el brazo y el cuello o algo así. Mencionó que el camión estaba en contramano y realizó un croquis con la posición de los vehículos, que se encuentra agregado a fs. 196 vta. Señaló que la calle Solalique es de doble mano y que el camión estaba sobre la mano contraria. La testigo menciona que estaban casi a la par y que cree que no vio el auto porque el camión era muy grande y tenía autos arriba, sin recordar si tenía acoplado. Explicó que el camión apretó el auto pero no sabe a que altura del camión estaba el auto porque no recuerda con que parte del camión lo aplastó. Indicó que tanto la actora como el camión aguardaban la luz del semáforo y cuando se puso en verde ambos rodados emprendieron el giro hacia la derecha, pero el camión no advirtió su presencia y apretó el auto.

Del testimonio brindado por la Srta. Natalia Soledad Zdaniewicz, se desprende que los hechos no ocurrieron en la forma que relata la demandada, sino que el camión conducido por el Sr. Héctor Guillermo Granado se encontraba detenido de manera antirreglamentaria a la par del vehículo de la demandante sobre calle Solalique, a la espera de la habilitación lumínica del semáforo para girar hacia su derecha e ingresar a la ruta 22 en dirección al este.

Por otro lado, si bien el perito mecánico (fs. 204/208) menciona que no hay información objetiva para determinar la mecánica del hecho, aporta algunos datos que resultan coincidentes con la descripción de los hechos relatados por la única testigo de la causa.

En su informe, al responder el punto 2, expuso: “La calle Solalique posee un ancho de 14,5 mts., sin señalizar horizontalmente, y que siendo de doble sentido, podrían circular dos vehículos por mano”.

Sobre el punto de impacto entre el camión y el rodado menor, dijo: “Los daños en el rodado menor, afectaron a lo largo del lateral izquierdo entendiéndose con esto que el impacto es por rozamiento” (respuesta a la pregunta N° 12).

En función de las características del lugar en donde ocurre el accidente y teniendo en cuenta que -conforme señala el perito- el impacto es por “rozamiento” y que los daños en el rodado menor se producen “a lo largo del lateral izquierdo”, se descarta que haya sido la demandante quien embistiera al camión al efectuar un sobrepaso de manera antirreglamentaria, tal lo señala la demandada, pues en tal caso los daños en el vehículo menor difícilmente se podrían situar en su lateral izquierdo. (el remarcado es propio).

Por lo tanto, la versión de la accionada respecto a que la actora realizó una maniobra antirreglamentaria de sobrepaso y que embistió al camión, no resulta acreditada, de manera que, teniendo en cuenta la versión de los hechos proporcionada por la testigo, la cual coincide con la pericia mecánica, concluiré que ha sido el demandado el responsable del accidente, por lo que

propiciaré la confirmación del fallo de grado en este punto.

En cuanto al cuestionamiento referido a la procedencia de los daños materiales, debo decir que en atención a la forma cómo ocurre el accidente, donde el perito mecánico determinó que: “Los daños en el rodado menor, afectaron a lo largo del lateral izquierdo entendiéndose con esto que el impacto es por rozamiento”, como así la diferencia de porte entre un camión como el demandado y el automóvil de la actora, más allá del cuestionamiento efectuado por la aseguradora sobre la autenticidad de las fotografías adjuntadas a fs. 8/11, como de los presupuestos acompañados que lucen a fs. 3/7, entiendo que la existencia como el quantum de estos daños, se encuentran debidamente acreditados en la causa.

Ello así, pues las fotografías acompañadas guardan coherencia lógica con la forma en que se produce el accidente, ya que de ellas se puede observar que el vehículo de la reclamante como consecuencia del accidente ha sido afectado en su lateral izquierdo (espejo retrovisor, guardabarro delantero, llanta y cubierta delantera, puerta delantera y trasera), y todos los presupuestos adjuntados se refieren a repuestos y mano de obra de las partes afectadas, guardando todo ello relación con la forma en cómo ocurre el accidente -impacto por rozamiento en lateral izquierdo-.

Consecuentemente, el simple desconocimiento de la autenticidad de las fotografías y de los presupuestos de repuestos y mano de obra adjuntados con la demanda, cuando la actora ha comprobado la autenticidad de los mismos (ver fs. 168, 183 y 185) y su debida relación de causalidad con el accidente, pierde virtualidad para desacreditar tanto la existencia de los daños, como su quantum.

Considero entonces que, habiéndose acreditado que el accidente aconteció tal como se lo expusiera en la demanda, -V. prueba pericial mecánica, como así las fotografías y presupuestos adjuntados-, el presente agravio será rechazado.

En lo referente a la “privación de uso del automotor”, cuando se trata de un vehículo afectado al uso particular, su sola privación produce una pérdida susceptible de apreciación pecuniaria, pues el hecho de privar a otro de un rodado es ya un daño resarcible, sin que sea exigible una prueba adicional.

En ese sentido, la Jurisprudencia ha dicho: “La sola privación del uso del automotor, durante el tiempo que razonablemente pueden insumir los arreglos, comporta un daño resarcible porque afecta uno de los atributos del dominio. No es necesario que se lo destine a un uso comercial; en los casos en que así ocurre, a aquel daño se agrega el lucro cesante que, en esos supuestos, debe ser probado” (Autos: SEOANE ELSA MARTA c/FORMICA LUIS ALBERTO Y OTRO s/COBRO DE PESOS - Nº Sent.:46113- Magistrados: CARDO BURNICHON - Civil - Sala G - Fecha: 07/06/1989).

“El solo hecho de verse ante la privación del vehículo importa un perjuicio indemnizable, pues cabe presumir que quien tiene un automotor es para usarlo, sea para su trabajo, comodidad o esparcimiento” (Autos: GIORGETTI JORGE A. Y OTRA c/SOLIMO A. Y-U OTROS s/SUMARIO - DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:48421- Magistrados: VALDO MIRAS - Civil - Sala E - Fecha: 02/08/1989).

Cabe tener en cuenta que la privación de uso no se compensa con el ahorro de gastos que en función del no uso genera dicha privación, pues más allá de que la actora al no poder usar el vehículo se ahorre el “combustible o el estacionamiento” ello de manera alguna tiene entidad suficiente para privar a la actora de solicitar una compensación pecuniaria provocada por las molestias, gastos y privación que le ocasiona el verse imposibilitada de utilizar su vehículo.

Por lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo del presente agravio.

En cuanto a los agravios de la actora, vinculados con el daño físico, observo que la jueza de primera instancia se aparta de la pericia médica que luce a fs. 235/237 vta., al considerar que no se ha probado debidamente el nexo de causalidad entre las lesiones que surgen de dicha pericia y el hecho.

Sin embargo, de acuerdo a las características del accidente -impacto por rozamiento lateral izquierdo-, como así las constancias de fs. 171/175 y el dictamen médico de fs. 235/237 vta., considero que la actora ha logrado acreditar la relación de causalidad entre el hecho y los daños especificados en su demanda.

Del informe médico realizado sobre la base de la historia clínica, demás antecedentes médicos y examen efectuado se desprende: “I. ANTECEDENTES DE AUTOS. Me remito a las constancias obrantes en autos. 1- Informe e historia clínica del Hospital Bouquet Roldan: “...Traumatismo de hombro izquierdo - trauma cervical- parestesia del 4° y 5° dedo...” Reposo 20 días. Dra. Sagarna Alejandra. 2- Certificado médico del Hospital Bouquet Roldan: 10/12/2010 “accidente en la vía pública...trauma cervical y hombro izquierdo, con pérdida de sensibilidad del 4° y 5° dedo” ...Indico collar cervical. Dra. Alejandra Vergara”.

Estos antecedentes médicos, mencionados en la pericia, concuerdan con la fecha del accidente y guardan una coherencia lógica con la forma en que ocurre el accidente, pues denotan lesión en hombro izquierdo y trauma cervical, cuestión común que sufren las personas en accidentes de similares características al de autos.

Siguiendo con el examen pericial, luego de examinar personalmente a la actora, el experto concluye: “Columna vertebral: Al

examen se constata la presencia de: dolor paliatorio, contractura músculo cervical, limitación de la movilidad activa y pasiva. Observa rectificación de la curvatura fisiológica normal a nivel de la columna cervical...Miembros superiores: Hombro izquierdo: Se constata la existencia de dolor palpatorio del hombro izquierdo en la región supraespinoso: se aprecia asimetría de la cintura escapular por descenso del hombro izquierdo. Se constata disminución del espesor de la masa del supraespinoso. El resto de los elementos musculares no presenta alteraciones... DIAGNOSTICO: Secuelas físicas de accidente de tránsito. Politraumatismo con secuelas".

En lo que respecta a la relación de causalidad entre las lesiones y el accidente, el perito expresó: "Las lesiones presentadas son compatibles con las dolencias seculares del evento, es decir, son consecuencia del mismo.

Explicación: a) Existe relación cronológica de las dolencias de la actora con el accidente. b) Exclusión de otras causas en la paciente. c) Lesión objetivada con los signos clínicos y estudios realizados".

Sobre el porcentaje de incapacidad sostuvo: "De acuerdo a lo anteriormente expuesto y el Baremo General para el Fuero Civil Altube-Rinaldi. Ed. García AlONSO. 2010/2013. La incapacidad fue calculada en 11,65% y 12%".

Asimismo, la testigo Natalia Soledad Zdaniewicz, manifestó que con motivo del accidente sufrido tuvo que acompañar a la actora al hospital Bouquet Roldan, porque le dolía el brazo y el cuello, lo cual sirve como un elemento probatorio más para probar el nexo de causalidad entre las lesiones descriptas en la pericia y el accidente.

En base a lo expuesto, si bien coincido en parte con las apreciaciones efectuadas en la instancia anterior, en cuanto a que no surgen acreditadas todas las lesiones que la actora menciona en su demanda en el informe médico, entiendo que ello no es suficiente para rechazar la totalidad del rubro en cuestión, cuando la actora a través de prueba idónea -pericia médica y demás antecedentes médicos, como la historia clínica- ha logrado demostrar al menos parte de esas lesiones descriptas y su relación de causalidad con el accidente.

Por lo tanto, partiendo de la edad de la actora a la fecha del accidente: 37 años, el salario que a dicha fecha percibía por su actividad como docente: $2.600; el porcentaje de incapacidad determinado en la pericial médica: 11,65%, sobre las pautas orientadoras que otorgan las fórmulas Vuotto/ Méndez, propondré hacer lugar a la indemnización por incapacidad física reclamada en la demanda, por la suma de $60.000, con más los intereses conforme fueran determinados en la sentencia de primera instancia.

En relación al daño moral, la Sala II de esta Cámara, en los autos caratulados: "L. J. C. CONTRA P. D. N. Y OTRO S/COBRO SEGURO POR INCAPACIDAD", (Expte. Nº 305798/4) ha dicho: "...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 aminoración determina en el modo de estar de la víctima, que resulta siempre anímicamente perjudicial...No basta con una mera invocación genérica de la existencia de daño moral. Es menester que se especifique en que consiste el mismo, cuales son las circunstancias del caso, como incidió sobre la persona del damnificado ... deberán computarse, entre otros aspectos, la personalidad del damnificado, (edad, sexo, condición social, su particular grado de sensibilidad), si el damnificado es directo o indirecto ... la posible influencia del tiempo como factor coadyuvante para agravar o mitigar el daño ...(Pizarro, Ramón-Cuantificación judicial de la indemnización por daño moral, en revista de Derecho Laboral 2010/1-Ley de Riesgos de Trabajo-III-Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2010, pág. 201/202).

Por último y puntualizando un concepto importante, el autor señala: "El daño moral no es el dolor, la pena o el sufrimiento que una persona experimenta (y aquello que el placer que posibilita el dinero procuraría compensar) sino una modificación disvaliosa en la subjetividad del damnificado derivada de la lesión a un interés no patrimonial, que se traduce en un modo de estar diferente y anímicamente perjudicial al que tenía antes del hecho." (pág. 205 obra citada).

En el caso en análisis destaco que si bien ha existido daño físico producto del accidente, aunque no en la dimensión pretendida por la reclamante, el daño moral reclamado guarda cierta entidad con daños que sobrepasan lo netamente material, pues se traslada a la esfera física y espiritual de la persona por las lesiones sufridas a raíz de un accidente.

Así, conforme surge de la pericia psicológica de fs. 210 y vta.: "Durante la entrevista relata los hechos sucedidos el 10 de diciembre del 2010 alrededor de las 18:00 hs., cuando volvía de la escuela donde trabajaba, acompañada de su hijo y dos personas más por la calle Solalique con dirección sur norte. Cuando llega a un semáforo, frena al lado de un camión con acoplado cargado de autos, la actora creía que estaba estacionado, cuando la luz indica el paso ella arranca, observando que el camión hacía lo mismo que ella. Enganchando su automóvil del lado izquierdo, arrastrándolo, y observando la rueda derecha del camión en su ventanilla. Relata que su reacción fue tocar bocina y el freno, hasta que el camión freno. El conductor del mismo, la agredió verbalmente culpándola del accidente, e intercambiaron datos. La actora relata que en ese momento, se angustió notablemente, dado que la vida de su hijo y de sus compañeros estuvo en riesgo. Actualmente...sufre de fuertes crisis de angustia..."

"El accidente de tránsito padecido por la Sra. Morales influyó negativamente en su estado de salud psíquica debido a que se instaló

la sintomatología propiadel stress postraumático, siendo el accidente de índole estresante".

"El análisis de las técnicas graficas, muestra rasgos de angustia, restricción en la posibilidad de manifestación de afectos, y una marcada inseguridad..."

"Si, presenta problemas fóbicos respecto de conducir su automóvil en la ruta.

Se observan rasgos que dan cuenta de sentimientos de temor e inseguridad..."

"Se puede observar mediante las entrevistas rasgos que indican un deterioro en la personalidad del entrevistado. Su vida, la de su hijo y la de sus compañeros en riesgo altero su psiquismo con huellas de angustia y preocupación, vive en un estado de alerta y siente miedo que le vuelva a suceder lo mismo". (los subrayados me pertenecen).

De conformidad con las pericias médica y psicológica obrantes en autos, el accidente no sólo ha provocado una lesión física sino padecimientos de índole espiritual y emocional en la Sra. Silvia Morales, traduciéndose ello en: miedos, temor, inseguridad, alerta, angustia por lo sucedido al representarse el riesgo de vida e integridad física de su hijo y compañeras de trabajo, que la acompañaban al producirse el siniestro.

Al confrontar tales padecimientos con los conceptos volcados sobre el daño moral, llegó a la conclusión que la actora ha padecido éste tipo de daño, por lo que corresponde que sea indemnizada en su justa medida.

En función de las facultades que me confiere el art. 165 del Código Procesal, estimo justo fijar en la suma de $30.000 el daño moral, con más sus intereses conforme fueran establecidos en la anterior instancia.

En relación a los gastos de farmacia, radiología, estudios médicos, resulta aplicable la jurisprudencia que establece: "Los gastos médicos y de farmacia no exigen necesariamente la prueba acabada de su existencia si luego de las pericias técnicas se evidencia su ocurrencia a través de la naturaleza de las lesiones experimentadas y del tratamiento al que fuera sometido la víctima y la circunstancia de haber sido atendida en centros asistenciales públicos no es óbice a la procedencia del rubro toda vez que no se desvanece aún la atribución de elegir otro servicio médico que se considera con más condiciones para atender una posible interconsulta" (Autos: SEYGAS NORMA I c/TRONCOSO SERGIO s/DAÑOS Y PERJUICIOS - Nº Sent.:33877 - Civil - Sala K - Fecha: 17/12/1993).

Y que: "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. 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).

En función de lo expuesto, y toda vez que la actora ha raíz del accidente ha experimentado un daño físico, ello implica que ha incurrido en una serie de gastos relativos a farmacia, medicamentos, etc., lo que me lleva a acoger favorablemente este rubro.

Conforme facultades que me brinda el art. 165 del CPCyC, estimo apropiado fijar el rubro en cuestión en la suma de $1.500.

En cuanto a los gastos por tratamientos médicos futuros, partiendo de las lesiones experimentadas por la señora Morales como consecuencia del accidente, en donde el perito médico indicó: "Puede ser sometida a rehabilitación física por dolencia crónica a nivel cervical y del hombro izquierdo. La duración del tratamiento y por ende su costo, dependerá de la evolución del paciente. Se estima al menos 40 sesiones; siendo su costo aproximado de $350 por cada sesión. Dicho tratamiento No garantiza una total recuperación. Pero si brinda una mejoría sintomática..."

En función de ello, aconsejo hacer lugar a este rubro, que estimo prudente fijarlo en la suma de $14.000.

Los gastos por tratamiento psicológico también resultan procedentes, pues conforme expusiera al analizar la procedencia del daño moral, existe relación de causalidad entre el accidente y las angustias vividas por la actora ha raíz del mismo, lo cual según la pericia psicológica, genera la necesidad que la Sra. Silvia Morales, comience un tratamiento de este tipo.

En tal sentido, en la pericial psicológica (fs. 210 y vta.), se expresa: "De comenzar un tratamiento psicológico, la actora podría elaborar los conflictos emocionales ligados al evento traumático, y tramitar el alto monto de angustia que le provocan los ataques de pánico. Se estima, como mínimo, un año de tratamiento psicológico individual, a razón de $250 pesos la sesión. Dependiendo del profesional tratante".

En función de lo expuesto, y de conformidad con las facultades que me confiere el art. 165 del CPCyC, fijo tal rubro en la suma de $12.000.

En relación a los agravios de la actora frente a la intimación a abonar el proporcional de tasa de justicia y contribución al Colegio de Abogados, diré que en función del resultado obtenido, en donde la mayoría de los rubros reclamados han sido acogidos

favorablemente, corresponde dejar sin efecto el auto de fs. 324, imponiendo la totalidad de las costas de primera instancia a los demandados.

Respecto de honorarios los honorarios s mantendrán por adecuarse al nuevo pronunciamiento. Así, el tratamiento de la apelación del letrado de la actora, deviene abstracto.

IV.- Por todo lo expuesto, propongo al acuerdo que se rechacen los agravios interpuestos por QBE SEGUROS LA BUENOS AIRES S.A., con costas de Alzada a su cargo. Y se haga lugar parcialmente a los agravios de la actora, en la medida de lo expuesto en los considerandos respectivos, y en consecuencia se modifique el monto de condena, el que en función de las pautas expuestas se determina en la suma de $128.841, con más sus respectivos intereses y costas.

Tal mi voto.

El Dr. Medori dijo:

I.- Que habré de adherir en su mayor parte con el voto que antecede y disentir en relación a la incapacidad reconocida por daño físico y la cuantificación del daño moral, propiciando la confirmación de la decisión de grado en cuanto al primero por falta de prueba del nexo causal con el accidente objeto de autos, y fijar el segundo a la suma de $10.000, de tal forma de que el monto de condena alcanza a la suma de $44.841, con más los intereses fijados, e imponiendo las costas en la Alzada a cargo de la vencida (art. 68 CPCyC).

A.- Que la actora al demandar menciona sobre la mecánica del accidente señalando que cuando “fue habilitada por el semáforo y se dispuso a efectuar el cruce de la ruta Nacional 22, es violentamente embestida por el camión y el semirremolque” (fs. 12 vta), acerca del daño físico, que califica de “gravedad extrema”, importantes, “permanentes” y “tremendas”, detalla “un severo traumatismo de cráneo seguido de un cuadro obnulatorio, cervicalgia traumática con compromiso neurológico, severo traumatismo de hombro izquierdo con afectación de partes blandas, escoriaciones y quemaduras varias en extremidades superiores e inferiores”, lesión sobre la columna que le hacen padecer cefaleas, acufenos, mareos y dificultades en el equilibrio ambulatorio, con secuelas enormes y determinantes para el resto de la vida, con dificultad actual para desplazarse por si misma, limitada su actividad física, con perturbación del equilibrio, haber sido asistida en el hospital Bouquet Roldan donde continúa con su tratamiento de rehabilitación, que fue sometida a tratamientos registrados en una historia clínica labrada en el nosocomio que ofrece como prueba, disminución de su capacidad, menoscabo de su futura aptitud laboral, y sus capacidades productivas en el tiempo de ida útil, desempeñándose como docente (fs. 15 y vta).

Que la juez de grado define al contacto entre los dos rodados, como de “rozamiento”, tal como lo hace el perito en accidentología (fs. 208) y lo permiten observar las fotografías de fs. 8, y de ello que se coincida con su análisis y conclusión respecto al rechazo de la incapacidad reclamada por la imposibilidad de vincular ni causal ni temporalmente un hecho con una dolencia, destacando que el dictamen del perito médico se produce más de 4 años después de ocurrido el hecho.

Por un lado la evaluación destaca que en el primer informe del hospital, éste dice que la actora no tiene historia clínica (fs. 149), y requiere se le presente un certificado médico extendido ese día (fs. 149), esto lleva la actora a acompañar a la causa uno que nunca había presentado oportunamente al demandar (fs. 153/154); destaca la juez de grado, que recién ahí ocurre que el nosocomio remite un segundo informe, cuando a tenor de la anterior respuesta, evidentemente antes no lo tenía en su poder; luego, acerca de los datos brindados a fs. 171/175, considera que ninguno da cuenta de las lesiones por las que se demanda, mientras la única testigo declara que acompañó a la actora a dicho hospital porque le dolía un brazo y el cuello, agregando “o algo así”, lo que no se compadece ni siquiera con la pretensión de vincularlo con el hecho, pues si tan grave hubieran sido las consecuencias, lo hubiera recordado.

Entiende que la única opción es la de apartarse de las conclusiones del peritaje médico, pues no es posible vincular esas dolencias con una colisión que ocurrió con rodados casi detenidos, conforme las fotografías, donde siquiera la parte superior de la puerta del conductor aparece abollada, y no se comprende cómo se lesionaría el hombro izquierdo y como tendría un latigazo cervical.

Que más allá de las serias advertencias realizadas a la modalidad seguida para obtener los informes del nosocomio que comparto, acerca de la ausencia de conexidad entre la lesión en el hombro izquierdo y el episodio acaecido hace más de 4 años, no deja de llamar la atención que sea el perito médico el que lo avale a pesar de haber citado estudios complementarios de diagnóstico (punto III - fs. 236), que incluyen una rx donde se individualizaron “imágenes quísticas subcondrales sobre la epífisis humeral”, no pudiéndose desconocer que se tratan de fases tempranas o características de la osteoartritis, genera molestias y dolores, mientras que en la ecografía de hombro izquierdo -que también incluye- se hace referencia a que “en plano tendinoso del SUPRAESPINOSO patrón hipoecoico“, lesiones que reconocen como casusa más frecuente la presencia, precisamente, los quistes.

A su vez en el dictamen también se omite explicar cómo una colisión por rozamiento entre dos rodados, puede derivar en la

consecuencia que le atribuye consistente en la “asimetría de la cintura escapular, por descenso el hombro izquierdo”, la “disminución del espesor de la masa del supraespinoso”, que “la movilidad activa y pasiva se encuentra limitada y se expresa en la goniometría comparativa de ambos hombros”, bajo el diagnostico incapacitante de “Rigidez del hombro izquierdo” al que le asigna una incidencia del 7% (fs. 236 vta).

Si a lo reseñado se agrega que en la anamnesis no se interrogó a la actora de cómo pudo haber sido el impacto, o cómo desarrolló su actividad docente a lo largo de todo el tiempo transcurrido, o la eventual intervención de una ART, atento a que el hecho aconteció cuando volvía de su trabajo, según información obtenida por la perito psicóloga (fs. 249/250), ni respecto a los tratamientos recibidos, que en la demanda se denuncian sucesivamente recibidos hasta la actualidad, procede concluir, tal como lo hace la sentenciante de grado en que los datos de salud que se colectan en el dictamen pericial vinculados con afecciones en el hombro izquierdo no pueden conectarse causalmente con el accidente bajo estudio.

Que caben aplicar las semejantes apreciaciones respecto a los antecedentes cuando se trata la afección cervical que describe como “latigazo cervical”, a la que le otorga efectos incapacitantes del 5% (fs. 236) señalando antes, al examen médico legal refiere en Cabeza y Cuello “contractura y rigidez muscular paravertebral. Con limitación en la excursión de sus movimientos” (fs. 235 vta), reduciendo la explicación a que “El mecanismo lesional fue idóneo para provocar un síndrome de Latigazo” (fs. 237), mientras no hay registro de que mereciera tratamiento alguno a lo largo de 4 años, ni se siguieron prescripciones o recibió atención especializada, aún en forma alternada, salvo el impreciso episodio que relata el testigo, no pudiendo desvincularse del análisis la exposición o exigencia que importa la labor docente.

Que atendiendo a que el resultado de la prueba pericial no es vinculante para el juez, estimo acertado y fundado apartarse del dictamen médico aquí producido conforme los razonamientos lógicos y de sentido común aquí exteriorizados y en concordancia con los expuestos por la juez de grado (art. 386 CPCyC).

“La valoración del peritaje médico, es relevante para acreditar los daños físicos y la consiguiente incapacidad, por tratarse de materia técnica, en donde el magistrado es un sujeto cognoscente de segundo grado y que de ordinario no posee los conocimientos científicos que le permitan llegar directamente al objeto primario. Consecuente con ello, la determinación del valor probatorio del peritaje debe efectuarse atendiendo primordialmente a éste mismo y verificando los juicios del experto mediante un análisis lógico y de sentido común. Pero lo expresado no debe llevarse a extremos de exceso ritual manifiesto, ya que lo que importa no es tanto una precisa denominación científica y sí, más bien el aporte de circunstancias, detalles o encuadramientos que permitan comprender en sustancia la afección de que se trata y sus concretas repercusiones sobre la vida productiva e integral de la víctima.” (Obs. Del Sumario: Zavala De Gonzalez "Resarcimiento De Daños" 2ª- "Daños a las personas" Pag. 359 Y Sig., Ct01 Se 10481 S, Fecha: 17/02/1998, Juez: Piccardi De Sanchez (sd), Caratula: Garnica Bernardo C/ Gobierno De La Provincia De Santiago Del Estero S/ Indemnizacion Por Accidente De Trabajo, etc., Mag. Votantes: Giuggiolini-piccardi De Sanchez-cheein De Hermida-LDT).

Por las razones expuestas, también propiciaré el rechazo del reclamo respecto de los tratamientos médicos por tales afecciones.

B) Que en contrario, considero fundada la procedencia de la reparación del daño no patrimonial sufrido por la actora, estimando ajustado adoptar la suma de $10.000,00, atendiendo a lo prescripto por el nuevo art. 1741 del CCyC, que legitima al damnificado directo, y establece como pautas que “El monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas” en tanto tal cuantificación constituye una “consecuencia de la relación jurídica” que no se hallaba firme al momento de la entrada en vigencia del CCyC –conforme expresa previsión del art. 7- quedando sujeta al nuevo régimen.

Que a los fines del análisis de las circunstancias y a los fines de la cuantificación del considero con el informe de la perito psicóloga estimo acreditadas las repercusiones subjetivas que el episodio produjo en los sentimientos de la víctima, susceptibles de influir en su personalidad y equilibrio espiritual (fs. 249/250), máxime al evidenciarse que en ese momento transportaba a su hijo, y aún cuando, como en el caso, entiendo por demostró que quedaran secuelas físicas permanentes.

Lo cierto es que con la nueva redacción del art. 1741 del CCyC, delimitó la actividad jurisdiccional y ha acentuado la función reparatoria del rubro.

Las satisfacciones sustitutivas y compensatorias a las que se refiere la norma aluden al denominado “precio del consuelo” que procura "la mitigación del dolor de la víctima a través de bienes deleitables que conjugan la tristeza, la desazón o las penurias"; se trata "de proporcionarle a la víctima recursos aptos para menguar el detrimento causado", de permitirle "acceder a gratificaciones viables", confortando el padecimiento con bienes idóneos para consolarlo, o sea para proporcionarle alegría, gozo, alivio, descanso de la pena. Esta modalidad de reparación del daño no patrimonial atiende a la idoneidad del dinero para compensar, restaurar o reparar el padecimiento en la esfera no patrimonial mediante cosas, bienes, distracciones, actividades, etc que le permitan a la

victima, como lo decidió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, “obtener satisfacción, goces y distracciones para restablecer el equilibrio en los bienes extrapatrimoniales". Agregó el Alto Tribunal que “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… 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". En definitiva: se trata de afectar o destinar el dinero a la compra de bienes o la realización de actividades recreativas, artísticas, sociales, de esparcimiento que le confieran al damnificado consuelo, deleites, contentamientos para compensar e indemnizar el padecimiento, inquietud, dolor, sufrimiento, o sea para restaurar las repercusiones que minoran la esfera no patrimonial de la persona (comprar electrodomésticos, viajar, pasear, distraerse, escuchar música, etc). Este criterio había tenido amplia aceptación en la jurisprudencia (El daño moral contractual y extracontractual- Jorge Mario Galdós http://www.nuevocodigocivil.com/wpcontent/uploads/2015/05/El-da%C3%B1o-moral-contractual- y extracontractual.- Por-Jorge-Mario-Gald%C3%B3s.pdf).-

Por lo expuesto estimo ajustado el monto de la condena postulado a favor de la actora por el daño no patrimonial, que le permitirá obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento aplicándolo a la adecuación de prestaciones habitacionales que mejoren sus quehaceres tanto como realizar un viaje de esparcimiento a lo largo de una semana.

III.- En relación a la imposición de afrontar las tasas judiciales que dispone el auto de fs. 324, cabe atender a que el deudor no puede ver agravada su situación patrimonial como consecuencia del exceso en que incurrió el actor al cuantificar inicialmente su pretensión, donde se define el hecho imponible y monto que en definitiva constituye la base para fijar aquellos emolumentos de conformidad al art. 286 del Código Fiscal.

En consecuencia, propiciaré su confirmación, máxime cuando la parte cuenta con medios para exceptuarse de ello, de conformidad al art. 296 del mismo cuerpo normativo.

IV.- Atento a las consideraciones expuestas propiciaré al acuerdo la confirmación de la sentencia y resolución de grado que fueron objeto de recurso, rechazando los agravios de la citada, y haciendo lugar parcialmente a los de la actora, elevar el monto de la condena a la suma de $44.841, -comprensivo de los materiales y privación de uso del rodado (por $9841,00 y $1.500,00 respectivamente), gastos por tratamiento psicológico ($12.000,00), de farmacia y medicamentos ($1.500,00), y daño moral ($10.000,00), con costas en la Alzada a cargo de la vencida (art. 68 CPCyC), manteniendo el cómputo de los intereses y los porcentajes fijados por honorarios en la instancia de grado, y establecer los devengados en esta Alzada en el 30% de aquellos para los letrados que intervinieron en el mismo carácter (art. 15 L.A.).

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con la

Dra. Patricia CLERICI, quien manifiesta:

En lo que ha sido materia de disidencia adhiero al voto del Dr. Fernando Ghisini.

Conforme surge de las constancias de la causa he de otorgar razón, tanto a la jueza de grado como al señor Vocal que emitiera su voto en segundo término, en orden a la desmesura del reclamo contenido en la demanda, en comparación con el informe pericial médico. Y en tal sentido recuerdo al letrado de la parte actora las mandas de ética profesional de los arts. 1° y 6° del Código de Etica Profesional del Colegio de Abogados y Procuradores local.

Sin embargo, y como lo postula el señor Vocal que emitiera opinión en primer término, aquella desmesura no puede impedir que se resarza el daño efectivamente comprobado, menor al reclamado en el escrito inicial.

Y este daño lo considero probado, más allá de las deficiencias de las pruebas al respecto ya que, la historia clínica u hoja de atención que remite el Hospital Bouquet Roldán luego del segundo requerimiento al respecto es un documento emitido por un hospital público, suscribiendo la remisión la directora del Hospital Bouquet Roldán que reviste la condición de funcionario público. A ello agrego que la parte demandada no utilizó la facultad que le confiere el art. 403 del CPCyC, por lo que no encuentro mérito para dudar sobre su contenido, sin dejar de reconocer que hubiera sido necesaria una explicación por parte del nosocomio, referida a por qué la respuesta al primer oficio fue negativa en orden a la existencia de la historia clínica de la demandante.

Igual sucede con la prueba pericial médica. Las conclusiones del perito responden a los datos aportados por los estudios complementarios realizados a la actora, y a las constancias de la historia clínica del hospital donde se atendiera la demandante el mismo día del accidente. Por otra parte, y conforme sucedió con el segundo informe brindado por el Hospital Bouquet Roldán, la parte demandada no cuestionó oportunamente este informe pericial, ni requirió explicaciones al experto.

Por lo dicho, y compartiendo el desarrollo que se realiza en el primer voto sobre los restante puntos que han sido materia de

disidencia, como lo adelanté, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Rechazar los agravios interpuestos por QBE SEGUROS LA BUENOS AIRES S.A., sin costas de Alzada atento la forma que se resuelve y no mediar intervención de las contrarias (art. 68 2° apartado del C.P.C.C.)

2.- Hacer lugar parcialmente a los agravios de la actora, en la medida de lo expuesto en los considerandos respectivos, y en consecuencia se modifique el monto de condena, el que en función de las pautas expuestas se determina en la suma de PESOS CIENTO VEINTIOCHO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UNO ($128.841), con más sus respectivos intereses.

3.- Dejar sin efecto el auto de fs. 324, y en consecuencia, imponer la totalidad de las costas de primera instancia a los demandados.

4.- Mantener los honorarios de la instancia de grado, por adecuarse al nuevo pronunciamiento, deviniendo abstracto el tratamiento del recurso incoado.

5.- 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.).

6.- 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

"AMMANN ALDO RUBEN C/ PERALES MARIA CELIA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 472514/2012) – Sentencia: 40/17 – Fecha: 21/03/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. COMODATARIO. MEJORAS. DERECHO DE RETENCION. RESTITUCION DEL BIEN.

Cabe confirmar la sentencia de grado que hace lugar a la demanda de desalojo, pues si bien la demandada insiste en detentar un título legítimo a la ocupación en razón de haber ingresado con el consentimiento del actor y de haber realizado actos posesorios, acertadamente la magistrada destaca que esa situación no fue probada, para establecer que tales hechos se derivaron de la relación que mantuvo la demandada con el hijo del actor, que fue a quien sí se le entregó el bien, extremo este último que, también admitido por la demandada, importa reconocer los derechos derivados de la propiedad en cabeza del reclamante que lo habilitan entablar una acción personal como es la de desalojo para obtener recuperación del bien y exigir su restitución de aquellos que no titularizan una mejor prerrogativa para resistirse al ejercicio de su uso y goce.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AMMANN ALDO RUBEN C/ PERALES MARIA CELIA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE

LOCACION", (Expte. Nº 472514/2012), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 5 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 25 de julio del 2016 (fs. 246/249), expresando agravios a fs. 265/268; pide se la revoque y se rechace la acción con costas.

Argumenta que la juez de grado ha dictado un pronunciamiento de neto corte ritualista, sin atender que el actor no probó los dos requisitos para la admisibilidad de la acción de desalojo: que fuera el propietario y que detentara la posesión del inmueble por falta de tradición.

En segundo punto, se agravia porque en la sentencia no se consideró suficiente la invocación de su calidad de poseedora animus domine, al no evaluarse debidamente las pruebas aportadas a tal fin en los autos "Perales María Celia c/ Ammann Aldo Rubén s/ Cobro ordinario de pesos (Exte. 507747/15), donde reclamó las importantes mejoras introducidas en el inmueble, y si las facturas se encuentran a nombre del hijo del actor, es por la sencilla razón de que era su pareja y el propósito era de contraer matrimonio; agrega que tampoco se ha tenido en cuenta el largo tiempo transcurrido sin que en ningún momento el actor haya reclamado o impedido realizarlas; que la ocupación que ejerce legítimamente y ha mantenido fue entregada por el actor en forma voluntaria, quien no la ha rotulado de intrusa sino que manifiesta que le otorgó la propiedad a su hijo para que conviviera con ella, cuando su parte probó ser dueña del bien por donación, ejercer la posesión pública pacífica e ininterrumpido animus domini por más de 10 años, y que continuar con la acción erigiría una insalvable demora para ejercitar el correcto derecho de defensa; que no puede prosperar una demanda de desalojo si el nudo del asunto se trata de cuestiones posesorias o petitorios, que no pueden discutirse en dicho trámite, sin desnaturalizarlo; cita jurisprudencia en el sentido desarrollado.

Sustanciado el recurso, el actor responde a fs. 270/275; pide se rechace la apelación con costas.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la sentencia de grado hace lugar a la demanda de desalojo promovida por el actor con fundamento en su calidad de propietario del inmueble, luego de evaluar que la accionada no logró demostrar los hechos en que fundara su defensa para desvirtuar el derecho de aquel en relación a un título legítimo para justificar la ocupación que intenta mantener; que las testimoniales rendidas acreditan los dichos del demandante, en cuanto a que el bien fue entregado a su hijo y que fue éste quien realizó la construcción y mejoras, y que las facturas adjuntadas se encuentra a nombre de este último; en definitiva concluye que con las probanzas arrimadas a la causa no ha logrado demostrar la existencia de un derecho actual para mantenerse en el uso y goce del inmueble, y que no obsta a lo expuesto las mejoras que sostiene haber efectuado ya que de conformidad con el art. 2278 del C.Civil aplicable al caso, y en lo atinente al derecho invocado sobre las mismas, constituye una cuestión ajena a la litis.

Que el proceso de desalojo es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión. Del concepto enunciado se infiere, por lo pronto, que la pretensión de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el caso de que sin existir vinculación contractual alguna, el demandado es un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira al ejercicio de la posesión. En segundo lugar, de la definición más arriba expuesta se deduce que la pretensión de desalojo sólo implica la invocación, por parte del actor, de un derecho personal a exigir la restitución del bien, de manera que excede el ámbito del proceso analizado toda controversia o decisión relativas al derecho de propiedad o de posesión que puedan arrogarse las partes. (p. 77, t. VII, Derecho Procesal Civil, Palacio) (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 2506 y ss. del Cód. Civ.; y 679 y ss. del Cód. Proc.).

Corresponde considerar tenedor precario a quien goza o ha gozado del derecho de ocupar gratuitamente un bien inmueble mediante un título que es revocable a voluntad del que le ha concedido ese derecho. El precarista, por lo tanto, ocupa la cosa a raíz de un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño y sin plazo alguno, razón por la cual este último puede requerir la devolución en cualquier momento. (p. 95, ídem.).-

Que si bien la recurrente insiste en detentar un título legítimo a la ocupación en razón de haber ingresado con el consentimiento del actor y de haber realizado actos posesorios, acertadamente la magistrada destaca que esa situación no fue probada, para establecer que tales hechos se derivaron de la relación que mantuvo la demandada con el hijo del actor, que fue a quien sí se le entregó el bien, extremo este último que, también admitido por la demandada, importa reconocer los derechos derivados de la propiedad en cabeza del reclamante que lo habilitan entablar una acción personal como es la de desalojo para obtener recuperación del bien y exigir su restitución de aquellos que no titularizan una mejor prerrogativa para resistirse al ejercicio de su uso y goce.

La jurisprudencia, en supuestos equiparables a los presentes, donde se acredita el acceso al bien con motivo de la cohabitación consentida de las partes, ha concluido pacíficamente en la precariedad de la situación de aquel que no es propietario, explicando que:

“Si se trata de una acción de desalojo contra el concubino que no es propietario del inmueble cabe encuadrar el caso dentro de la figura del comodato, dentro de cuyo régimen, la concubina, en su calidad de comodante, se encuentra en condiciones de exigir unilateralmente la restitución de la cosa (conf. art. 2285 del Código Civil), tornándose plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 680 del Código Procesal.” (Autos: FACHIN PELIZZARI Nelida c/ LACIAR Juan Antonio s/ DESALOJO - Nº Sent.: 14929 - Civil - Sala A - Fecha: 29/08/1994-LDT).

“Concluida la vida en común por separación que data de varios años, la permanencia en el lugar de la concubina, es la de un ocupante precario. Ello sin perjuicio de eventuales derechos que pudiere merecer tratamiento en el juicio ordinario respectivo. En situaciones análogas se ha resuelto que si el desalojo de la concubina es requerido por el concubino propietario del inmueble, aquélla no puede lograr el rechazo de la misma, esto es así aún cuando se considere a la relación de ese tipo como configurativa de un vínculo contractual innominado, o partiendo de la inexistencia de un vínculo contractual, puesto que ante este tipo de situaciones, se está siempre ante un "título resoluble, sin que el titular del inmueble esté sujeto a plazos que deba respetar antes de requerir el reintegro del inmueble"." (Z. C., M. c/ M. G., C.H. s/ Desalojo S CAS2 CR 000C 000070 08/10/2002 ED Alexandre, SCBA, Ac 40420 S 23-04-90, "Sanz, Alfredo c/ Beratz, Marta s/ Desalojo", LL t. 1990-D, p. 95 - AyS 1990-I-845 Federico Javier Causse, "El desalojo del concubino", en LL 1997-B, 1356 CApel. Civ. y Com., Santiago del Estero, 10/10/96 - Bruno Lorenzo, Segundo c/ Luz Paz de Galeano s/desalojo, el Dial.com - Editorial albrematica- AZ101267 Gustavo A. Bossert, "Régimen jurídico del concubinato", Astrea 1982, cap. VIII, pág. 63 y sigtes.; CNCiv. sala I, 2001/10/044, DJ, 2002-1-470; CApel. CC Mercedes, sala I, abril 24-1997, ED, 174-256; C8a.CC, Córdoba 1999/08/05, LLC, 2000-960; CNCiv., sala I, 2001/10/04, DJ, 2002-1-471 CNCiv., sala H, 2000/04/05- S., A.M. c. B., C.I. en Rev. La Ley de 2000/09/01, fallo 1000.821 con nota de Redacción CCiv. y Com., Bell Ville, abril 29-998, LLC, 1999-1317 y su doctrina CS Tucumán, sala civil y penal, julio 03-997- Alderete, Tiburcio suc. C. Aguirre, Pascuala y otros- Rev. La Ley del 24/08/98, pág. 7, fallo 40712-S, LL NOA, 1998-4-62 CNCiv., sala E, 1999/05/05, ED, 190-366 C1a.CC Bahía Blanca, sala II, junio 05-997, LLBA, 1999- 223 CApel. CC Santiago del Estero, 10/10/1996, Bruno, Lorenzo Segundo c/ Luz Paz de Galeano s/ Desalojo, elDial.com -editorial albrematica- AZ101270-LDT).

Esta alzada ya se ha expedido con tal criterio in re “MAINA IRIS EMMA C/ SANTANA TRIVIÑA NOEMI VERONICA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION” (EXP Nº 376842/8), sala I, y “LUNA VANESA DANIELA C/ MC KIDD JUAN CARLOS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION”, (Expte. Nº 413068/10) de la sala III.

Finalmente, más allá de lo expresamente consignado en la escritura pública N° 453 del 03 de diciembre de 1998 por la que el actor adquirió el inmueble objeto de autos, por conforme el vendedor haberle transferido “todos los derechos de propiedad, posesión y dominio que sobre lo vendido había y tenía” mientras que aquel “declara hallarse en la posesión real y efectiva del bien desde antes del acto” (fs. 4/6), y en relación al planteo recursivo por el que no se había acreditado la posesión ni la tradición, deviene improcedente en los términos del art. 277 del C.P.C.C., por no constituir una cuestión oportuna y precisamente introducida en la anterior instancia (fs. 98/102).

III.- 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, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

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. 246/249 vta., en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la apelante vencida (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

"PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 526666/2014) – Sentencia: 41/17 – Fecha: 21/03/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

JUICIO DE APREMIO. EXCEPCION DE PAGO. PRUEBA.

Corresponde confirmar la sentencia de trance y remate, ya que como bien analiza la juez de grado la parte no cumple con el presupuesto exigido por el inc. 2 del art. 117 del Código Fiscal Provincial a los fines de la procedencia de la excepción de pago, al no aportar instrumento alguno del que surja que el acreedor haya percibido o hayan ingresado a sus cuentas, la suma consignada en el certificado de deuda base de la presente ejecución; mientras que el instrumento traído en apoyo de la defensa planteada, aun cuando incluya el pedido para que se transfiera una suma con tal destino, no es de los expresamente previstos en la normativa específica e inhábil para justificarlo.

Texto completo:

NEUQUEN, 21 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PROVINCIA DEL NEUQUEN C/ MAPFRE ARGENTINA SEGUROS S.A. S/ APREMIO", (Expte. Nº 526666/2014), venidos en apelación del JUZGADO JUICIOS EJECUTIVOS 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 36/37 obra el memorial de la ejecutada fundando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de trance y remate del 01 de febrero de 2016 (fs. 27/28), y que le fuera concedido a fs. 33; pide se revoque con costas a la actora.

Cuestiona que no se haya considerado los efectos cancelatorios de la dación en pago que resulta del expediente "ZAPATA SOLANGE DAIANA C/ PAULO MANUEL ANTONIO Y OTRO S/ D.Y.P. RES. CONTACTUAL PARTICULARES (EXTE. 471.206/2012) y los movimientos de la cuenta judicial del mismo, y que fueron reseñados en la misma sentencia cuando reza "El día 6/02/2014 (fs. 112), la demandada se presenta dando en pago la suma debida en concepto de Tasa de Justicia"; que su parte puso a disposición del Poder Judicial las sumas que aquí se persiguen cobrar, y era carga de éste hacer llegar los fondos a la cuenta que dicho órgano desee; que proseguir con la ejecución se estaría cobrando indebidamente y sin causa alguna el importe reclamado; que la obligación que se pretende ejecutar se encuentra exigida con anterioridad a la promoción de este proceso.

Sustanciado el recurso, responde la actora a fs. 3; pide su rechazo con costas, indicando que la ejecutada nunca cumplió la orden del juez de adjuntar el saldo de la cuenta para corroborar los montos depositados y luego transferidos, no cumpliendo los requisitos necesarios para que ser tomado por válido y hace valer una excepción de pago documentado.

II.- Que la sentencia en crisis luego de confrontar los antecedentes reunidos en la causa citada a los fines de determinar la virtualidad cancelatoria de la deuda que posee la dación en pago alegada por la accionada, concluye que existió un actuar negligente del accionado, quien ante la orden impartida por el Juez interviniente, omitió darle cabal cumplimiento, con la consecuente insistencia del pago descripto por aquel, en tanto nunca se efectivizó el ingreso del monto debido en concepto de tasa de justicia a la cuenta corriente del poder judicial y menos aún su comunicación pertinente a la Administración General.

Que a fs. 2 obra el título ejecutivo de fecha 04 de febrero traído por el fisco provincial ejecutante que da cuenta de una deuda total intimada al pago el 07.11.13 en concepto de pago de justicia calculada en la causa "ZAPATA SOLANGE DAIANA C/PAULO MANUEL ANTONIO Y OTRO S/D.Y.P. RES. CONTACTUAL PARTICULARES (EXTE. 471.206/2012), por la suma de $4.074,37,

mientras que para repeler la ejecución la perseguida ofrece las constancias del expediente señalando que allí dio en pago las sumas depositadas para destinar al rubro (fs. 11/12).

Que del mencionado expediente, agregado por cuerda conforme constancia a fs. 26, resulta que el 04 de febrero de 2014 (fs. 111) se emite la certificación de deuda que es objeto de ejecución, luego que por auto del 06.11.2013 se determinara la deuda por tasa de justicia por $4.074,37 (fs. 95) y que se intima de pago bajo apercibimiento de ejecución con notificación en forma electrónica del día siguiente.

Que en fecha 20.12.2013 la ejecutada acompaña constancia de la transferencia a la cuenta judicial de la causa la suma de $33.634,58, da en pago las sumas convenidas en concepto de capital por un total de $28.000,00 autorizando su retiro a la actora y pide se tenga por cancelado el capital acordado (fs. 104/105).

Que la siguiente actuación la cumple el 06 de febrero de 2014 (fs. 112) dando en pago las sumas fijadas en concepto de tasa de justicia y contribución al Colegio de abogados, solicitando se la transfiera de la cuenta judicial de autos a las correspondientes al Poder Judicial y al Colegio indicado; pide se deje sin efecto la expedición de los certificados de deuda y se tenga por cancelados los rubros, y a continuación luce agregado el oficio por los que se remitió la certificación de deuda con constancia de recepción del Tribunal Superior de Justicia del 05.02.2014 (fs. 114).

Que el 18 de febrero de 2014 se despachan ambas presentaciones, ordenando a la parte que previo a lo solicitado debe acompañar certificación bancaria a fin de corroborar los montos existentes, y luego tiene por agregada la citada constancia de diligenciamiento (fs. 115).

Que el artículo 105 del Código Fiscal estipula textualmente: “La prueba del pago deberá consistir exclusivamente en los recibos otorgados por funcionarios o reparticiones fiscales o constancias e instrumentos públicos o en actuaciones judiciales. El comprobante respectivo deberá acompañarse al oponerse la excepción. ..” (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 192 del Código Fiscal; y 605 del Código Procesal).

Que como bien analiza la juez de grado la parte no cumple con el presupuesto exigido por el inc. 2 del art. 117 del Código Fiscal Provincial a los fines de la procedencia de la excepción de pago, al no aportar instrumento alguno del que surja que el acreedor haya percibido o hayan ingresado a sus cuentas, la suma consignada en el certificado de deuda base de la presente ejecución; mientras que el instrumento traído en apoyo de la defensa planteada, aun cuando incluya el pedido para que se transfiera una suma con tal destino, no es de los expresamente previstos en la normativa específica e inhábil para justificarlo.

Como se puede observar, la solución resulta de la mera aplicación del derecho involucrado.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “La viabilidad de la excepción de pago que articula un apremiado dependerá de que, por las constancias del juicio o por los documentos emanados por el ejecutante o de su representante, pueda determinarse una clara e inequívoca imputación de lo abonado al crédito tributario reclamado, pues ello resulta exigible a tenor de lo prescripto por los arts. 34 inc. 5, 542 inc. 6, 595 del Código Procesal Civil y Comercial y arts. 724, 725 y 740 del Código Civil.”(Referencia Normativa: Cpcb Art. 34 Inc. 5; Cpcb Art. 542 Inc. 6 ; Cpcb Art. 595 ; Cci Art. 724 ; Cci Art. 725 ; Cci Art. 740, Scba, Ac 93256 S, Fecha: 16/05/2007, Juez: Soria (sd), Caratula: Fisco De La Provincia De Buenos Aires C/ Banco Río De La Plata S.a. S/ Apremio, Mag. Votantes: Soria-negri-pettigiani-kogan-genoud-LDT).

IV.- 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, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

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. 27/28, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente 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

"MILLAQUEO PINO MIGUEL ANGEL C/ PACHER FERRUCIO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 473667/2013) – Sentencia: 43/17 – Fecha: 23/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES. POTESTAD DISCIPLINARIA DEL EMPLEADOR. DESPIDO DIRECTO. VALORACION DE LA INJURIA. FALTA DE RESPETO.

La valoración de la existencia de la injuria la debe efectuar el Juez, debido a que el art. 67 de la Ley 22.248, lo faculta para evaluar las causas de despido y establece las pautas que prudencialmente debe tener en consideración, a saber: "las modalidades y circunstancias personales en cada caso". Consecuentemente, teniendo en cuenta la fecha de ingreso del actor, como los antecedentes que obran en la causa, de donde no surge que haya sido pasible de un apercibimiento o sanción anterior durante la relación laboral, resulta a todas luces desproporcionado y sin justificación el despido directo, ya que aun cuando se tenga por comprobada la falta de respeto alegada, la legislación laboral le otorga al empleador, en virtud de sus facultades disciplinarias, la posibilidad de recurrir a apercibimientos o sanciones, siempre y cuando se ejerzan dentro de los límites enmarcados por los principios de razonabilidad y funcionalidad.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "MILLAQUEO PINO MIGUEL ANGEL C/ PACHER FERRUCIO S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 473667/2013), venidos en apelación del JUZGADO LABORAL NRO. 2 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.- En la instancia de grado se dictó la sentencia que luce a fs. 203/207 vta., en donde se hizo lugar a la demanda contra PACHER FERRUCCIO y se lo condenó al pago de la suma de $104.723,82, en concepto de capital, con más sus intereses y costas.

Esa resolución resulta apelada por el demandado a fs. 212/215, cuyo traslado es respondido por la contraria a fs. 217/218, solicitando su rechazo con costas.

II.- Se agravia el accionado en primer lugar, porque la a quo interpretó que su parte no acreditó la existencia del hecho denunciado como injurioso para justificar el despido, esto es, la violencia ejercida sobre su persona, afectando de éste modo lo dispuesto por el art. 67 de la Ley N° 22.248.

Indica, que con el testimonio del Sr. Carlos Arnoldo Abarzua Garces (fs. 128) se acreditaron los hechos de violencia invocados con motivo del despido mencionado en el telegrama de fs. 3. Y que la jueza al evaluar el hecho injurioso no tuvo en cuenta lo declarado por dicho testigo mediante acta notarial (fs. 45), de quien ha presenciado el hecho que diera motivo a la ruptura del vínculo laboral.

Expresa, que según la prueba rendida en autos, estamos en presencia de una injuria grave, que no permite continuar con la relación de trabajo existente entre las partes, pues adoptar otra postura sería avalar un acto violento -agresión física- hacia su persona, quien en ese momento era su superior, y que la jueza de grado no ha considerado mínimamente.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debo partir para su análisis del Art. 67 de la Ley N° 22.248, que

establece: “Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato de trabajo, cuando hechos de la otra constituyeren injuria que impidiere la continuación del vínculo. Los jueces valorarán la gravedad de la causal, teniendo en cuenta las modalidades y circunstancias particulares de cada caso”.

De modo que, para que el despido tenga justa causa debe existir una inobservancia de las obligaciones por alguna de las partes, de tal entidad que configure una injuria. Por lo tanto, no cualquier incumplimiento de una obligación contractual lo justifica. Y la violación de los deberes de prestación o de conducta constituye un ilícito contractual que no siempre legitima el ejercicio de la facultad rescisoria, toda vez que se debe tratar de una injuria que por su gravedad debe tornar imposible la continuidad del vínculo, vale decir, un grave ilícito contractual.

La valoración de la existencia de la injuria la debe efectuar el Juez, debido a que el art 67 de la Ley 22.248, lo faculta para evaluar las causas de despido y establece las pautas que prudencialmente debe tener en consideración, a saber: “las modalidades y circunstancias personales en cada caso”.

Consecuentemente, teniendo en cuenta la fecha de ingreso del Sr. Manuel A. Millaqueo Pino, como los antecedentes que obran en la causa, de donde no surge que haya sido pasible de un apercibimiento o sanción anterior durante la relación laboral (06/05/1997 al 27/07/2011), resulta a todas luces desproporcionado y sin justificación el despido directo, ya que aun cuando se tenga por comprobada la falta de respeto alegada, la legislación laboral le otorga al empleador, en virtud de sus facultades disciplinarias, la posibilidad de recurrir a apercibimientos o sanciones, siempre y cuando se ejerzan dentro de los límites enmarcados por los principios de razonabilidad y funcionalidad.

Y, si bien el apelante menciona como prueba de sus dichos lo declarado en dos oportunidades (v. fs. 45/46 y fs. 128) por Carlos Arnoldo Abarzua Garces, las restantes declaraciones no corroboran los dichos de éste testigo.

Así pues, la Sra. Ana Isolina Villarroel (fs. 108 y vta.), sostuvo que el desempeño laboral del actor era bueno; que realizaba sus tareas con dedicación y esmero; que la relación entre el Sr. Millaqueo y Pacher fue buena y que cambió cuando el actor tuvo problemas de salud, cuando lo operaron; que a partir de ese momento el Sr. Pacher empezó con los atrasos en el pago; que el trato que mantenía el Sr. Pacher Ferrucio con sus empleados era malo, ya que muchas personas renunciaban a la chacra por maltrato verbal de su empleador; que no hubo motivos para despedir al actor; que el actor nunca fue sancionado; que el Sr. Millaqueo Pino es una persona muy tranquila.

Por su parte, de la declaración de Sandra Lucia Lorca (fs. 109 y vta.) se extrae que el Sr. Millaqueo es una persona buena; que realizaba sus tareas con esmero y dedicación, y que hasta de noche trabajaba si era necesario; que la relación entre el actor y el demandado era buena, nunca vio que tuvieran problemas entre ellos; que por lo que comenta la gente no era bueno el trato del Sr. Pacher con sus empleados; que el motivo de las inasistencias del Sr. Millaqueo fue por enfermedad, ya que nunca faltó a su trabajo; que el empleador no le pagaba en término ya que lo hacía en dos veces, pero nunca le pagó como corresponde y en fecha; que por los años que lo conoce el actor tiene buen carácter.

Del testimonio brindado a fs. 110 y vta., por el Sr. Alejandro Saavedra Ortiz, se refleja: que el Sr. Millaqueo es muy buen trabajador, muy dedicado a su trabajo; que la relación del actor con su empleador al principio fue buena y que luego de la operación de Millaqueo el Sr. Pacher Ferruccio se empezó a portar mal con él; que el trato del demandado con sus empleados era malo, insulta mucho a su gente; que el actor nunca fue sancionado; que nunca presenció una discusión entre Millaqueo Pino y Pacher Ferruccio; que el actor es bueno, que es una persona muy amable y cordial; y que nunca agredió ni física ni verbalmente a su empleador.

A fs. 121, el Sr. Jaime Rolando Caro Jara declaró en relación al hecho puntual que invoca el demandado para justificar el despido directo del actor, que ambos entablaron una discusión, pero que no presenció ninguna agresión física; que al momento de la discusión se encontraba juntando podos de frutales en compañía de Carlos Abarzua.

Finalmente, a fs. 128 obra declaración del Sr. Carlos Arnoldo Abarzua Garces, de donde se extrae: que el Sr. Millaqueo y Pacher habían tenido problemas con los recibos de pagos; que escuchaba hablar en tono más fuerte al Sr. Millaqueo y que escucha que el Sr. Pacher le dice al actor que él nunca le había faltado el respeto; que observa que voló un papel pero no sabe si Millaqueo rompió el papel o no; que en ese momento ve que el Sr. Millaqueo tenía tomado a Pacher de la ropa a la altura del hombro izquierdo; que los perros del actor mordieron a Pacher en la pantorrilla derecha; que los perros que atacaron a Pacher median 50 cms. de altura.

Este último testigo había declarado con anterioridad (acta notarial de fs. 45/46), y si bien dio una versión de los hechos similar a la expuesta en su declaración judicial, en la primera afirmó que el actor rompió el recibo, mientras que en la otra dijo que no sabía si el Sr. Millaqueo había roto o no el recibo. Asimismo en el acta notarial expuso que el Sr. Millaqueo tomó al Sr. Pacher de los brazos, mientras que en esta sede hizo referencia a que lo tomó de la ropa a la altura del hombro izquierdo. Si bien éstos parecen detalles menores, al ser el único testigo que acredita la versión de los hechos expuestos por el demandado, considero que tales

circunstancias no pueden pasar desapercibidas para valorar con mayor estrictez su declaración.

En tal sentido, se ha dicho con acierto: “Al no regir en materia laboral el principio "testis unus testis nullus", la regla de apreciación en conciencia adquiere mayor significación porque, dándose la situación de única declaración testimonial, ésta debe valorarse con estrictez, pudiendo contribuir a formar la convicción del juez cuando resulta particularmente prestigiada por las circunstancias del caso y el resto de la prueba”. SCBA, L 39241 S 2-2-88, Juez SALAS (SD) BAILÓN, Rubén A. c/ EILA S.A. s/Indemnización por antigüedad AyS 1988-I, 42 MAG. VOTANTES: SALAS - NEGRI - VIVANCO - LABORDE - SAN MARTÍN).

En función de lo anterior, a mi entender, el testimonio del Sr. Carlos Arnoldo Abarzua Garces, no logra acreditar los hechos invocados por el demandado para justificar el despido.

Ello es así, por cuanto los demás testimonios, más allá de referirse a la existencia de una discusión que se entabló entre las partes, no han mencionado la existencia de una agresión verbal o física del trabajador hacia la persona de su empleador, todo lo contrario, han exaltado la buena predisposición, su buen trato hacia sus compañeros y en relación a su empleador.

Por otra parte, si bien de los dichos del Sr. Jaime Rolando Caro Jara en el acta notarial de fs. 47/48, se desprende que el Sr. Millaqueo y Pacher, discutieron alzando el tono de voz, todo lo demás relatado no se compadece con lo que el testigo describe en oportunidad de declarar judicialmente. Además, lo volcado en el acta por este testigo fue producto -como el mismo indica- de lo que le contara el Sr. Abarzua Garces.

Por lo tanto, dicho testimonio tampoco prueba la existencia de los hechos en la forma expuesta por el demandado para justificar el despido directo del Sr. Miguel A. Pino Millaqueo.

En relación a la apreciación de la injuria como elemento determinante de la ruptura del vínculo laboral, la jurisprudencia ha expresado: “El acto u omisión que puede generar injuria debe revestir suficiente entidad que no deje dudas en el ánimo del Juez de que se está en presencia de una falta realmente grave que destruye definitivamente el principio de disciplina y mutuo respeto que debe imperar en las relaciones entre empleadores y trabajadores, debiéndose tener en cuenta para apreciar la gravedad, la antigüedad del empleado, sus antecedentes, su comportamiento anterior, es decir, todas las circunstancias personales de hecho que pueden haber rodeado el caso...” (Sala 10, 26/12/02- González, Sixto A. Vs Fate SA).

En conclusión, no existen elementos que me lleven a la convicción cabal de que la falta que se le atribuye al accionante reúna entidad suficiente para configurar el despido con causa, sobre todo teniendo en cuenta, además de lo hasta aquí expuesto, que el sistema legal vigente tiende a privilegiar la subsistencia de las relaciones laborales y la parte que asume la iniciativa de ponerle fin, carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo, demostración que no debe dejar margen de duda. (Conf: C.N. Trab., sala V, octubre 31-988, Verón, Víctor A. c/ Celulosa Recuperada: DT, 1989-A, 66; T y SS, 1988-1119, ídem., PS, 1996, t.II-261; id., "Medrano c/A.C.A. s/despido", ambos de la Sala I).

IV.- Por lo expuesto propicio la confirmación de la sentencia de grado en todo lo que fue materia de recurso y agravios, con costas al demandado vencido (art. 17 ley 921), debiendo regularse los honorarios de los letrados que intervinieron en esta Alzada, en el 30% de lo establecido para la primera instancia a los que actuaron en igual carácter, de conformidad con el art. 15 de la L.A.

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. 203/207 vta., en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (art. 17, Ley 921).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% de lo establecido en el pronunciamiento de grado a los que actuaron en igual carácter (art. 15 L.A.).

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 467651/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

TRABAJADOR PETROLERO. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO. EXTINCIÓN POR VOLUNTAD CONCURRENTE DE LAS PARTES. ACUERDO RESCISORIO. FORMAS Y MODALIDADES. INTERPRETACION. VALORACION DE LA PRUEBA. NULIDAD DEL ACUERDO. FRAUDE A LA LEY. INDEMNIZACION POR DESPIDO. CALCULO DE LA INDEMNIZACION. EXCLUSION DEL SAC. TOPE INDEMNIZATORIO. MAXIMO LEGAL. INAPLICABILIDAD. INDEMNIZACION SUSTITUTIVA DE PREAVISO. MULTA POR FALTA DE PAGO DE LA INDEMNIZACION.

1.- Debe ser revocada la sentencia que rechaza la demanda por despido basada en la circunstancia que fue el propio trabajador quien firmó un acuerdo de desvinculación con su empleador, toda vez que de los elementos de juicio analizado surge que lo actuado por la demandada constituye un fragrante fraude a la ley, ya que el acuerdo alcanzado constituye un despido sin causa, en donde se pacta una indemnización que -a poco que se analice- no guarda relación con los mínimos legales establecidos en la ley para el caso de despido sin causa. Consecuentemente, debo concluir que el acuerdo rescisorio instrumentado mediante Escritura es nulo, conforme lo prescripto por el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo.

2.- […] a los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, no tendré en cuenta el SAC.

3.- No corresponde aplicar como lo pretende el demandado el tope máximo de la remuneración base mensual fijado en el art. 245 párr. 2° de la LCT, pues al no haber la empleadora invocado el convenio colectivo ni la norma ministerial que regula el tope legal que pretende aplicar, como tampoco acreditar ninguno de aquellos extremos -llegando incluso a negar las tareas que cumpliera el trabajador como enganchador, luego maquinista de perforación y que terminara como Encargado de Turno (…)-, conforme los arts. 31 L.O. y 377 del CPCyC, queda sin sustento su pretensión de que se adopte la suma de $ 9.291,71 (….), tornando procedente el haber denunciado a tal fin por el actor correspondiente al mes de junio de 2011 (…). Luego, si al total del haber sujeto a aportes de dicho período, $24.735,22, se le resta el rubro “S.A.C. 1er. Semestre” de $ 8.797,64, resulta la mejor remuneración devengada durante el último año de la relación que asciende a $ 15.937,58, que como normal y habitual que será utilizada a los fines del cálculo de las indemnizaciones y de la multa admitidas, para finalmente descontarle lo percibido según el acuerdo declarado nulo.

4.- Teniendo en cuenta la nulidad del acuerdo celebrado entre las partes, el mismo no tiene efecto a los fines de sustituir la indemnización sustitutiva de preaviso que contempla la norma mencionada en el párrafo anterior -Art. 232 de la L.C.T), por lo que propondré hacer lugar a dicha indemnización.

5.- Debe ser abonada la integración del mes de despido que asciende a la suma de

$15.937,58, al no existir registro de pago alguno.

6.- Corresponde declarar procedente la multa del art. 2 de la ley 25.323, que 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, toda vez que surge que mediante telegrama, el actor cumplió con el paso previo aludido en el párrafo que antecede, y el demandado no acreditó el pago de los citados rubros.

Texto completo:

NEUQUEN, 30 de marzo de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "REYES JOSÉ LUIS C/ SAN ANTONIO INTERNACIONAL S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 467651/2012), 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.- A fs. 324/329 la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia que luce a fs. 316/319 y vta., y que rechaza la demanda interpuesta con costas a su cargo.

II.- En primer lugar, se agravia por la valoración de la prueba realizada en la sentencia de grado, que no tiene por acreditados los hechos narrados en la demanda, referidos a la situación familiar y personal que llevaron al actor a suscribir el convenio de retiro.

En segundo lugar, critica que el a quo no haya hecho lugar al reclamo por considerar completamente inverosímil la versión del accionante en cuanto a que sabía lo que firmaba.

Señala, que el juez no tuvo en cuenta el estado de necesidad en el cual se encontraba inmerso su representado como consecuencia de la disminución de su salario; de la existencia de deudas a su cargo y de los demás problemas de índole familiar que lo afectaban, circunstancias éstas que lo llevaron a firmar un acuerdo que no leyó, y que por lo tanto, se encuentra viciado de nulidad.

Aduce, que no es cierto que el señor Reyes quiso desprenderse de la relación laboral, sino que la desvinculación mediante la suscripción de un acuerdo ha sido producto de la disminución de las condiciones laborales dispuestas por la empresa a fin de desvincularlo laboralmente de ella.

Cuestiona que el juez no haya advertido el carácter ruinoso del convenio, a pesar de que el señor Reyes con el acuerdo indicado por la empresa dejó de percibir significativos ingresos a partir de una indemnización por despido incausado. Trae a colación la irrenunciabilidad de derechos que consagra el art. 12 LCT.

En tercer lugar, le agravia que el a quo haya tomado parcialmente a favor de la demandada y consecuentemente, en perjuicio de su representado la prueba testimonial producida en autos, debido a que, los testigos Baidal y Horacio Llanca, acreditan los extremos fácticos invocados por su parte.

Finalmente, cuestiona que en la sentencia se haya manifestado que su parte no haya redargüido de falsedad el instrumento mediante el cual se formalizó ante escribano dicho acuerdo.

Sostiene que el notario sólo da fe de los hechos que ocurren en su presencia pero no respecto del estado de ánimo ni de las presiones a las que estuvo sometido el actor.

Afirma, que la suscripción del acta por el trabajador no implica que su voluntad no haya estado viciada por los hechos relatados, ocurridos con anterioridad e impulsados por la empresa y que confluyeran en la desvinculación del trabajador en un despido encubierto por un "acuerdo de partes", donde el total de las condiciones fueron impuestas por la empleadora.

A fs. 332/333 y vta., la demandada contesta el traslado de los agravios, y pide en primer lugar que se declare desierto el recurso, al considerar que los agravios no cumplen con los requisitos del art. 265 del CPCyC.

Subsidiariamente, contesta los agravios, y solicita su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio debo decir que el art. 241 de la Ley de Contrato de Trabajo, al referirse a la extinción de la relación laboral por mutuo acuerdo, expresa: "Las partes por mutuo acuerdo, podrán extinguir el contrato de trabajo. El acto deberá formalizarse mediante escritura pública o ante la autoridad judicial o administrativa del trabajo.

Será nulo y sin ningún valor el acto que se celebre sin la presencia personal del trabajador y los requisitos consignados precedentemente. Se considerará igualmente que la relación laboral ha quedado extinguida por voluntad concurrente de las partes,

si ello resultare del comportamiento concluyente y recíproco de las mismas, que se traduzca inequívocamente en el abandono de la relación".

Del artículo mencionado se desprende que a los fines de la validez del acuerdo de extinción, la ley permite la posibilidad de formalizarlo a través de escritura pública, y si bien en el caso tal formalidad se encuentra debidamente acreditada con la escritura de fs. 166/169, advierto que una cosa es la formalidad legal del acuerdo y otra su validez.

Así entonces, si bien en materia laboral la negociación entre empleado-empleador es posible, la relación de subordinación existente entre las partes no deja de trasladarse al ámbito negocial, y es precisamente ésta

"diferencia negocial entre las partes" la que hace que el acuerdo de extinción arribado -más allá del cumplimiento de su formalidad- deba ser interpretado con carácter restricto.

Por lo tanto, la sola instrumentación de la formalidad estatuida en el art. 241 de la LCT, sin analizar todo el contexto en donde ocurren los hechos, sobre todo las etapas anteriores del acuerdo, llevarían a cometer por parte de la empleadora abusos en la utilización de esta figura de desvinculación contractual en perjuicio y fraude de sus dependientes.

De allí que, junto a la formalidad debe estudiarse con gran cuidado la verdadera finalidad contenida en el instrumento negocial, y así analizar si se cumplen los requisitos mínimos que sirven de piso para no violar las normas que conforman el Orden Público Laboral.

Muchas veces bajo la formalidad de un acuerdo extintivo, existe en realidad un despido arbitrario, que incumple los requisitos mínimos que aseguran una justa composición de los derechos del trabajador amparados desde la Constitución, convencionalmente y legalmente por las normas tuitivas que conforman el derecho laboral.

Y, precisamente la labor del juez no es la de examinar a vuelo de pájaro los acuerdos formales que se presentan a sus estrados, sino hacer una evaluación sobre la composición de los requisitos mínimos que deben cumplirse a los fines de su validez.

La jurisprudencia en general ha sido estricta en la apreciación de este tipo de acuerdos, consagrando su nulidad cuando advierte que la rescisión concertada cubre un despido sin causa.

"Así la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala VII, dijo si bien las partes de un contrato laboral firmaron un convenio ante el Ministerio de Trabajo donde se estableció la disolución del vínculo por mutuo acuerdo, corresponde concluir que lo que existió fue un despido arbitrario por trastrocamiento de causa fin objetiva, toda vez que la entrega por parte del empleador de una suma de dinero en concepto de gratificación por el cese de la relación, denota sin lugar a dudas un apartamento de la figura del art. 241 de la LCT, para instalarse en la del art. 245 de dicho cuerpo legal" (autos: "Maldonado c/ Harengus S.A." 19/2/2008, DJ 2008-II, pág. 472).

"En igual sentido la Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo consideró que "el dato del pago de una gratificación extraordinaria con motivo del egreso, resulta un elemento de consideración indiciario de una conducta ilícita. Y digo ello pues, si se ha reconocido al actor el cobro de una suma en concepto de indemnización con motivo del cese, es evidente que no existió un cese por voluntad concurrente de las partes, pues, de ser así, el trabajador no sería acreedor a ninguna suma en tal concepto" (autos: "Larena c/ Coto CIC S.A., 20/05/2013, citado y comentado por Martínez, Rodrigo Ezequiel, LL, AR/DOC/4176/2013).

En orden a lo expuesto, el hecho de que en la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo se abone una gratificación al trabajador constituye un indicio de fraude a la ley que de manera alguna la justicia puede ni debe amparar. Máxime cuando de las declaraciones testimoniales que a continuación analizaré surge que el acuerdo es en realidad un despido en el cual las partes han negociado el pago de una indemnización sin respetar las pautas mínimas establecidas en la legislación laboral.

Así entonces, a fs. 265/ 266 vta., el Sr. Horacio Llanca, en relación al acuerdo de desvinculación, expresó: "...Yo sé que la empresa nos ofrecían a todos para que nos vayamos, así que nos ofrecen el dinero y la jubilación para que nos vayamos por las buenas y si no te ibas a ir igual pero no te daban ni un peso. La empresa tiene esa política, le dan unos pesos y te jubilan o los dejan dando vueltas, cumpliendo 8 hs., dando vueltas en los equipos y en la base, para que se cansen y se vayan. Eso es una política que ellos aplican siempre, porque lo hacen con toda la gente y si hay alguien que tiene alguna diferencia con la jefatura hacen eso. Yo hice un arreglo, me dieron dinero en parte y me tuve que jubilar con 50 años. Y el año pasado estuve con otro compañero que no se quería jubilar, que no se quería ir porque tenía a los hijos en la universidad y lo obligaron a irse, y era jefe de equipo, era Oxagaray Raúl..."

En relación a la situación del actor, puntualizó: "...La de Reyes fue más o menos como la historia mía, lo llaman a la oficina, le ofrecen unos sueldos y tiene que renunciar a la empresa y a todos los derechos, a cualquier juicio, a lo que sea, lo que más te piden es que renuncies a cualquier derecho y te hacen firmar papeles donde te hacen renunciar a los derechos que supuestamente uno tiene. Eso es lo que me hicieron a mí y después se lo hicieron a él...".

A fs. 290/291 vta., declara el Sr. Carlos Baidal, quien dijo: "...Trabajé para la empresa San Antonio Internacional SRL. Me retiré

hace tiempo. Me desvinculé por un acuerdo que la empresa hace siempre cuando uno está por jubilarse, la empresa ofrece un retiro..."

En lo que respecta a la situación particular del Sr. Reyes, expuso: "...Reyes estuvo en la empresa hasta el año 2012, 2013 debe ser, circunstancialmente nos encontramos. Reyes se desvincula también porque le hacen una oferta para que se retire...".

De los dichos transcriptos se desprende que era habitual que la firma demandada realizara acuerdos de retiro anticipado a través de una propuesta de gratificación –a modo de indemnización- implementando para ello mecanismos de presión como describe claramente el Sr. Horacio Llanca, cuando señala: "La empresa tiene esa política, le dan unos pesos y te jubilan o los dejan dando vueltas, cumpliendo 8 hs., dando vueltas en los equipos y en la base, para que se cansen y se vayan". (los destacados me pertenecen).

Por otra parte, surge patente que el acuerdo de desvinculación celebrado entre San Antonio Internacional SRL y el Sr. José Luis Reyes, más allá de su forma: Escritura Pública, no fue libre de presiones, en donde las partes deciden por mutuo acuerdo lisa y llanamente desvincularse laboralmente.

Advierto con facilidad que el pacto de desvinculación de fs. 166/169 es nada más y nada menos que un acuerdo indemnizatorio implementado por la empresa para desvincular a José L. Reyes, mediante el pago de una indemnización que se disfraza bajo el rótulo de "liquidación final y gratificación extraordinaria".

De lo precedentemente expuesto, surge entonces, que el Sr. Reyes, quien a la fecha de su desvinculación contaba con 25 años de servicios, es convocado a una reunión en donde se le informa que la empleadora ha decidido "desvincularlo" lo que sería en el caso sinónimo de "despedirlo", ofreciéndole o bien un acuerdo rescisorio con la percepción de una suma de dinero en concepto de gratificación; o la resolución del contrato de trabajo sin indemnización alguna (por lo menos en lo inmediato).

Lógica consecuencia es concluir que lo actuado por la demandada constituye un fragrante fraude a la ley, ya que el acuerdo alcanzado constituye un despido sin causa, en donde se pacta una indemnización que -a poco que se analice- no guarda relación con los mínimos legales establecidos en la ley para el caso de despido sin causa.

Consecuentemente, debo concluir que el acuerdo rescisorio instrumentado mediante Escritura Pública N° 442, de fecha 09/08/2011, es nulo, conforme lo prescripto por el art. 14 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Por lo expuesto, propongo al Acuerdo la nulidad del acuerdo mencionado en el párrafo anterior y en consecuencia, que se haga lugar a los rubros indemnizatorios que se detallan a continuación.

Sentado lo anterior, lo cual importa la revocación de la sentencia de primera instancia, corresponde estudiar la procedencia de los distintos rubros pretendidos por el demandante.-

EL actor reclama el pago de la indemnización por antigüedad, la sustitutiva del preaviso y la integración del mes de despido, SAC e indemnización multa art. 2 ley 25.323. De manera que, al encontrarnos frente a un despido sin causa resultan procedentes las indemnizaciones pretendidas.

A los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad estatuida por el art. 245 de la LCT, diré que no corresponde tomar en cuenta el SAC.

En el sentido expuesto, esta Sala III en autos: "QUINTANA LUIS ALBERTO CONTRA CLIBA ING. AMB. S.A. TECSAN S.A. UTE S/ COBRO DE HABERES", (Expte. Nº 374393/8) ha expresado: "El sueldo anual complementario no debe ser computado a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad..Puede entenderse que no constituye una remuneración mensual, normal, la que no se percibe mensualmente, como por ejemplo, una gratificación extraordinaria o incluso un sueldo anual complementario que se cobra en dos cuotas en determinados meses" (C.N.A.T., Sala VIII, octubre 17 de 1988, "Cartazzo, Juan Carlos c. Tandanor S.A. y M", Carpetas DT, 2978).

También que: "Para el cálculo de la indemnización prevista por el art. 245 de la LT, debe computarse la mejor remuneración mensual normal y habitual percibida durante el último año o durante el plazo de presentación del servicio. Sin embargo, la parte proporcional del aguinaldo no integra el salario mensual y habitual porque no se trata de una remuneración mensual sino de un adicional que se paga semestralmente". (C.N. trab., Sala III, agosto 17 de 1988, "Dre, Jacinto E c. Schcolnik, S.A.", Trabajo y Seguridad Social, 1988, pag. 731, n° 180). (ídem anterior).

Por lo tanto, a los fines del cálculo de la indemnización del art. 245 de la LCT, no tendré en cuenta el SAC.

En lo que respecta al tope indemnizatorio, el art. 245 de la LCT, en su parte pertinente dice: "Indemnización por antigüedad o despido. En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual, percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente de tres (3) 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 Ministerio de Trabajo y Seguridad Social le corresponderá fijar y publicar el monto que corresponda juntamente con las escalas salariales de cada Convenio Colectivo de Trabajo. Para aquellos trabajadores no amparados por Convenios Colectivos de Trabajo el tope establecido en el párrafo anterior será el que corresponda al Convenio de Actividad aplicable al establecimiento donde preste servicio o el convenio más favorable, en el caso de que hubiera más de uno. Para aquellos trabajadores remunerados a comisión o con remuneraciones variables, será de aplicación el Convenio de la actividad a la que pertenezcan o aquel que se aplique en la empresa establecimiento donde preste servicios, si éste fuere más favorable. El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un (1) mes de sueldo calculado en base del sistema establecido en el primer párrafo." (texto ley 25.877 B.O. 19.3.04).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en fecha 14 de septiembre de de 2004, en la causa: "Vizzoti c/ Amsa S.A." declaro la inconstitucionalidad del tope indemnizatorio del Art. 245 de la LCT cuando el salario devengado regularmente por el trabajador resultare disminuido en más de un tercio (33%), a los fines de determinar la indemnización por despido sin causa. Vale decir que el tope indemnizatorio se aplicará cuando no afecte el 67% de la mejor remuneración normal y habitual percibida por el trabajador despedido.

En relación al cuestionamiento del tope indemnizatorio, la accionada indica al contestar demanda (fs. 186 vta.), que asciende a $9.291,71 al no afectar el límite del 67 % de la mejor remuneración mensual, normal y habitual que percibía el actor ($13.761,36), por lo que corresponde aplicarlo a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad.

A su vez, constituyen antecedentes relevantes a considerar que el actor denunció que a los fines de los rubros indemnizatorios se debía tomar la mejor remuneración normal y habitual percibida durante el último año de prestación de servicios, señalado el correspondiente al recibo del mes de junio de 2011, que ascendía a $22.559 (fs. 120), y a su respecto la demandada sólo cuestionó: 1)Que en aquel estaba incluido el SAC proporcional del primer semestre del año 2011 de $8.797,64, que no procede ser considerado a los fines de los rubros reclamados (fs. 185/186) y 2)Que no se haya tenido presente la segunda parte del art. 245 de la LCT "según el cual la indemnización por despido injustificado se determina tomando como base de cálculo del tope indemnizatorio correspondiente, surgiendo dichos topes del promedio de las remuneraciones previstas para el Convenio Colectivo de trabajo aplicable", citando jurisprudencia de esta Alzada, y que "En el caso del tope indemnizatorio que corresponde aplicar a la actividad desarrollada por la empresa empleadora y las tareas a cargo del actor a la fecha de la finalización de la relación laboral, éste asciende a la suma de $9.291,71. Este es el monto que debe considerarse en nuestro caso a efectos de realizar el cálculo correspondiente a las indemnizaciones por despido sin causa" (fs. 186/187), remitiéndose a tales consideraciones en los rubros involucrados (fs. 186 vta. /187 y vta.), ofreciendo prueba de informes al Ministerio de Trabajo Empleo y Seguridad Social de la Nación a efectos de que "informe respecto del tope indemnizatorio aplicable para el cálculo de indemnizaciones por despido incausado, al día 9 de agosto de 2011, considerando las tareas a cargo del actor –José Luis Reyes- como Encargado de Turno en Perforación", y la actividad desarrollada por SAN ANTONIO INTERNACIONAL SRL, empresa que se dedica a prestar Servicios Petroleros" (punto 4.3-fs. 190).

Y sobre el punto, el único informe es el agregado a fs. 245/263 que incluye un listado de los CCT de empresas petroleras, explicando que en la requisitoria judicial "no se indica convenio colectivo por el que se solicita la información y en razón de que la determinación de la norma legal o convencional aplicable a una determinada actividad, vinculación o categoría laboral excede la competencia de este Organismo" (fs. 261).

Así es como, no restando pruebas pendientes de producción, se concluye tal etapa (fs. 307 y vta.) y se ponen los autos para alegar (fs. 309).

Ahora bien, propiciaré una solución distinta en relación al tope legal que pretende la demandada, con fundamento en la segunda parte de la norma transcripta (art. 245 LCT), y para los restantes rubros indemnizatorios, al no concurrir los presupuestos para su aplicación, tratándose de extremos que deben ser específicamente invocados y no menos, acreditados.

Sobre el particular, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, ha sostenido de manera invariable que: "2. Tampoco acierta la quejosa en cuanto sostiene que el tribunal de grado omitió aplicar el tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

a. Al cuantificar la indemnización por despido injustificado, cuya procedencia declaró, el juzgador procedió a multiplicar la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida por el actor ($ 2.000; fs. 261 vta.) por los años de antigüedad (sent., fs. 279 vta.; y resol. aclaratoria de fs. 313/316 vta.).

b. La quejosa sostiene que, al omitir la aplicación del tope a la base salarial establecido en su párrafo segundo, el a quo se ha "apartado" del art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Consecuentemente, pretende que se reduzca la indemnización con base en alguna de estas dos alternativas: (i) se aplique el módulo de $ 1500, que -dice- "es el tope de convenio para la especialidad"; o (ii) se reduzca la base salarial a $ 1.340, importe resultante de reducir en un 33% -con arreglo al criterio esgrimido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Vizzoti"- el salario de $ 2.000 que el tribunal estableció como la mejor remuneración computable a los fines indemnizatorios.

c. Planteada en los términos expuestos, la crítica es inatendible.

(i)Es que -contrariamente a lo que, de manera absolutamente novedosa, esgrime al deducir el recurso extraordinario- en el escrito de réplica la accionada en ningún momento requirió la aplicación del supuesto tope convencional que ahora pretende hacer valer para reducir la cuantía de la indemnización que debe pagar al trabajador injustificadamente despedido.

En efecto, al intentar rebatir la procedencia y cuantía del rubro en cuestión (calculada en la demanda con arreglo al salario denunciado, con más la incidencia del sueldo anual complementario; ver fs. 28), la patronal se limitó a señalar que, para el hipotético caso de que se acreditara la relación laboral, "la remuneración que correspondería abonar al actor es de $440", de conformidad a lo que establecía el Convenio Colectivo de Trabajo 243/94 (ver fs. 91).

De ello se desprende que la única defensa que hubo de intentar (afincada en que la indemnización por despido debía calcularse con arreglo al importe salarial que correspondería a la categoría convencional en la que se desempeñó el trabajador despedido) fue aquella ya descartada al analizar el agravio anterior: vale decir, la alegación concerniente a que el salario devengado ascendía a $ 440. Por el contrario, ninguna referencia hizo al tope de $ 1.500 que ahora, una vez fracasada su estrategia de desvirtuar el salario denunciado por el actor en la demanda -en una postulación que claramente es fruto de una reflexión tardía y, por tanto, inhábil para la apertura de la revisión casatoria (conf. causas L. 97.989, "G., P.", sent. del 2-VII-2010; L. 97.031, "Del Saz", sent. del 9-VI-2010; L. 100.121, "Carrizo", sent. del 26-V-2010)-, introduce de manera novedosa, sin siquiera indicar, para más, de donde provendría ese importe, desde que (reproduciendo la omisión en que incurrió al contestar la demanda) no sólo no identifica la resolución del Ministerio de Trabajo que habría publicado tal tope (art. 245, segundo párrafo, L.C.T.), sino que, además, ni siquiera lo vincula a un supuesto promedio de la escala de remuneraciones del convenio que identifica (lo que, agrego, no habría resultado posible, en tanto el propio juzgador consideró acreditado que no existían escalas salariales emergentes de la negociación colectiva; ver fs. 261).

En ese contexto, es atinado traer a colación la doctrina legal establecida por esta Corte en la causa L. 95.307, "Textil La Rosalía S.A." (sent. del 15-XII-2009), oportunidad en la cual hubo de señalarse que la aplicación del tope indemnizatorio previsto en el art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo (texto según ley 24.013) queda circunscripta a aquellos casos en que todos los aspectos que reclama la norma en su actual redacción para su operatividad, se encuentran verificados en el veredicto y la sentencia.

De modo tal que -se señaló en dicho precedente- si la parte interesada en la aplicación del tope indemnizatorio no circunscribió la situación del trabajador a algunos de los supuestos previstos en los apartados segundo o tercero del art. 245, ni indicó consecuentemente cuál sería el Convenio Colectivo del caso y el tope establecido por la resolución del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación encargada de fijar y publicar el monto correspondiente, no puede intentar introducir ahora ese planteo en esta instancia extraordinaria (conf. causa L. 95.307, cit.; ap. III.4.b. del voto de mi distinguido colega doctor Soria, al que adhirieron todos los Ministros intervinientes). Semejantes datos deben ser, en virtud de lo que prescriben los arts. 12 y 47 de la ley 11.653; 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del Código Procesal Civil y Comercial, individualizados en los escritos iniciales del proceso, a fin de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (conf. causa L. 95.307, cit.).

No resulta difícil deducir que ello es lo que sucede en la especie, desde que la accionada, si bien se limitó a mencionar el convenio colectivo que reputaba aplicable al caso, ninguna referencia a la aplicación del tope indemnizatorio formuló en la contestación de la demanda, ni mucho menos postuló que el mismo ascendiera a la cifra de $ 1.500 que tardíamente -y, reitero, sin siquiera identificar la supuesta resolución de la cual provendría, ni intentar justificar el proceso seguido a fines de arribar a semejante importe- somete a consideración de esta Corte mediante el recurso extraordinario. Por lo tanto, las falencias mencionadas no pueden ser salvadas, desde que -como se resolvió en la causa que venimos citando- el reenvío a la instancia de origen para el tratamiento de esa cuestión que estuvo ausente por la desidia o la negligencia de la parte interesada, importaría trastocar los confines de las etapas fenecidas.

(ii)Tampoco corresponde la aplicación del criterio que emana del precedente "Vizzoti" de la Corte federal que -en subsidio- solicita la quejosa, no sólo porque en el caso no fue peticionada ni debatida la validez constitucional del tope, sino, fundamentalmente, pues -como la propia interesada lo reconoce; ver fs. 355 vta.- de aplicarse la reducción del 33% a la mejor remuneración acreditada ($ 2.000), el importe de la base salarial resultaría inferior ($ 1.340) al tope que la propia demandada denuncia ($ 1.500), lo que demuestra que -en la hipótesis esgrimida en el recurso- el límite supuestamente aplicable no habría afectado en más del 33% el salario efectivamente percibido de $ 2.000, resultando por tanto ajeno el caso a la situación prevista por el alto Tribunal en el

precedente de marras, en criterio que fuera receptado por esta Corte en numerosas oportunidades (conf. L. 85.985, "Caserta", sent. del 30-VI-2010, entre muchas)… " (SCBA L. 104.565, "Florido, Juan Eduardo contra Amarradores del Puerto de Bahía Blanca S.C. Despido, etc." Sent. 05.11.2014 Voto del Dr. Pettigiani).

En el mismo sentido, en la causa "GIOSUE GUILLERMO CESAR C/CASTINVER S.A. Y OTRO S/COBRO DE HABERES" (Expte. Nº 391245/2009- Sent. 30.06.2015), con voto del Dr. Medori se dijo: "... la demandada recurrente al contestar la demanda nunca citó la convención colectiva involucrada (fs. 560 vta. y 561 punto b), por el contrario, la eludió; finalmente, estaba a su cargo probar sobre el eventual exceso entre lo devengado a favor del actor y "el equivalente a tres veces del 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...".

"Aquello que debió haber sido introducido expresamente y satisfecho incluso mediante la producción de prueba informativa y pericial, tampoco se comprobó por la inclusión como punto para el dictamen el cotejo del cálculo del 67% por no ofrecer las pautas para la categoría profesional del actor, habiendo sucesivamente invocado la aplicación de otros convenios colectivos (comercio y la industria del papel - fs. 562 vta. 563 punto d-12 y 16).-

"Así, para poder requerir la consideración de que lo decidido antes debió ser exactamente formulado en el escrito inicial del proceso, y a su vez objeto de probanza en el expediente, de tal forma de garantizar el adecuado ejercicio del derecho de defensa.

"En consecuencia, más allá de no comprobarse absurdo en la sentencia, no procede atender la crítica por no haber sido sometido a debate ante el juez de grado el punto que se pretende poner en crisis en la Alzada (art. 277 del CPCyC).

Por lo demás, la recurrente siquiera menciona la pretendida pauta convencional limitativa para cotejarla con el monto adoptado por la sentenciante".

A tenor de las consideraciones fácticas y jurídicas expuestas, al no haber la empleadora invocado el convenio colectivo ni la norma ministerial que regula el tope legal que pretende aplicar, como tampoco acreditar ninguno de aquellos extremos -llegando incluso a negar las tareas que cumpliera el trabajador como enganchador, luego maquinista de perforación y que terminara como Encargado de Turno a fs. 175 y vta.- , conforme los arts. 31 L.O. y 377 del CPCyC, queda sin sustento su pretensión de que se adopte la suma de $ 9.291,71 (fs. 186 vta.), tornando procedente el haber denunciado a tal fin por el actor correspondiente al mes de junio de 2011 (fs. 154).

Luego, si al total del haber sujeto a aportes de dicho período, $24.735,22, se le resta el rubro "S.A.C. 1er. Semestre" de $ 8.797,64, resulta la mejor remuneración devengada durante el último año de la relación que asciende a $ 15.937,58, que como normal y habitual que será utilizada a los fines del cálculo de las indemnizaciones y de la multa admitidas, para finalmente descontarle lo percibido según el acuerdo declarado nulo.

En base a los parámetros indicados precedentemente, principalmente la antigüedad del actor: 25 años y el salario de $15.937,58, el importe que corresponde abonar en concepto de indemnización del art. 245 de la LCT, asciende a: $398.439,5, suma a la que deberán anexarse los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada a fs. 3 (17/10/2011) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06)

En relación al preaviso, considero que el art. 232. —Indemnización substitutiva de la LCT, dispone que: "La parte que omita el preaviso o lo otorgue de modo insuficiente deberá abonar a la otra una indemnización substitutiva equivalente a la remuneración que correspondería al trabajador durante los plazos señalados en el artículo 231".

Teniendo en cuenta la nulidad del acuerdo celebrado entre las partes, el mismo no tiene efecto a los fines de sustituir la indemnización sustitutiva de preaviso que contempla la norma mencionada en el párrafo anterior, por lo que propondré hacer lugar a dicha indemnización, la que asciende a la suma de: $31.875,16, con más los intereses determinados en el punto anterior.

En relación a la integración del mes de despido, el art 233 de la LCT establece: "Los plazos del artículo 231 correrán a partir del día siguiente al de la notificación del preaviso. Cuando la extinción del contrato de trabajo dispuesta por el empleador se produzca sin preaviso y en fecha que no coincida con el último día del mes, la indemnización sustitutiva debida al trabajador se integrará con una suma igual a los salarios por los días faltantes hasta el último día del mes en el que se produjera el despido.

La integración del mes de despido no procederá cuando la extinción se produzca durante el período de prueba establecido en el artículo 92 bis. (Artículo sustituido por art. 4° de la Ley N° 25.877 B.O. 19/3/2004).

Conforme lo dispuesto precedentemente y teniendo en cuenta la fecha de desvinculación (9/08/2011), corresponde hacer lugar al rubro en cuestión, que asciende a la suma de $15.937,58 -al no existir registro de pago alguno-, con más sus intereses fijados

párrafos más arriba.

En relación a la procedencia de la multa del art. 2 de la ley 25.323, que 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 obrante a fs. 156, el actor cumplió 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.

Se ha dicho que: “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).

Conforme lo expuesto es que se debe hacer lugar a la multa dispuesta por el art. 2 de la Ley N° 25.323, y según los cálculos pertinentes asciende a la suma de $225.118,315 con más los intereses correspondientes y hasta su efectivo pago.

Así, al contar con una antigüedad de 25 años, la indemnización prevista en el art. 245 LCT, asciende a $398.439,50, la sustitutiva del preaviso, estipulada en los arts. 231 y 232 de la misma ley, que equivale a dos períodos mensuales, alcanza a $31.875,16, la integración del mes de despido -considerando la desvinculación del 09.08.2011- es de $15.937,58 al no existir registro de pago alguno, debiéndose adicionar el SAC sobre los dos últimos $3.984,39, valores que adicionados llegan al importe de $450.236,63, mientras que la multa del art. 2 de la Ley 25.323 equivale a $225.118,31 conforme los conceptos anteriores, todo lo cual importa un total de $675.354,94.

Como anticipara, habiendo percibido el actor la suma de $267.000, se llega a un monto de condena de $408.354,94, al que se adicionarán los intereses a la tasa activa del banco de la Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada el 17/10/2011 (fs. 3) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada (TSJ-Ac. 1590/2009 "ALOCILLA LUISA DEL CARMEN Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA" (Expte. nº 1701/06).

IV.- Por las consideraciones expuestas, propiciaré el acuerdo se revoque la sentencia de grado, y haciendo lugar a la pretensión del actor, se condene a la demandada a pagar a aquel la suma de $408.354,94, con los accesorios fijados en el párrafo anterior, con más las costas del juicio, en su calidad de vencida (arts. 17 y 68 de la L.O. y CPCyC, respect.).

Dejar sin efecto los honorarios regulados en la decisión de grado, y establecer los de tal instancia en la proporción del 18% para los letrados que intervinieron por el actor en calidad de patrocinantes, en conjunto, los de su apoderado en el 40% de los anteriores, y en el 70% de aquellos para los profesionales que actuaron por la demandada, en igual carácter; a tal fin se adoptará como base regulatoria el monto que resulta de la planilla a practicarse conforme el art. 51 de la L.O. (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11,20, 39 s.s. y cc. Ley 1594.

Los devengados en esta Alzada para los letrados que actuaron por la actora en el mismo carácter, se fijan en el 35% de los honorarios que resulten para la primera instancia, y en el 30% los correspondientes a los de la demandada (art. 15 L.A.).

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. 316/319 vta., y en consecuencia, condenar a la demandada a pagar al actor, la suma de PESOS CUATROCIENTOS OCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO CON NOVENTA Y CUATRO CENTAVOS ($408.354,94), con más los intereses a la tasa activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la intimación cursada a fs. 3 (17/10/2011) hasta el 31 de julio de 2015; y desde el 1 de agosto de 2015 y hasta el efectivo pago a la tasa que fije el Banco Central de la República Argentina, de conformidad con lo establecido en el art. 768 inc. c) del C.Civil y Comercial, debiéndose utilizar la activa del Banco de la Provincia del Neuquén hasta tanto la última sea publicada, en el plazo de cinco (5) días de quedar firme la presente, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

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), los que se establecen en la proporción del 18% para los letrados que intervinieron por el actor en calidad de patrocinantes, en conjunto, los de su apoderado en el 40% de los anteriores, y en el 70% de aquellos para los profesionales que actuaron por la demandada, en igual carácter; a tal fin se adoptará como base regulatoria el monto que resulta de la planilla a

practicarse conforme el art. 51 de la L.O. (arts. 6, 7, 8, 9, 10, 11,20, 39 s.s. y cc. Ley 1594).-

4.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 35% para los letrados que actuaron por la actora y en el 30% los correspondientes a los de la demandada, 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

"AGUERO ANA ANGELA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 461690/2011) – Sentencia: 49/17 – Fecha: 04/04/2017

DERECHO COMERCIAL: Seguro.

SEGURO POR INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE. SEGURO DE VIDA OBLIGATORIO. PRESCRIPCION. LEY APLICABLE. LEY DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR. PRESCRIPCION TRIENAL. DISIDENCIA.

1.- En tanto la presente causa versa sobre el cobro de un seguro adicional por incapacidad total y permanente incluido en uno de vida colectivo obligatorio, con fundamento en la situación de minusvalía de la actora, no resultaba aplicable el plazo anual de prescripción del art. 58 de la Ley de Seguros 17.418 atendiendo a la naturaleza de tales seguros y el carácter de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, norma que, sobre tal modo de extinción de las acciones judiciales, prevé el término de tres años a partir de la reforma introducida por la Ley 26.361 a su art. 50, no existiendo otra interpretación que la literal. (del voto del Dr. Medori, en mayoría).

2.- Si la ley especial establece un plazo de prescripción este es el plazo que debe aplicarse, independientemente que la Ley de Defensa al Consumidor establezca uno mayor a favor del usuario o consumidor. De admitirse una posición contraria, podría llegar a afirmarse que actualmente el contrato de seguros no se rige por sus disposiciones específicas (Ley de Seguros), sino por la Ley de Defensa del Consumidor y supletoriamente por la Ley de Seguros, lo cual resulta incorrecto. (del voto del Dr. Ghisini, en minoría).

3.- Llega a resolución la disidencia planteada respecto al plazo de prescripción aplicable, en ambos votos se considera como comienzo del plazo de prescripción la fecha fijada en la sentencia del 29/07/2008 (dictamen de la Comisión Médica), que se inició un beneficio de litigar sin gastos el 12/02/09 y que la demanda se interpuso el 27/12/11. Repárese que el beneficio se inició el 12/02/09, “se concedió la franquicia a la actora mediante resolución del 14/10/2011 ampliándose la misma el 06/08/2012 respecto de la codemandada”. Entonces, al momento de iniciarse el beneficio no había transcurrido un año desde el comienzo del plazo de prescripción

y tampoco transcurrió desde su resolución hasta la interposición de la demanda. Por lo cual, aún considerando el plazo más breve que alega la recurrente, no se había cumplido al momento de la interposición de la demanda teniendo en cuenta los efectos del beneficio de litigar sin gastos (cfr. "REYES CARLOS DANIEL C/ OILFIELD & PRODUCTION SERV. SRL S/ ACCIDENTE ACCION DE CIVIL", EXP Nº 468015/2012). En este sentido lo dispone el art. 2547 del CCyC. (del voto del Dr. Pascuarelli, que hace la mayoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 04 de Abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “AGUERO ANA ANGELA C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO”, (Expte. Nº 461690/2011), 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. Ghisini, dijo:

I.- Vienen los presentes a estudio del Cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto por las demandadas, a fs. 823 La Caja Seguros SA y a fs. 824 SMG Life Seguros de Vida SA, contra la sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 796/808 vta.

II.- a) Agravios de SMG Life (fs. 831/834 vta.)

Ataca la imposición de las costas determinada en la sentencia de grado por cuanto al rechazarse la excepción de prescripción articulada por su parte y por la Caja de Seguros S.A., se impone las costas de dicho incidente a ambas.

Destaca, que en relación a la prescripción de la acción en materia de seguros, el art. 58 de la Ley 17.418 (prescripción de un año) es el precepto que se debe aplicar y no como ha hecho la a quo que ha considerado el plazo de prescripción de tres años establecido en el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor.

Con apoyo en jurisprudencia que cita, sostiene que su mandante tuvo sobradas razones para creer que la interposición de la excepción de prescripción iba a tener acogida favorable, y es por ello que entiende que la imposición de costas debió haber sido por su orden. En ese marco solicita que se haga lugar a la apelación y que se impongan las costas en el orden causado.

Corrido el pertinente traslado de los agravios, la parte actora los replica a fs. 855/856, solicitando su rechazo con costas.

II.- b) Agravios de La Caja Seguros fs.835/842)

En primer lugar, se agravia porque en la sentencia se consideró que no ha operado el plazo de un año desde la celebración de la Comisión Médica N° 9 (29/07/2008), hasta la fecha de interposición de la demanda; cuando el accidente ocurrió el 16 de mayo de 2007 y desde allí la demandante sabía que el hecho traumático le había causado incapacidad, encontrándose en condiciones de ejercer su pretensión.

Agrega, que de la documental aportada surge la fecha del siniestro y el primer reclamo realizado (29/04/2008) ante “La Caja” por el cobro del seguro contratado, que fuera rechazado (26/08/2008) por no encontrarse las dolencias sufridas incluidas en las condiciones de póliza. Con posterioridad (25/04/2011) se intima nuevamente a la compañía por el mismo siniestro, cumpliéndose en exceso el plazo del art. 58 de la ley 17.418, motivo por el cual el reclamo fue rechazado. La circunstancia de la interposición de dos reclamos no importa extensión de plazos en cuanto a la prescripción, de acuerdo a lo previsto por el art. 3986 del Código Civil.

Afirma, que luego del primer rechazo mediante carta documento del 26/08/2008, la siguiente actividad de la accionante fue el inicio del beneficio de litigar sin gastos, el día 12 de febrero de 2009, cuando el plazo de un año del art. 58 de la 17.418, ya se encontraba claramente cumplido.

Indica, que la ley del contrato de seguro constituye una ley especial con relación a la de consumo, por lo que no podría sostenerse la derogación de su art. 58 por la disposición relativa a la prescripción prevista también por la ley 24.240. No obstante que la ley que rige al contrato de consumo fue dictada con posterioridad a la Ley de Seguros, no puede predicarse que haya sido intensión del legislador ni que exista incompatibilidad absoluta que permita tener por derogada la disposición de esta última en materia de prescripción.

Además, cuestiona la resolución porque en ella se entendió que en el caso debe prevalecer el plazo dispuesto para la prescripción por el art. 50 de la Ley 24.240, y que por ese motivo no se tuvo por operado el plazo extintivo de la acción previsto en el art. 58 de la Ley N° 17.418.

En segundo lugar, se agravia por la condena exclusiva a su parte, cuando las pólizas contratadas cesaron su vigencia a partir del

30 de junio de 2009, lo cual ha quedado probado en autos. Por lo tanto, a la fecha de la intimación cursada a su mandante (25/04/2011) no se encontraba obligada a la cobertura del siniestro reclamado en el año 2011 –fundado en una supuesta incapacidad total y permanente adquirida en 2010-, ya que no existía póliza vigente cuando la actora adquirió su supuesto estado de incapacidad total y permanente; máxime cuando ya con anterioridad se había pronunciado por el rechazo del reclamo de la señora Agüero.

Aduce, que a la fecha de consolidación de la incapacidad, la póliza vigente era la de SMG Life.

En tercer lugar, sostiene que la exclusión de cobertura ha sido incorrectamente rechazada. La sentencia equivoca su planteamiento ya que si bien considera válidos los términos de las pólizas, no repara en el dictamen médico producido en autos de donde surge que las dolencias no son taxativamente cubiertas y que la neurosis depresiva grado II, III (20%) se encuentran expresamente excluidas, tal el caso de la dolencia psicológica. Argumenta, que las dolencias taxativamente cubiertas se encuentran en las cláusulas 87 del seguro adicional –arts. 2 y 3- y en el art. 93 del seguro obligatorio, y en este caso la actora no presenta un cuadro de incapacidad total y permanente en los términos de la cobertura contratada.

Alega el debido apego a los términos de la contratación en atención a que ella quedó plasmada mediante las pólizas referidas. Refiere, que en la causa se discute sobre una contratación con cláusulas predispuestas y la a quo debió explicar, si consideraba que alguna o todas las cláusulas del contrato no le resultaban oponibles, cuáles eran y por qué, y no resolver sin ningún tipo de contenido al respecto. Hace incapie en la adicional Nro. 87.

Por último en cuanto al monto asegurado, se queja por que interpreta que no puede responder más allá del alcance y monto de las pólizas contratadas, y que al momento del siniestro (16/05/2007), la incapacidad determinada a la actora fue del 5,3% y el monto del seguro obligatorio era de $2.404,60, por lo que no resulta ajustado a derecho que se la condene tomando como base el monto de capital asegurado al año 2010.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 850/853 vta.

A fs. 857/861 también responde el recurso de la Caja, la aseguradora SMG Life, pidiendo en primer lugar su deserción por infracción a la carga de fundar prevista en el art. 265 del Cód. Procesal, y subsidiariamente se lo declare improcedente, debiéndose confirmar el fallo de grado en cuanto a la materia objeto de reproche por la Caja Seguros SA.

III.- Por cuestiones metodológicas y de buen orden, voy a abordar los agravios expuestos por ambas aseguradoras de manera conjunta.

Al ingresar al estudio de la cuestión traída a juzgamiento resulta fundamental determinar el marco jurídico dentro del cual voy a analizar la excepción de prescripción interpuesta por las aseguradoras.

En tal sentido, el debate se concentra en determinar qué normativa corresponde aplicar, sí la Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 50 que establece un plazo de prescripción de tres años -tal como lo interpreta la señora jueza de grado, o la Ley Nacional de Seguros, con su art. 58 que determina que el plazo de prescripción es de un año -tal como sostienen los apelantes.

Así entonces, considero que más allá que la Ley de Defensa del Consumidor sea de Orden Público y que fije un plazo de prescripción más favorable para el consumidor, al disponer su art. 50 que: “Las acciones emergentes de la presente ley prescriben en el término de tres años...”; en materia de prescripción de las acciones fundadas en un contrato de seguros corresponde atenerse a la disposición específica que sobre dicha materia contempla la propia Ley de Seguros Nacional. Y, en su art. 58 regula que "las acciones fundadas en elcontrato de seguro prescriben en el plazo de un año, computado desde que la correspondiente obligación es exigible...".

Ello es así, debido a que una interpretación contraria desnaturalizaría las disposiciones específicas que consagra la Ley de Seguros, en el sentido de que si la ley especial establece un plazo de prescripción este es el plazo que debe aplicarse, independientemente que la Ley de Defensa al Consumidor establezca uno mayor a favor del usuario o consumidor.

De admitirse una posición contraria, podría llegar a afirmarse que actualmente el contrato de seguros no se rige por sus disposiciones específicas (Ley de Seguros), sino por la Ley de Defensa del Consumidor y supletoriamente por la Ley de Seguros, lo cual resulta incorrecto.

En concordancia con el argumento que vengo desarrollando, nuestra Corte Nacional ha sostenido que si bien el acceso a una reparación integral de los daños sufridos por las victimas...constituye un principio constitucional que debe ser tutelado, ello no implica desconocer que el contrato de seguro rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 1137 y 1197 del Cód. Civil)...Lo anterior, sin perjuicio de la modificación introducida por la Ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, pues ese Tribunal consideró que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro...” (CSJN, in re: Recurso de hecho deducido por La Perseverancia Seguros S.A. en la causa: Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios).

Consecuentemente, propongo hacer lugar a los recursos de apelación interpuestos por las demandadas en torno al régimen que corresponde aplicar con respecto al instituto de la prescripción, por resultar de aplicación al caso de autos, el plazo que consagra el art. 58 de la Ley Nacional de Seguros.

En otro orden, y respecto al comienzo del cómputo de la prescripción, debo decir que aún tomando como punto de partida la fecha fijada en la sentencia: 29 de Julio de 2008, la acción al momento de interposición de la presente demanda -27 de diciembre de 2011- se encontraba prescripta.

En efecto: Si bien el beneficio de litigar sin gastos fue iniciado el 12/02/2009, interrumpió el curso de la prescripción, alargando la vida de la acción hasta el 12/02/2010, pero al haberse presentado la demanda el día 27 de diciembre de 2011, es decir con posterioridad a ésta última fecha, la acción estaba prescripta.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio hacer lugar a las apelaciones incoadas, y revocar la sentencia de grado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

En cuanto a las costas de ambas instancias deberán ser impuestas por su orden, en atención a que se trata de una cuestión novedosa, pues la postura adoptada por el Tribunal Superior de Neuquén de esta Provincia -referida al plazo de prescripción de tres años-, al casar una sentencia de esta Cámara, en el antecedente mencionado por la jueza de grado -"Geliz Ana María c/ La Caja de Seguros de Vida S.A. s/ Cobro Seguro por Incapacidad" (Acuerdo 46/10, de fecha 02/11/2010)-; es anterior a lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Buffoni, Osvaldo Omar c/ Castro, Ramiro Martín s/ daños y perjuicios" (sentencia del 08/04/2014).

Tal mi voto.

El Dr. Marcelo J. Medori dijo:

I.- Que habré de disentir con el voto que antecede, ello en orden a considerar que no se encuentra controvertido que la presente causa versa sobre el cobro de un seguro adicional por incapacidad total y permanente incluido en uno de vida colectivo obligatorio, con fundamento en la situación de minusvalía de la actora y que, conforme la doctrina sentada por el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén en las causas "MERINO ROSA HERMINIA C/ CAJA DE SEGUROS S. A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Acuerdo 8/2013) por la que no resultaba aplicable el plazo anual de prescripción del art. 58 de la Ley de Seguros 17.418 atendiendo a la naturaleza de tales seguros y el carácter de orden público de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240, norma que, sobre tal modo de extinción de las acciones judiciales, prevé el término de tres años a partir de la reforma introducida por la Ley 26.361 a su art. 50, no existiendo otra interpretación que la literal, máxime si expresamente a continuación regula que: "Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales" (Conforme Promulgación Parcial del 03-Abril-2008).

En la causa mencionada, el Máximo Tribunal Provincial, con cita de su antecedente "GÉLIZ ANA MARÍA C/ CAJA DE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ COBRO DE SEGURO POR INCAPACIDAD" (Expte. Nro. 107 - año 2009- Sentencia del 2.11.2010), y se enrola en la postura de aplicar el plazo de prescripción del nuevo Art. 50 de la Ley 24.240, explicando:

"a) La Ley de Seguros sufrió modificaciones a partir de la Ley de Defensa del Consumidor y de la reforma constitucional de 1994 que en su Art. 42 incorporó una protección amplia a los consumidores de bienes y servicios con el fin de corregir la situación de desequilibro en la relación de consumo. b) A partir de ello, perdió vigencia el plazo anual del Art. 58 de la Ley de Seguros. c) La prevalencia del plazo de tres años sobre otros menores –no obedece a una abrogación dispuesta por la Ley 24.240, sino que se funda en el orden público protectorio (Art. 3°). Por ende, todo contrato de consumo debe regirse por la norma más favorable a la parte débil de la relación jurídica.

Consecuentemente, el plazo más favorable es el de tres años. d) Siendo la Ley de Defensa del Consumidor, de orden público, no es válida la pretensión de fundar la prevalencia de una ley en su carácter de ley especial, en el caso la Ley de Seguros o de ley anterior. Además, al ser la Constitución Nacional la fuente principal, el derecho de los consumidores tiene carácter de ius fundamental. En consecuencia, el sistema de solución de conflictos normativos no está guiado por las pautas de las antinomias legales tradicionales. (Conf. Federico R. MOEYKENS, EN PICASSO- VÁSQUEZ FERREYRA Ley de Defensa del Consumidor, Comentada y Anotada, Editorial La Ley, T°II, pág. 545, Buenos Aires 2009). En igual sentido Ricardo Luis Lorenzetti, al hacer un análisis comparativo de la Ley 24.240 con las leyes especiales, se inclina a favor de la aplicación de aquélla, en virtud de poseer el carácter de norma iusfundamental (Conf. aut. cit., Consumidores, Edit. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, págs. 44/45, 50, 136/137). Con relación a lo antes expuesto, como quedó dicho, este Tribunal tiene postura tomada acerca de la plena aplicabilidad de la Ley de Defensa del Consumidor en materia de seguro de vida colectivo (Acuerdo 46/10 "GÉLIZ" ya cit.). Y si bien tal tesitura fue adoptada en un caso en que se debatían los alcances de la cobertura en los seguros sociales, no cabe duda que lo allí

resuelto, se proyecta de manera integral sobre este tipo de contrato. El precedente de este Cuerpo, tuvo en cuenta el carácter de orden público y protectorio que insufla toda la Ley de Defensa del Consumidor: se debate un derecho social como lo es el seguro de vida colectivo, consagrado por el propio Estado para atender a la protección del ser humano. Por lo que sólo cabe concluir en el rechazo de interpretaciones restrictivas y privilegiar la interpretación extensa a favor de quienes las normas a través de esta herramienta de la Seguridad Social, buscan proteger. Se suma a ello, la protección constitucional que el Art. 42 de la C.N. otorga a los consumidores y usuarios de bienes y servicios, para corregir la desigualdad frente a los proveedores. Por ende, la Ley de Defensa del Consumidor tiene jerarquía superior respecto de otras leyes, en tanto desarrolla y hace efectivos los derechos que expresamente reconoce al consumidor la Carta Magna. En virtud de estos principios, en la problemática específica que nos ocupa, se debe estar a la posición que con mayor efectividad asegure los derechos de la parte débil del contrato. En conclusión -como lo anticipé-, adhiero a la postura amplia que es compatible con la finalidad protectoria del consumidor. Ello me lleva a interpretar que el plazo de prescripción de tres (3) años, previsto por el Art. 50 de la Ley 24.240, es aplicable por resultar más beneficioso para el consumidor. Ahora bien, el Art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor en su nueva redacción, conforme a la reforma introducida por la Ley 26.361, pone fin a las controversias que se suscitaran en torno a la aplicación de la Ley 24.240 al contrato de seguro en materia de prescripción. El Art. 50 de la Ley 24.240, en su nueva redacción, reza: “Las acciones judiciales, las administrativas y las sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres años. Cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos al establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario. La prescripción se interrumpirá por la comisión de nuevas infracciones o por el inicio de las actuaciones administrativas o judiciales”. El nuevo texto legal, además, establece de manera expresa que comprende tanto a las acciones administrativas como a las judiciales. Tema que con anterioridad también era materia de controversia debido a la ubicación del Art. 50 en el capítulo XII de la ley sobre procedimiento y sanciones administrativas, lo cual era esgrimido como argumento por quienes sostenían que dicha norma no era aplicable a las acciones judiciales. Por otra parte, la reforma legal en análisis establece que, cuando por leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos al de la norma, se estará al más favorable al consumidor o usuario, ya sea que lo establezca una norma del derecho común o especial. Principio consagrado por el Art. 3° de la Ley de Defensa del Consumidor: “En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esta ley prevalecerá la más favorable al consumidor”. Entonces, con la reforma introducida por la Ley 26.361, la nueva redacción del Art. 50 es indubitable: si en otras leyes generales o especiales se fijan plazos distintos a los establecidos por esta norma debe aplicarse el plazo más favorable al consumidor. Es decir, la nueva norma brinda el criterio hermenéutico para resolver las distintas posturas en debate, porque de manera clara convirtió en ley lo que antes era una de las posiciones en pugna. …”.

Que no resultará ajeno al análisis la recepción mayoritaria y favorable de la doctrina respecto a que las previsiones protectorias de la Ley 24.240 integran un régimen autónomo, desplazando la tradicional distinción de las dos fuentes de la responsabilidad civil – contractual y extracontractual-, conforme se desprende de las conclusiones de la Comisión Interdisciplinaria de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba 2009), particularmente luego de la reforma que le introdujo la Ley 26.361, donde se sostuvo:

“La reforma introducida a la ley 24.240 por la ley 26.361 ha contribuido a la conformación de un régimen de responsabilidad en materia de consumo caracterizado por: a) La objetivación de la responsabilidad del proveedor fundada en la necesidad de tutelar la confianza y seguridad de los consumidores; b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del espectro de legitimados pasivos; c) El reconocimiento expreso de la vigencia del principio de reparación integral (art. 54, párr. 3); d) La explícita consagración de beneficios probatorios, en el art. 53, párr. 3; y, e) La vigencia de soluciones sancionatorias, a partir de la introducción de las indemnizaciones punitivas (art. 52 bis)”.

Se entendió que, en lo que es materia de interés para el presente, el legislador buscó aplicar la regla de interpretación “favor consumidor” para extender aquellos plazos de prescripción que se consideraban muy limitados (ej. el del art. 588 del C. Comercio), recurriendo a la integración de todas las normas relativas a las relaciones de consumo, de tal forma que la Ley 26361 consagra como art. 50 que “(...) cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente (3 años), se estará al más favorable al consumidor o usuario”.

Que a su vez el nuevo Código Civil y Comercial, con su finalidad generalizante y sistematicidad, al integrarlo, preserva la envergadura y autonomía del microsistema del consumidor, particularmente cuando a través de su art. 1094, incluido en la regulación especial (Relación de consumo”), establece que “las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”.

Que si bien la Corte Nacional en el caso “Buffoni, Osvaldo Ornar el Castro, Ramiro Martin s/ daños y perjuicios” (B. 915. XLVII. RECURSO DE HECHO- Sent. del 08.04.2014) se ha pronunciado por la inaplicabilidad de la ley de Defensa del Consumidor en el ámbito de las relaciones regidas por la ley de Seguros destacando que: "...una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita

o tácitamente, la ley especial anterior...", no procede desatender que cuando refirió que la función social que cumple el seguro no habilitan desentenderse de los alcances de las cláusulas de exclusión de cobertura respecto a la reparación de determinados daños en que la conducta de los damnificados demandantes contribuyó al resultado dañoso, para insistir en su doctrina respecto a que "la oponibilidad de las cláusulas contractuales ha sido el criterio adoptado por el Tribunal en los supuestos de contratos de seguro del transporte público automotor y las diversas posturas doctrinarias que surgieron a partir de este pronunciamiento (Considerando 11), extremos alejados del presupuesto definido por nuestro Tribunal Provincial que aplica a los presentes, dirigido a atender la particular naturaleza social de la relación deconsumo cuando involucra una pretensión vinculada a un seguro colectivo de vida o incapacidad, obligatorio o adicional.

En este mismo sentido se ha expedido 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, en los autos caratulados: "Jerez Hugo Luis C/ Sancor Cooperativa de Seguros s/ Cobro de Seguro de Vida" (Expte. N° 20043/ 2013-Sent. del 03.07.2015-Dres. Barrese y Furlotti).

Conforme las consideraciones expuestas y en relación a la prescripción de la acción propiciaré al acuerdo el rechazo de las apelaciones interpuestas por las co-demandadas, por resultar aplicable al caso el plazo trienal y al haberse promovido la demanda el 27.12.2011 (fs. 30), coincidiendo con la juez de grado respecto al comienzo del cómputo, el Dictamen de la Comisión Médica interviniente del 29.07.2008 y considerando los efectos iterruptivos del beneficio de litigar sin gastos promovido el 12.02.2009.

II.- Que atento la forma en cómo se decide respecto a la prescripción, habré de abordar los restantes agravios introducidos por la co-demandada Caja de Seguros S.A., recordando que la sentencia de grado hace lugar al reclamo del seguro obligatorio y adicional con fundamento en la incapacidad absoluta y permanente dictaminada por la perito médico justificando un porcentaje del 66,68% -comprendiendo el 20% por trastorno depresivo derivado- a partir del examen físico y antecedentes documentados (fs. 613/617, y 625), en coincidencia con el dictamen psicológico (fs. 325/326) y el trámite administrativo jubilatorio que concluyó en el retiro por invalidez (03.09.2008 –fs. 5), ello a partir del accidente sufrido el 16.05.2007 que motivó la intervención de la ART, habiéndose expedido la Comisión Médica el 29.07.2008 (fs. 345/349).

Considera que a la fecha del accidente de la que se derivó la incapacidad (16.05.2007) estaban vigentes las pólizas adicional N° 5120-9998589-01 (fs. 110/114; 1661/187) y el seguro de vida colectivo obligatorio N° 5120-0008583-01 (fs. 87/109; 126/165), emitida por Caja de Seguros S.A, que se extendía hasta el 30.06.2009; y respecto al monto asegurado, siguiendo la pericia contable y Resolución de la SSS N° 30720/05 del 04.10.2005, lo determina en $ 75.421,69 y $ 6.750,00, respectivamente (fs. 468, 503, 497/499 y 595/596), haciendo un total de condena de $82.171,69.

Que resultan antecedentes la intervención de la Junta Médica de la empleadora del 14.03.2008 que determina el diagnóstico de la actora:

"Traumatismo de sacrocoxis, columna lumbar y traumatismo de cadera izquierda (al caerse en una escalera) lesiones sufridas el 16/05/07 en relación de causalidad con el servicio según surge de la actuación sumaria extradisciplinaria y el reconocimiento de la ART. Le otorgaron inicialmente el alta médica el 13/09/07 con incapacidad fue evaluada en comisión medica regional n° 9 quien dictaminó que debe continuar con prestaciones medica.

Refiere la efectivo estar en tratamiento con la terapeuta ocupacional

Manifiesta continuar con dolor intenso continuo en región sacro coxis. No puede estar sentada por tiempo prolongado ni en bipedestación (no puede cumplir su función en le puesto de técnico administrativo. Esta junta medica dictamina que la causante está inepta para desarrollar las tareas correspondientes a su cuerpo y escalafón" (fs. 3), y que con motivo de los siniestros denunciados la aseguradora le contesta a el 26 de agosto de 2008: "Stro. N°5120-0003516-100 Pza. n°5120-9998583-01 y Stro. N°5120-0003517-100 Pza. n°5120-9998589-01.. Nos dirigimos a Ud. con relación a los siniestros de referencia, para manifestarnos sobre su derecho al cobro del beneficio reclamado. Con respecto al mismo cumplimos en informarle que la cláusula 93 de las Condiciones de las pólizas de referencia, determina que el beneficio de incapacidad Parcial y Permanente será procedente cuando a consecuencia de un accidente se produzcan las pérdidas anatómicas y/op funcionales taxativamente indicadas en dicha cláusula. Dado que según surge del dictamen realizado por nuestros facultativos médicos, las secuelas sufridas por Ud. como consecuencia del accidente, no se encuentran incluidas en las Condiciones de la Póliza, procedemos a comunicarle que debemos rechazar el reclamo por Ud. efectuado (fs. 4).

Que a su vez por Resolución N° 464/09 se solicitó el pase a situación de retiro obligatorio considera que la Junta Médica del 03.09.2008 informa que la actora "no está en condiciones para desarrollar las tareas correspondientes a su cuerpo y escalafón en forma permanente y definitiva" (fs. 5) emitiéndose el Decreto N° 2086/10 que así lo dispuso el 01.11.2010 (fs. 10), para luego, frente a la intimación cursada el 20.04.2011 para que se reconozca el pago de los seguros donde denuncia su situación de retiro y cesación de servicios, por no poder continuar con sus funciones" (fs. 16), la respuesta de la aseguradora fue que había operado la

prescripción y las pólizas ya no estaban vigentes (fs. 17).

Que para alcanzar la incapacidad total, permanente y definitiva, el perito médico computa las patologías conforme el baremo de jubilaciones y pensiones, Decreto N° 478/98, en: ameurosis de OD: 42%; Neurosis depresiva grado II, III: 20% del 585: 11,6%; Neuropatía de MID: 10% del 46,4%: 4,64%; Limitación funcional de columna lumbosacra: 6% del 41,76%: 2,5%; limitación funcional de columna cervical: 5% del 39,26%: 1,96%; limitación funcional de cadera izquierda: 6% del 37,3%: 2,23%; Cocdinea crónica: 5% del 23,07%: 1,75% (fs. 613/617) mientras que la psicóloga, siguiendo el Baremo General para el Fuero Civil, estima en un 20% el grado de incapacidad derivado de alteraciones psíquicas, definiéndolo como trastorno depresivo mayor, episodio único-moderado (CIE 10: 296.2x) (fs. 325/326), dictámenes que no merecieron cuestionamientos que autorizaran apartarse de ellos.

Luego, procediendo por razones metodológicas abordar la crítica vinculada a las dolencias contempladas en la sentencia de grado por estar excluidas de cobertura, cabe aludir al ya citado antecedente “Geliz” del Tribunal Superior de Justicia, donde en voto del Dr. Massei se analiza la naturaleza de los contratos de seguro colectivo obligatorio y adicional, dentro del ámbito laboral y de seguridad social, resaltando su finalidad esencial de cubrir las contingencias particulares de muerte e incapacidad del trabajador, y para referirse a la decisión de esta Alzada sobre el mérito de tal defensas, la finalidad tuitiva del seguro y la conducta de la aseguradora, señala que:

“Omitió, así, considerar que los seguros colectivos de vida tienen una finalidad tuitiva y de naturaleza alimentaria. Tienden a proteger al individuo de las contingencias propias de su existencia individual. Tampoco hizo mérito de su función social y, por ende, se apartó del principio por el cual, en caso de duda razonable, corresponde rechazar el desconocimiento de los derechos del asegurado, apartándose de la literalidad de los términos contractuales (cfr. Rubén Stiglitz: Seguro colectivo de vida, La Ley online, RCyS 2006-107). Por otra parte, debe tenerse presente que la Ley 17.418 no contiene directivas de interpretación. Sólo consagró en su Art. 11,2° párrafo, lo siguiente: “El asegurador entregará al tomador una póliza debidamente firmada y fácilmente legible {...}”. Sin embargo, a partir de la sanción de la Ley 24.240 se cuenta con dos directivas específicas de la interpretación de los contratos por adhesión, como los que estamos analizando. En su Art. 37, la citada ley establece que la interpretación del contrato se hará en el sentido más favorable para el consumidor. Esta directiva, en una indisimulable finalidad tuitiva del polo débil de la relación, dispone imperativamente que la decisión debe favorecer la posición contractual del consumidor (cfr. Rubén S. Stiglitz, Derecho de seguros, Tomo I, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 609). Reafirma el sentido de mi voto, el carácter de orden público que tiene la Ley de Defensa del Consumidor (Art. 65). Ésta impuso un orden imperativo que excede y sobrevuela las convenciones privadas, mucho más en el caso de las contrataciones en masa con cláusulas predispuestas. El Máximo Tribunal nacional precisó que el legislador, al disponer que sea de orden público, ha definido a la ley como contenedora de un conjunto de principios de orden superior estrechamente vinculados a la existencia y conservación de la organización social establecida y limitadora de la autonomía de la voluntad.

Enfatizando esta idea, la Corte Federal interpretó que los tribunales deben aplicar esta categoría de leyes, aun cuando las partes no lo requieran por cuanto existe un interés de la comunidad toda en que así sea(Pascual E. Alferillo: La función del juez en la aplicación de la ley en defensa del consumidor, La Ley online 02/07/09, con cita de C.S.J.N., S 1455.XLI;RHE “Sociedad Anónima-Dominga B. de Marconetti c. Gobierno de Buenos Aires”).. De ello surge que los contratos de seguros de vida no pueden ser reglados de modo tal que desnaturalicen y contraríen su función social. De amparar la pretensión de la demandada, consistente en aplicar las limitaciones y exclusiones de cobertura previstas en la póliza, se estaría negando la propia existencia de este instituto de corte netamente social y con expresa consagración constitucional. Y esto se agrava aún más en el caso porque, como se ha referido antes, el seguro colectivo se celebra entre el tomador y el asegurador. El asegurado, a pesar de su condición de destinatario final de la prestación a cargo del asegurador, no interviene ni influye en el contenido contractual, en sus condiciones particulares, ya que, dada la formación del contrato del seguro, jamás participa en la creación de las condiciones generales. Esta nota distintiva de los seguros bajo examen hace que el asegurado sea ajeno a la discusión del alcance de la cobertura, su determinación, su delimitación y, por consecuencia, de las exclusiones de cobertura. Por esto, como en ningún otro riesgo es indispensable que, como mínimo conozca el contenido del contrato y todas las modificaciones que se le introduzcan a través de una información clara y precisa (cfr. Rubén S. Stiglitz, op. cit.). La actora afirmó, al demandar, que nunca tomó conocimiento del contrato de seguro, de sus condiciones y que nunca se le entregó copia alguna de las pólizas (cfr.fs. 91vta. /92). La demandada no negó esta circunstancia en forma particularizada y mucho menos la desvirtuó. Esta carga pesaba sobre ella, máxime teniendo en cuenta que el Art. 25.3.1 de la Resolución N°33.463 dictada por la Superintendencia de Seguros –sustitutiva de otras resoluciones anteriores- le impone a la aseguradora, en los casos de pólizas colectivas, el deber de entregar a cada asegurado un certificado de incorporación. ..que el ser humano es único, que funciona como un organismo total, como una realidad sustantiva con notas constitutivas psico-orgánicas, no divisibles, atributos propios y esenciales de la persona humana. El análisis del Ad-quem, además

de transmitir una visión fragmentada, controvierte los principios elaborados a partir de los Arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 38 de la Constitución del Neuquén.

En efecto, a partir de la reforma constitucional de 1994, el constituyente revisor, al asignar jerarquía constitucional a diversos tratados internacionales de derechos humanos, amplió el catálogo de los derechos sociales (Art. 75, inc. 22); y al ratificar mediante la Ley 24.658 el Protocolo Adicional de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales –Protocolo de San Salvador- nuestro país reafirmó la necesidad de progresividad en la efectiva aplicación de los derechos humanos reconocidos en los instrumentos internacionales (cfr. Los Derechos Sociales en la Agenda Institucional de la Corte Suprema de Justicia, Adriana Tettamanti, en Suplemento Constitucional, La Ley, agosto 2010, páginas 129/vta). Los derechos humanos deben ser interpretados con carácter extensivo, éste es un principio hermenéutico. Y esta interpretación alcanza a todos los derechos humanos sin distinción de categorías, por lo cual descarto que algunos derechos sociales puedan ser operativos y otros programáticos, ya que aceptar tal antagonismo conduciría a permitir que algunos sean efectivos y otros queden reducidos a meras expresiones de deseo. Y en dirección a la operatividad de los derechos sociales para conferirles plena eficacia, Bidart Campos subraya la insistencia normativa en la progresividad y en el perfeccionamiento de recursos que tiendan a su plena efectividad (Cfr. Adriana Tettamanti op.cit. pág 130).

Este ideario del constitucionalismo contemporáneo ha nutrido la jurisprudencia constitucional de nuestra Corte Suprema, en su doctrina judicial en los fallos “Vizzoti”, “Aquino”, “Milone” y de manera particular in re “Sánchez”, en cuanto señala que los tratados internacionales vigentes obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos. (Considerando 3°) (Fallos: 327:3677; 327:3758; 327:4607; 328:2833). ..En este orden, adquieren particular relevancia los principios hermenéuticos de justicia social(pro justicia socialis), de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana (pro homine), de progresividad de los derechos y de no regresividad (Confr. Art. 75, incs. 19 y 22, de la Constitución Nacional; Convención Americana sobre Derechos Humanos -Arts. 26, 29, inc.b-; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -Art.2.1, 5.2, 51-; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -Art. 5.2). ..En definitiva, el principio pro homine como criterio de interpretación reclama estar siempre a la norma más favorable a la vigencia de los derechos, es decir, se debe acudir a la más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos; y proceder de manera opuesta, esto es, aplicar la norma o la interpretación más acotada, cuando se trate de restricciones de derechos. ..Este es el marco que moldea la consideración de las circunstancias concretas de la presente causa, en la que se debate un derecho social como lo es el seguro de vida colectivo, consagrado por el propio Estado para atender a la protección del ser humano. Por lo que sólo cabe concluir en el rechazo de interpretaciones restrictivas y privilegiar la interpretación extensa a favor de quienes las normas, a través de esta herramienta de la seguridad social, buscan proteger”.

Atento las pautas fijadas en el antecedente respecto al tratamiento de las dolencias reconocidas, por razones de economía procesal, cabe concluir en los presentes que comprobada la incapacidad absoluta y permanente de la actora según la pericia médica de autos, que confirma el diagnóstico producido en sede patronal y previsional, deberá tenerse por acreditado el riesgo cubierto, sin distinguir las distintas afecciones que en conjunto llevan a la minusvalía integral de la trabajadora; y en punto a lo evaluado, se habrá de rechazar la critica de la co-demandada.

No obstan a ello, las cláusulas restrictivas de la póliza traída, por cuanto las mismas tergiversan en cierta medida la finalidad del instituto jurídico, debiendo considerarse nulas a los efectos, destacando que las mismas no fueron puestas en conocimiento fehaciente de la asegurada en los términos de las Res. SSN 24.697/1996 y 33.463/2008, arts. 3 y 1, respectivamente, que en forma expresa estipulan que la aseguradora deberá hacer entrega de la póliza al asegurado por un medio que permita comprobar la recepción efectiva, lo que además se condice con lo estipulado en los arts. 11 y 12 de la ley de seguros 17.418.(cfme. arts. 14 bis de la Const. Nac.; 38 de la Const. Prov.; 1.197 y 1.198 del Cód. Civil; 50 del Cód. de Comercio; 11 y 12 de la ley 17.418; y 377 y 386 del Cód. Procesal).

Respecto al segundo agravio, donde se invoca la incorrecta evaluación del sentenciante, señalando la improcedencia de atribuir el incumplimiento contractual cuando había cesado la vigencia del seguro, ciertamente la crítica no evidencia en qué consiste el error de juzgamiento que siguió al dictamen contable y la oportunidad en que acaeció el accidente, cuando el art. 265 del CPCyC es preciso en la exigencia, y sobre el que la jurisprudencia ha sostenido que: ”Tanto la expresión de agravios cuanto el memorial deben consistir en una verdadera crítica de la sentencia o resolución que es apelada, mediante una argumentación seria, concreta y razonada tendiente a la demostración de su injusticia. Es que el tribunal de apelación que no tiene una función de contralor o revisora limita su actuación a tales alegaciones fundadas, demostrativas de los errores de la resolución atacada, puesto que el juicio de apelación comienza con dichas piezas que hacen las veces de una demanda. Así siendo los agravios los que dan la medida de las atribuciones de la alzada, sólo cabe abrir el recurso siempre que los mismos sean suficientes explicitados e intenten

demostrar los yerros de la sentencia o auto cuestionado. Si no se cumple, siquiera en mínima medida, con tal crítica concreta y razonada, el recurso de apelación debe ser declarado desierto (arts. 260, 261 y 246 CPCC)."(Referencia Normativa: Cpcb Art. 260; Cpcb Art. 261; Cpcb Art. 246, Cc0001 Si 52157 Rsi-43-90 I, Fecha: 15/02/1990, Caratula: Zannol Félix C/ Ramirez Fernando S/ Inc. art. 250 Cpcc, Mag. Votantes: Montes De Oca - Furst – Arazi-LDT).

Incurre también en falta de argumentación el cuestionamiento al monto de la condena por el seguro de vida obligatorio, sin hacer referencia alguna a los alcances de la norma que dispuso su elevación, que también fuera registrada por el experto.

III.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantearon los recurso, propicio al acuerdo el rechazo de las apelaciones, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas en la alzada a cargo de las vencidas, a cuyo efecto deberán regularse los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

Existiendo disidencia en los votos que antecede, se integra Sala con el Dr. Jorge PASCUARELLI, quien manifiesta:

Llega a resolución la disidencia planteada respecto al plazo de prescripción aplicable, en ambos votos se considera como comienzo del plazo de prescripción la fecha fijada en la sentencia del 29/07/2008 (dictamen de la Comisión Médica), que se inició un beneficio de litigar sin gastos el 12/02/09 y que la demanda se interpuso el 27/12/11.

Repárese que el beneficio se inició el 12/02/09, "se concedió la franquicia a la actora mediante resolución del 14/10/2011 ampliándose la misma el 06/08/2012 respecto de la codemandada" (fs. 801vta.).

Entonces, al momento de iniciarse el beneficio no había transcurrido un año desde el comienzo del plazo de prescripción y tampoco transcurrió desde su resolución hasta la interposición de la demanda.

Por lo cual, aún considerando el plazo más breve que alega la recurrente, no se había cumplido al momento de la interposición de la demanda teniendo en cuenta los efectos del beneficio de litigar sin gastos (cfr. "REYES CARLOS DANIEL C/ OILFIELD & PRODUCTION SERV. SRL S/ ACCIDENTE ACCION DE CIVIL", EXP Nº 468015/2012). En este sentido lo dispone el art. 2547 del CCyC.

A partir de lo expuesto adhiero a la solución expuesto por el Dr. Marcelo Medori.

Tal mi voto.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia dictada a fs. 796/808, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a las apelantes vencidas (art. 68 C.P.C.C).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% a los letrados de la actora y en el 25% a los letrados de la demandada, 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 -Dr. Jorge Pascuarelli

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"FUNEZ WILSHON ALBERTO C/ OLIVA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 474507/2013) – Sentencia: 50/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. PERDIDA DE CONFIANZA. INDEMNIZACION POR DESPIDO. REGISTRACION LABORAL. FECHA DE INGRESO. MULTA.

1.- La pérdida de confianza (elemento subjetivo) no es un factor eximente de indemnización por despido (C.N. Trabajo, Sala II, 22.5.75, D.L1976-106) de manera tal que la pérdida de

confianza no es invocable como causal autónoma de despido, sino que debe computarse a partir de la alegación y comprobación de un hecho injuriante (concreto y preciso), circunstancia que en el caso no ha quedado acreditado.

2.- Al no contemplar los recibos de haberes la fecha real de ingreso, corresponde confirmar la aplicación de la multa del art. 9 de la Ley N° 24.013.

Texto completo:

NEUQUEN, 06 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FUNEZ WILSHON ALBERTO C/ OLIVA CATERING S.R.L. S/ DESPIDO POR OTRAS CAUSALES", (Expte. Nº 474507/2013), venidos en apelación del Juzgado Laboral N°4 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, 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, a tenor de los agravios vertidos a fs. 198/202 y vta., contra la sentencia que luce a fs. 178/186 y vta., cuyo traslado fuera ordenado a fs. 203 vta. y que mereciera la réplica de la contraria a fs. 205/207.

II.- Los agravios

El apelante demandado manifiesta que le causa agravios que en la sentencia se considere que no se encuentra acreditada la causal por la cual fuera despedido el actor, debido a que como quedó dicho en la comunicación y ratificado en la contestación de la demanda, el demandante, junto a otra empleada y terceros ajenos, esperaron a que no quedara nadie en la empresa para realizar el acto que evidentemente requería ocultamiento.

Afirma, que de no ser por el aviso del personal policial, nadie habría observado la conducta del actor, ya que resulta obvio que éste no fue a la empresa cuando estaba todo el personal para, frente a testigos, apropiarse indebidamente del vehículo. En función de tal circunstancia cobra relevancia la prueba testimonial rendida en la causa, aun cuando los testigos manifiestan conocer el hecho por el relato de terceras personas.

Controvierte la valoración efectuada en la anterior instancia respecto del testimonio del Sr. D´Amato, ya que la considera errada al no ser éste socio gerente, ni siquiera socio de la sociedad demandada. Y agrega, que si bien D´Amato fue titular del comercio, por cuestiones económicas debió desprenderse del mismo, sin perjuicio de que por su experiencia en el rubro, fue contratado por la sociedad para desempeñarse como apoderado.

Refiere, que el actor jamás negó en forma contundente el hecho imputado, lo cual a la luz de las restantes pruebas, debió interpretarse como un tácito reconocimiento.

Sostiene, que el actor al contestar la comunicación de despido, tibiamente dijo que la causa era falsa, contradiciéndose al calificarla de extemporánea. Y, al quedar reconocido el hecho imputado, se equivoca el juez al interpretar que la causal de despido no se encuentra acreditada.

Menciona, que el accionante no cuestionó la graduación de la sanción en relación a la gravedad de la falta, quedando en consecuencia fuera de discusión.

A su vez, se agravia por la fecha de ingreso del trabajador adoptada en la sentencia, ya que al contestar la demanda negó la fecha de ingreso, y reconoció que lo hizo el 10/09/2009 bajo las órdenes del Señor D´Amato, fecha desde la cual admite la antigüedad su mandante; y siendo que la misma se encuentra corroborada con el informe de AFIP, resultaba carga probatoria del actor acreditar que trabajaba desde una fecha anterior.

Considera, que también se equivoca el a quo al pretender extender la relación laboral del actor con el Señor D´Amato, ya que como quedó dicho, y no fue controvertido por el primero, el segundo transfirió el comercio que funciona con el nombre de fantasía Oliva Catering a una sociedad denominada Oliva Catering S.R.L.

Aduce, que la transferencia de comercio no solo es posible, sino que está reglamentada por la Ley; y que en el caso no corresponde acreditarla ya que no es un hecho controvertido.

Señala, que en la sentencia se confunde el nombre de fantasía con la denominación social de la demandada, que se encuentra en estado regular, debidamente inscripta ante los organismos pertinentes.

Argumenta, que la sentencia se refiere a fraude, cuestión que no solo no ha sido introducida en autos, sino que además no existe

ningún elemento que lo acredite.

Cuestiona que se hiciera lugar a las diferencias salariales, al tener por acreditado que el actor era encargado de salón, a través de los dichos de la señora Fernández; pues ella manifestó que ayudaba en la administración, por lo que no veía la tarea que realizaba el señor Funez. Y que, con los testimonios de los señores Sandoval y Muñoz, se demuestra que Funez era mozo.Alega, que si nos remitimos al CCT N° 389/04 no existe la categoría de encargado de mozo o de salón.

Interpreta, que el a quo se equivoca al determinar los salarios, realizando cálculos genéricos e imprecisos, ya que durante estos años (2011/2012) los mismos variaron de acuerdo a los distintos acuerdos salariales de esa época.

Cuestiona la procedencia de las horas extras reconocidas en la sentencia porque las declaraciones testimoniales son contradictorias en éste aspecto y no llegan a brindar suficiente convicción acerca de la realización por el señor Funez, de labores en exceso del horario establecido por las normas legales.

Advierte, que en función de las tareas desempeñadas por el trabajador –Mozo-, y el tipo de actividad comercial que presta su representada -eventos- surge una irrefutable presunción de que solo trabajaba cuando había eventos los fines de semana y que durante la semana realizaba tareas ocasionales, tal como afirman los testigos.

Se agravia por la procedencia de las indemnizaciones fijadas por despido injustificado, no solo porque entiende que el mismo fue justificado, sino porque ellas se encuentran calculadas deficientemente, pues la fecha de ingreso que corresponde tomar es septiembre de 2009 y no como lo hace el a quo (septiembre de 2007).

Agrega que se equivoca el juez al sostener que corresponden dos meses de preaviso, pues sin perjuicio de la improcedencia de dicho rubro, la antigüedad del actor era menor a 5 años.

Se agravia también por la procedencia de la sanción que establece el art. 9 de la Ley 24.013, al sostener que su mandante recibió la transferencia del contrato laboral de su anterior empleador y que conforme quedó acreditado con el informe de AFIP, el actor ingresó a trabajar en la fecha que dan cuenta los recibos de haberes (septiembre de 2009).

Ataca a la forma en que se impusieron las costas, ya que la demanda prosperó por un monto sensiblemente menor al reclamado.

Por último, apela los honorarios de los letrados de la parte actora por altos.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a debate, debo decir que el tema principal a desentrañar en esta causa y que constituye el nudo del recurso de apelación, es sí en la especie existió causa suficiente para justificar el despido del actor, o si por el contrario, el distracto ha sido incausado.

Advierto entonces, que la demandada ha elaborado su estrategia defensiva a lo largo del proceso y sobre la cual a su vez, basa su disconformidad con la sentencia de grado, en la circunstancia del obrar del accionante el día 02 de septiembre de 2012, en oportunidad en que, a su juicio, el señor Wilson A. Funez, en compañía de la Sra. Elsa Ibarra Berrios y de otra persona que no individualiza, habría sustraído el vehículo marca Fiat Fiorino, patente: JZT-878, propiedad de la demandada, sin autorización alguna.

Considera acreditado el hecho con la alerta recibida de la Comisaría N° 46, y con la prueba testimonial rendida en la causa.

Así, interpreta que la actitud del actor constituye una injuria grave, y en función de la pérdida de confianza, procedió a despedirlo con causa justificada, provocando la ruptura y extinción del vínculo laboral.

A los fines de comprobar la procedencia del despido dispuesto por la accionada, como primer medida corresponde verificar si en autos, la empresa –que es quien tiene la carga de probar las circunstancias alegadas con motivo de la ruptura- ha probado la existencia del hecho que califica de injurioso.

En relación a la “acreditación del hecho”, advierto que no es cierto que el actor en oportunidad de responder la misiva que le fuera cursada con motivo del despido, haya reconocido tácitamente su existencia. Así, en el telegrama ley que obra a fs. 9, expresó: “Rechazo vuestras Cartas Documentos N° CD 304749968 y N° 304749954 ambas de fecha 9 de octubre de 2012, por improcedentes, maliciosas, temerarias, falaces e invocando falsa causa extemporánea...”

Si bien el recurrente afirma que al expresar la extemporaneidad de la causa el demandante estaría reconociendo tácitamente los hechos que se le imputan, entiendo que ello no es así, pues de los términos de la misiva en cuestión, como así de la demanda, surge de manera clara que tal circunstancia ha sido desconocida.

En tal sentido, lo falso puede ser invocado “extemporáneamente” sin que ello implique caer en contradicción, ya que “falso” implica que algo no se condice con la realidad, es decir, no existe, y la “extemporaneidad”, es que lo alegado, aun siendo falso, ha sido introducido fuera de término, fuera de plazo, ello con independencia de su existencia o no.

De modo que, al no existir tal contradicción, interpreto que el actor no ha reconocido los hechos invocados por la demandada para justificar el despido ordenado por ésta última.

En cuanto a la restante prueba, no se acompaña en la causa –como bien señala el a quo- aquella que confirme la actuación

policial. Y en relación a valoración de los testimonios rendidos en autos, voy a coincidir con el juez de grado, pues con ninguna de las declaraciones –salvo el testigo D´Amato- se ha logrado probar la existencia del hecho que motivó el despido decretado por la empleadora.

Así, en relación al hecho puntual que se invoca con motivo del distracto, el Sr. Walter Osvaldo Fernández, (fs. 103 vta.) dijo: “A mi me comentó el dueño que lo había despedido. No me contó ni pregunte cual fue el motivo”.

Arturo Miguel Muñoz Manosalva (fs. 105 y vta.), no manifestó nada sobre el motivo del despido.

Mirta Estigarribia Bruno, (fs. 106 y vta.) expuso: “No se la razón de la desvinculación...”

Cristian Cofre (fs. 119 y vta.), dijo: “Por comentarios, por rumor cuando ingresamos el lunes nos enteramos que había sacado un vehículo sin permiso.

Tengo entendido por remolcar otro vehículo. Eso lo se por comentarios entre los compañeros de trabajo...”.

A fs. 120 y vta., Nazareno Pierdominici, manifestó: “Exactamente no recuerdo cuando dejó de trabajar Funez... no se porque dejó de trabajar...”.

A fs. 121 y vta., el Sr. Abel Alberto Rothen, señaló: “Se por comentarios que había sacado un vehículo de Oliva, nada mas. Yo sentí ese comentario un día lunes cuando yo me presente a trabajar”.

Del análisis de los testimonios transcriptos, no se puede afirmar con cierto grado de certeza que el hecho haya existido, máxime cuando, los únicos que aportan algo sobre la existencia del hecho (Cofre y Rothen), además de no ser testigos presenciales, han tomado conocimiento por “comentarios o rumores”, sin dar precisión o detalle de la existencia del hecho que motivara el despido, por lo que resultan suficientes para acreditar las circunstancias mencionadas por la empleadora para justificar el distracto.

Mención aparte, merece el testimonio brindado por el Apoderado de la demandada, Sr. Juan Carmelo D´Amato (fs. 117/118 vta.), por coincidir plenamente con la valoración que sobre dicha declaración ha efectuado el juez de grado.

De manera que, la eficacia probatoria de la prueba testimonial debe ser valorada de acuerdo con las reglas de la sana crítica, atendiendo a las circunstancias o motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones; influyen así las disposiciones afectivas, la razón de ser de su conocimiento, el interés en el asunto, la coherencia y la relación existente entre el declarante y la parte a quién con su declaración favorece.

Desde esta perspectiva, al tratarse de un testigo que se desempeña en relación de dependencia “apoderado” de la demandada, sus dichos deben merituarse con estrictez, a fin de desechar posibles intenciones de favorecerla, máxime cuando no existen en autos otros elementos que avalen sus dichos, pues las restantes declaraciones fueron insuficientes y la confirmación policial no ha sido acompañada a la causa.

En síntesis: los testimonios en los cuales se afianza el cuestionamiento de la demandada no logran contrarrestar las conclusiones del magistrado, por lo que habré de propiciar el rechazo del recurso en este punto.

En virtud de las pruebas rendidas y analizadas precedentemente, considero que en el caso que nos ocupa no se ha probado el hecho que se le imputa al accionante, y por lo tanto, el distracto laboral descansa únicamente en la causal de falta de confianza invocada por la firma demandada.

En ese sentido, la pérdida de confianza (elemento subjetivo) no es un factor eximente de indemnización por despido (C.N. Trabajo, Sala II, 22.5.75, D.L1976-106) de manera tal que la pérdida de confianza no es invocable como causal autónoma de despido, sino que debe computarse a partir de la alegación y comprobación de un hecho injuriante (concreto y preciso), circunstancia que en el caso no ha quedado acreditado.

Sobre el particular se ha sostenido que “el sistema legal vigente tiende a privilegiar la subsistencia de las relaciones laborales y la parte que asume la iniciativa de ponerle fin, carga con la demostración de una conducta inexcusablemente incompatible con la prosecución del vínculo, demostración que no debe dejar margen de dudas” (C.N. Trabajo, Sala V, 31.10.81, dt. 89-a-66, y JUBA7 NQN. Q0000143).

Por lo tanto, este agravio habrá de ser desestimado.

Sentado lo anterior, ingresaré ahora en el estudio de la impugnación de los rubros objeto de la liquidación practicada, y sobre la fecha de ingreso a los fines de determinar la antigüedad del actor, el apelante dice que no se ha logrado demostrar su ingreso bajo las órdenes de la demandada el 07/09/2007.

Efectivamente, los argumentos expuestos en la sentencia resultan confusos, pues no surgen con claridad los elementos que corroboren que el señor Funez comenzó a trabajar para el Sr. Juan Carmelo D´Amato, en fecha anterior al informe proporcionado por AFIP (v. fs. 113).

Teniendo en cuenta el reconocimiento que efectúa la demandada a fs. 52 vta., al mencionar: “Fue contratado en virtud de que mi mandante absorbió el personal de una persona particular -Sr. Carmelo D´Amato- acordando reconocer la antigüedad desde la

fecha que el actor reconoció como ingreso al anterior trabajo...”; y el informe de AFIP (fs. 113), que da cuenta que el Sr. Funez, comenzó a laborar para su anterior empleador (Sr. D´Amato) en el mes de abril del año 2009, es ésta última fecha la que debe tomarse para determinar el ingreso del trabajador bajo las órdenes de su posterior empleadora OLIVA CATERING S.R.L.

Ello es así, pues del mencionado informe surge que el actor empezó a trabajar para el Sr. D´Amato en el mes de abril del año 2009 y que con posterioridad, como consecuencia de la adquisición de la empresa por parte de Oliva Catering SRL, a partir del mes de noviembre de 2010, continuó laborando para la nueva empleadora hasta que el 09 de octubre de 2012, la empleadora decide despedirlo invocando falta de confianza, en los términos expuestos en el telegrama de fs. 3.

Por lo tanto, propongo al acuerdo que se haga lugar a dicho agravio y se fije como fecha de ingreso del actor el mes de abril de 2009, por lo que deberá readecuarse la liquidación practicada en la instancia de grado, en función de la nueva fecha de ingreso mencionada.

En lo que respecta al cuestionamiento sobre la categoría laboral que se reconoce la sentencia: “Encargado”, en vez de “Mozo mostrador”, como especifica la empleadora en los recibos de haberes adjuntados, debo afirmar que la categoría de “Encargado” no es un invento del juez, sino que existe dentro del Convenio Colectivo de Trabajo aplicable a dicha actividad: “hotelera y gastronómica. Trabajadores de concesionarios de comedores y refrigerios.

Prestación de servicios de comida, bebida y/o alojamiento”, en donde el encargado es el responsable de la conducción de la prestación de servicios, dando cumplimiento a las pautas de trabajo, que para esa finalidad determine la empleadora (art. 10 del Convenio aludido).

Precisamente, teniendo en cuenta la descripción que el Convenio establece para la categoría de “Encargado”, es que se debe analizar la prueba aportada a la causa para verificar si la tarea llevada a cabo por el accionante a partir del 2011, ha sido la de “Encargado” o de “Mozo de Mostrador” como sostiene la demandada.

De la prueba testimonial producida, advierto que si bien desde su ingreso (abril de 2009), el actor detentaba la categoría de mozo de mostrador, tal como se especifica en los recibos de haberes adjuntados a estos actuados, con posterioridad, a través de las declaraciones testimoniales mencionadas en la sentencia, Fernández (fs. 103 y vta.), Bruno (fs. 106 y vta.) y Pierdominicci (fs. 120 y vta.), se ha logrado demostrar que el mismo cumplía funciones de “Encargado”, en los términos del Convenio Colectivo referenciado con anterioridad.

Así, el Sr. Walter O. Fernández, en relación a las tareas llevadas a cabo por el actor, expuso: “Conoce al actor del trabajo de Olivia Catering. Cuando yo ingresé a trabajar Funez ya estaba. Yo trabaje en Olivia en el 2011 y 2012... Cuando me presentaron a Funez él estaba encargado de los Mozos y Salones y todo lo que tenía que ver con el stock de cubiertos y demás, hacia un poco de todo. El estaba todo el tiempo. Yo tenía un horario, el ingresaba conmigo y yo me iba y el quedaba...”.

La Sra. Mirta E. Bruno, en relación a la actividad dijo: “Cuando yo ingresé en el 2011 ya estaba Funez...era encargado de mozos...”.

El Sr. Nazareno Pierdominicci, expresó: “Funez mira a los mozos para que hagan su trabajo. El era el encargado de salón...”.

De dichos testimonios se aprecia sin mayor esfuerzo que el actor, al comienzo de la relación laboral detentaba la categoría de Mozo mostrador, y con posterioridad, es decir, durante el período 2011/2012 revestía la de “Encargado”.

Estas declaraciones adquieren relevancia frente a los otros testimonios, en donde si bien afirman que Funez era mozo, no resultan contundentes para desvirtuar los hechos alegados con motivo del reclamo de diferencias salariales, en función de la categoría de “Encargado”.

Así, si bien la testigo Sandoval (fs. 104 y vta.) en relación a la actividad desplegada por el actor, dijo: “Funez era mozo cuando yo estaba trabajando”; luego expresó: “Funez ingreso después que yo. Hace como cinco años que deje de trabajar”; lo cual remonta a que ella hace referencia a un período anterior (año 2009), al que se invoca en la demanda como período de reclamo por diferencias salariales en función de la nueva categoría de “Encargado” (año 2011- 2012).

Por otra parte, no obstante que el Sr. Arturo Miguel Muñoz Manosalva (fs. 105 y vta.) indicó que Funez “trabajaba de mozo”, frente a los demás testimonios que dan cuenta que si bien el actor trabajó un período de mozo, con posterioridad fue encargado; dicho testimonio no tiene peso para desvirtuar las consideraciones expuestas en las restantes declaraciones.

En cuanto a los dichos del Sr. D´Amato, si bien afirma que: “La tarea desempeñada por Funez Wilson era de mozo...”; dicho testimonio no tiene la fuerza convictiva necesaria para modificar las consideraciones expuestas con anterioridad, en función de su parcialidad atento al vínculo que lo liga con la empresa demandada.

Por último, si bien el testigo Cristian Cofre, al declarar a fs. 119 y vta., mencionó: “Funez Wilson era mozo, estaba en los eventos y trabajaba como mozo en atención a las mesas. El estaba durante el día también, su responsabilidad era armar el salón, cargar las bebidas. Mas o menos esa era su función”; de su declaración se extrae que la tarea llevada a cabo por W. Funez, no era

solamente la de mozo, sino la de “armar el salón” expresión ésta que refleja un mayor grado de responsabilidad acorde a la categoría que reclama el actor –encargado-.

Por lo expuesto, es que se rechazará en este aspecto el agravio, confirmándose la categoría de “encargado” que reconoce la sentencia de grado, y en consecuencia se deberá confirmar la condena por el reclamo de las diferencias salariales correspondientes al período: 2011/2012.

En relación al rubro: horas extras, debo decir que sabido es que la prueba de éstas en lo que hace al número, lapso y frecuencia, está a cargo del trabajador, en virtud del principio procesal que impone la carga de la prueba de un hecho a quien lo invoca y no a quien lo niega.

De allí que no basta con la mera invocación de haber trabajado horas extras, sino que quien lo alega debe demostrar con razonable precisión su existencia y extensión.

Ello no ha sido observado por el Juez de Grado, toda vez que a pesar de reconocer en su sentencia “Destaco que no está aquí en cuestión la validez o aptitud del medio probatorio empleado -prueba testimonial- sin su manifiesta insuficiencia para aportar certeza acerca no tanto de la realización de tareas suplementarias sino de su hipotética extensión y/o frecuencia...”, si bien por un valor sensiblemente inferior que al reclamado en la demanda, otorga de todos modos las horas extras.

En tal sentido, se ha dicho que: la prueba del reclamo de horas extras corresponde a quien las invoca, debiendo la misma ser concluyente y su apreciación debe realizarse con estrictez, máxime cuando el reclamo es formulado luego de rescindido el vínculo laboral (PS. 1994-II-367/369, Sala I; JUBA-NQN- Q0000460).

Por ello, observo que ni de la prueba documental, ni de los testimonios mencionados en la sentencia, ni de los demás elementos aportados a la causa surge que el demandante haya trabajado horas extraordinarias, por lo que corresponde el rechazo de dicho rubro, debiéndose revocar su procedencia por improbada.

En relación a las indemnizaciones por despido injustificado, al haberse rechazado la causal invocada por la empleadora “pérdida de confianza”, la procedencia de las indemnizaciones contempladas por las leyes laborales para el caso de despido injustificado resultan aplicables, sin perjuicio de ello, en función de este nuevo pronunciamiento corresponde efectuar un nuevo cálculo de los montos indemnizatorios otorgados en la sentencia de origen.

Respecto a la indemnización por antigüedad (art. 245 LCT), diré que el juez de grado incluye para dicho cálculo el SAC, y si bien esta Sala tiene una opinión contraria, al no haberse cuestionado en el recurso su inclusión, corresponde atenernos, a los fines del cálculo de la indemnización por antigüedad, a la remuneración que indica la sentencia, vale decir: $7956.

Por tanto, teniendo en cuenta la antigüedad del actor y la fecha del distracto, la indemnización se fija en la suma de: $23.968. (3 meses x $7956), con más los intereses fijados en la instancia de grado.

Con respecto al Preaviso, en base a la antigüedad del actor (menor a cinco años), y en función de lo dispuesto por los arts. 231 y 232 de la LCT, el mismo se fija en la suma de $7344.

En cuanto a la multa cuestionada, el art. 9 de la Ley 24.013, determina que:

“El empleador que consignare en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real, abonará al trabajador afectado una indemnización equivalente a la cuarta parte del importe de las remuneraciones devengadas desde la fecha de ingreso hasta la fecha falsamente consignada, computada a valores reajustados de acuerdo a la normativa vigente”.

Conforme a lo expuesto, al tratar la fecha de ingreso del actor, éste comenzó a trabajar bajo las órdenes de su anterior empleador en el mes de abril de 2009 y continuó haciéndolo para Oliva Catering SRL, a partir de noviembre de 2010 (informe AFIP de fs. 113).

De acuerdo a los recibos adjuntados a fs. 23/44, el señor Funez ingresó el: 10/09/09, mientras que la fecha real de ingreso es el mes de abril del año 2009. Por ello, al no contemplar los recibos de haberes la fecha real de ingreso, corresponde confirmar la aplicación de la multa del art. 9 de la Ley N° 24.013, readecuando su importe a la fecha de ingreso indicada párrafos más arriba.

Al efectuar los cálculos pertinentes, en función de las pautas del art. 9 de la Ley mencionada, sobre salario reajustado, fijo la indemnización dispuesta en la norma en la suma de $9180 (calculada sobre la cuarta parte del importe de las remuneraciones $7344 devengadas desde la fecha de ingreso: abril/2009 hasta la fecha indicada en los recibos de haberes septiembre/2009).

IV.- Por las razones expuestas propongo al acuerdo modificar la sentencia en lo que respecta a la fecha de ingreso, la cual en función de este pronunciamiento queda fijada en el mes de abril del 2009 y no hacer lugar al rubro horas extras. En función de la nueva fecha de ingreso contemplada, se recalcularán las indemnizaciones otorgadas en la instancia de grado, conforme planilla de liquidación que se practicará a continuación.

V.- Planilla de liquidación

Indemnización por antigüedad (art. 245 LCT): $23.928; Diferencia salarial año 2011/2012: $46.020 (año 2011: $14.508- año 2012:

$31.512); Preaviso: $7.344 (antigüedad menor a cinco años); Indemnización art. 9 Ley 24.013: $9180; SAC año 2011/2012: $3672; lo que totaliza un monto de condena que asciende a la suma de: $90.184, suma a la que se le deberá adicionar la tasa de interés fijada en la instancia de grado.

En relación a las costas, independientemente de la diferencia entre la suma reclamada y la de condena, al haber prosperado la casi totalidad de los rubros objeto de reclamo (a excepción de las horas extras), y teniendo en cuenta el neto carácter de corte alimentario del reclamo laboral de autos, lo que habilita a tener cierta flexibilidad en materia de costas, considero que las mismas habrán de ser confirmadas.

Por idéntico motivo, igual suerte correrán las costas de Alzada, las que serán a cargo de la demandada.

En lo que respecta a la apelación de los honorarios de los letrados del actor por considerarlos altos, la misma deviene abstracta, pues al haberse modificado el monto de condena, los emolumentos se dejarán sin efecto, por lo que deberá procederse a efectuar una nueva regulación.

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 dictada a fs. 178/186 vta., reduciendo el monto de condena a la suma de PESOS NOVENTA MIL CIENTO OCHENTA Y CUATRO ($90.184), con más los intereses fijados en la instancia de grado, de conformidad a los considerando 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 del art. 51 de la ley 921, teniendo en cuenta la cuestión litigiosa resuelta, deviniendo abstracto el tratamiento del recurso interpuesto.

3.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada en su calidad de vencida (art. 17 Ley 921).

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

"TRONCOSO MARTA C/ GARCIA ROSA Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 477119/2013) – Sentencia: 55/17 – Fecha: 18/04/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

JUICIO DE DESALOJO. TENEDOR PRECARI.

Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda de desalojo, ya que si bien la recurrente insiste en detentar un título legítimo a poseer y de haber realizado actos en tal sentido, resulta suficiente la argumentación del juez de grado que cuando sostiene que la obligación de restituir se deriva de haber admitido de que había accedido al bien con motivo del préstamo que le hiciera. Dicha legitimación a ser demandada se corresponde con el derecho acreditado que se deriva de la propiedad en cabeza de la reclamante y la habilitan a entablar

una acción personal como es la de desalojo para obtener la recuperación del bien de aquellos que no titularizan una mejor prerrogativa para resistirse al ejercicio de su uso y goce.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TRONCOSO MARTA C/ GARCIA ROSA Y OTRO S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION", (Expte. Nº 477119/2013), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 170 la parte demandada interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 14 de Octubre del 2016 (fs. 163/166), expresando agravios a fs. 174/176; pide se la revoque y se rechace la acción con costas.

Cuestiona que no haya considerado que es legitimada pasiva en el proceso de desalojo y que es a su cargo la obligación de restituir el inmueble, luego de haber acreditado con prueba documental y testimonial que lo ocupa a título de dueño desde hace más de 20 años conforme posesión legítima, pública, pacífica y de buena fe, luego de haber ingresado como pareja del hijo de la actora, y aún con posterioridad al retiro de éste, manteniéndose en el bien junto a los hijos comunes, habiendo realizado importantes mejoras y pagado servicios que exteriorizan su carácter de poseedora aninmus domini.

Sustanciado el recurso, la actora responde a fs. 181/183; pide se rechace la apelación con costas.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la sentencia de grado hace lugar a la demanda de desalojo promovida por la actora con fundamento en que conforme la documental y testimonial aportada había acreditado su calidad de propietaria del inmueble así como responsable tributario del bien, mientras que la accionada admitió que le había sido entregado en calidad de préstamo cuando vivían juntos con el hijo de aquella, que al momento de entregarle la vivienda se habían comprometido a pagar los impuestos, y que requerido el reintegro no lo cumplió; rechaza la reconvención por las mejoras realizadas y el pago de servicios por exceder el marco cognoscitivo del proceso, sin perjuicio de eventuales acciones que podrían interponerse en caso de corresponder.

Que el proceso de desalojo es aquel que tiene por objeto una pretensión tendiente a recuperar el uso y goce de un bien inmueble que se encuentra ocupado por quien carece de título para ello, sea por tener una obligación exigible de restituirlo o por revestir el carácter de simple intruso aunque sin pretensiones a la posesión. Del concepto enunciado se infiere, por lo pronto, que la pretensión de desalojo no sólo es admisible cuando medie una relación jurídica entre las partes en cuya virtud el demandado se halla obligado a restituir el bien a requerimiento del actor, sino también en el caso de que sin existir vinculación contractual alguna, el demandado es un ocupante meramente circunstancial o transitorio que no aspira al ejercicio de la posesión... En segundo lugar, de la definición más arriba expuesta se deduce que la pretensión de desalojo sólo implica la invocación, por parte del actor, de un derecho personal a exigir la restitución del bien, de manera que excede el ámbito del proceso analizado toda controversia o decisión relativas al derecho de propiedad o de posesión que puedan arrogarse las partes. (p. 77, t. VII, Derecho Procesal Civil, Palacio) (cfme. arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 2506 y ss. del Cód. Civ.; y 679 y ss. del Cód. Proc.).

Corresponde considerar tenedor precario a quien goza o ha gozado del derecho de ocupar gratuitamente un bien inmueble mediante un título que es revocable a voluntad del que le ha concedido ese derecho. El precarista, por lo tanto, ocupa la cosa a raíz de un acto de liberalidad o tolerancia por parte de su dueño y sin plazo alguno, razón por la cual este último puede requerir la devolución en cualquier momento. (p. 95, ídem.).

Que si bien la recurrente insiste en detentar un título legítimo a poseer y de haber realizado actos en tal sentido, resulta suficiente la argumentación del juez de grado que cuando sostiene que la obligación de restituir se deriva de haber admitido de que había accedido al bien con motivo del préstamo que le hiciera.

Dicha legitimación a ser demandada se corresponde con el derecho acreditado que se deriva de la propiedad en cabeza de la reclamante y la habilitan a entablar una acción personal como es la de desalojo para obtener la recuperación del bien de aquellos que no titularizan una mejor prerrogativa para resistirse al ejercicio de su uso y goce.

La jurisprudencia, en supuestos equiparables a los presentes, donde se acredita el acceso al bien con motivo de la cohabitación consentida de las partes, ha concluido pacíficamente en la precariedad de la situación de aquel que no es propietario, explicando que:

"Si se trata de una acción de desalojo contra el concubino que no es propietario del inmueble cabe encuadrar el caso dentro de la

figura del comodato, dentro de cuyo régimen, la concubina, en su calidad de comodante, se encuentra en condiciones de exigir unilateralmente la restitución de la cosa (conf. art. 2285 del Código Civil), tornándose plenamente aplicable lo dispuesto en el art. 680 del Código Procesal." (Autos: FACHIN PELIZZARI Nelida c/ LACIAR Juan Antonio s/ DESALOJO - Nº Sent.: 14929 - Civil - Sala A - Fecha: 29/08/1994-LDT).

"Concluida la vida en común por separación que data de varios años, la permanencia en el lugar de la concubina, es la de un ocupante precario.

Ello sin perjuicio de eventuales derechos que pudiere merecer tratamiento en el juicio ordinario respectivo. En situaciones análogas se ha resuelto que si el desalojo de la concubina es requerido por el concubino propietario del inmueble, aquélla no puede lograr el rechazo de la misma, esto es así aún cuando se considere a la relación de ese tipo como configurativa de un vínculo contractual innominado, o partiendo de la inexistencia de un vínculo contractual, puesto que ante este tipo de situaciones, se está siempre ante un "título resoluble, sin que el titular del inmueble esté sujeto a plazos que deba respetar antes de requerir el reintegro del inmueble"." (Z. C., M. c/ M. G., C.H. s/ Desalojo S CAS2 CR 000C 000070 08/10/2002 ED Alexandre, SCBA, Ac 40420 S 23-04-90, "Sanz, Alfredo c/ Beratz, Marta s/ Desalojo", LL t. 1990-D, p. 95 - AyS 1990-I-845 Federico Javier Causse, "El desalojo del concubino", en LL 1997-B, 1356 CApel. Civ. y Com., Santiago del Estero, 10/10/96 - Bruno Lorenzo, Segundo c/ Luz Paz de Galeano s/desalojo, el Dial.com - Editorial albrematica- AZ101267 Gustavo A. Bossert, "Régimen jurídico del concubinato", Astrea 1982, cap. VIII, pág. 63 y sigtes.; CNCiv. sala I, 2001/10/044, DJ, 2002-1-470; CApel. CC Mercedes, sala I, abril 24-1997, ED, 174-256; C8a.CC, Córdoba 1999/08/05, LLC, 2000-960; CNCiv., sala I, 2001/10/04, DJ, 2002-1-471 CNCiv., sala H, 2000/04/05- S., A.M. c. B., C.I. en Rev. La Ley de 2000/09/01, fallo 1000.821 con nota de Redacción CCiv. y Com., Bell Ville, abril 29-998, LLC, 1999-1317 y su doctrina CS Tucumán, sala civil y penal, julio 03-997- Alderete, Tiburcio suc. C. Aguirre, Pascuala y otros- Rev. La Ley del 24/08/98, pág. 7, fallo 40712-S, LL NOA, 1998-4-62 CNCiv., sala E, 1999/05/05, ED, 190-366 C1a.CC Bahía Blanca, sala II, junio 05-997, LLBA, 1999- 223 CApel. CC Santiago del Estero, 10/10/1996, Bruno, Lorenzo Segundo c/ Luz Paz de Galeano s/ Desalojo, elDial.com -Editorial Albrematica- AZ101270-LDT).

Esta alzada ya se ha expedido con tal criterio in re "MAINA IRIS EMMA C/ SANTANA TRIVIÑA NOEMI VERONICA S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION" (EXP Nº 376842/8), sala I, y "LUNA VANESA DANIELA C/ MC KIDD JUAN CARLOS S/ DESALOJO SIN CONTRATO DE LOCACION", (Expte. Nº 413068/10) de la sala III.

III.- 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, a cuyo efecto deberán regularse oportunamente los honorarios profesionales con ajuste al art. 15 de la ley arancelaria.

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. 163/166, 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 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

"ODDO CARINA ALEJANDRA C/ TORRES GONZALO EZEQUIEL 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 – Secretaría Sala III – (Expte.: 501438/2014) – Sentencia: 56/17 – Fecha: 18/04/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. MOTOCICLETA. PEATON. ATRIBUCION DE RESPONSABILIDAD. CULPA DEL CONDUCTOR. DAÑOS Y PERJUICIOS. CUANTIFICACION DEL DAÑO. SEGUROS. POLIZA DEL SEGURO. LIMITES. CARGA DE LA PRUEBA.

1.- Debe cargar con la responsabilidad en forma íntegra el conductor del ciclomotor que envistiera a un peatón, si no hay elemento de la causa que acredite que la actora se haya trasladado en forma descuidada o fuera del área de prioridad, ni que lo practicara entre dos autos o sorprendiera al demandado en su avance, cuando resulta incuestionable que estaba llegando al final del cruce; en definitiva no aportó con su culpa al acaecimiento del suceso.

2.- Cabe confirmar el decisorio de grado que reconoció una elevada incapacidad (60%), que al momento del evento la accionante contaba con 44 años de edad y una vida plena, que fue alterada por el infortunio, con base en la prueba pericial psicológica y las testimoniales, para fijar la indemnización en la suma de pesos $100.000, toda vez que no se concreta la suficiencia de la impugnación para habilitar el cotejar de un eventual exceso de la compensación fijada dirigida a obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento sufrido, cuya gravedad lo evidencia la asistencia que debió recibir en el servicio de terapia intensiva y los prolongados tratamientos por los múltiples traumatismos en todo el cuerpo, en particular, cabeza, rostro y extremidades.

3.- Si la cuestión controvertida no es la existencia de la cobertura del seguro, sino que las limitaciones que invoca la aseguradora estuvieran incluidas o no en la póliza, frente al expreso desconocimiento e impugnación de la autenticidad y contenido del instrumento en punto a tales límites por parte de la actora, resultaba incuestionable que era a cargo exclusivo de la oferente acreditar que estaban incluidas en el contrato celebrado; tan es así que requiere a tal fin se intime al asegurado a que aporte el original, y subsidiariamente, se concrete mediante dictamen de perito contador; más se cierra el período probatorio sin haberse instado su producción, luego de que sucesivamente el tribunal sostuviera que la pericia era innecesaria. La negativa formulada por la actora resultó suficiente para que los demandados estén en la obligación de probar aquello que constituía un presupuesto indispensable para la admisibilidad de la defensa y liberarse, aún parcialmente, de cargar con el crédito que se le endilga.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “ODDO CARINA ALEJANDRA C/ TORRES GONZALO EZEQUIEL Y OTRO S/ D. Y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTORES (CON LESION O MUERTE)”, (Expte. Nº 501438/2014), venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que la citada en garantía y el codemandado Gonzalo E. Torres interponen recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 3 de agosto de 2016 obrante a fs. 1022/1060 expresando agravios a fs. 1048/1060.

Argumenta que la decisión del A quo no constituye una derivación razonada del derecho vigente y en tanto afecta garantías

constitucionales corresponde admitir la apelación intentada, por cuanto el fallo atacado incurre en arbitrariedad manifiesta dado el incongruente análisis y ponderación de las constancias y pruebas rendidas.

Expresa que configurándose un supuesto de absurdo probatorio en la valoración de la prueba y derecho aplicable, especialmente de la Ley de Seguros, corresponde se revoque dicho pronunciamiento, con expresa imposición de costas.

Cuestiona la conclusión del A quo respecto a que no fue probada la culpa exclusiva de la victima, cuando de los elementos aportados a la causa surge que la actora cruzaba la calle de norte a sur a la altura de la intersección con calle Benedetti, alejada de la senda cebrada Belgrano fuera de la senda peatonal, y lo hacía en forma desatenta o distraída entre dos autos.

Critica que al valorar los hechos y determinar la mecánica del evento el juez de grado tuvo presente la pericial mecánica –que fuere impugnada- y la declaración de la única testigo presencial cuya amistad con la actora quedo acreditada; pero sin considerar el informe emitido por la Dirección Policial de Transito obrante a fs. 473/474 del que emana que 'el primer protagonista circulaba por calle Belgrano con sentido este, mientras que la peatón intentaba cruzar calle Benedetti de norte a sur para alcanzar la vereda Benedetti"; que no se comprende los motivos por los que el perito accidentológico (cfr. fs. 526/530) se aparta del croquis policial sin dar fundamentos técnicos.

Asevera que el sentenciante ha prescindido de prueba decisiva, incurriendo en 'absurdo valoración de la prueba', de allí que la prueba señalada deberá ser objeto de un nuevo análisis conforme las normas de responsabilidad, toda vez que el demando ha demostrado que de su parte no hubo culpa o que la hubo en menor grado ante la conducta del peatón detallado en el croquis policial; alega que la conducta asumida por la victima del accidente de transito resulta violatoria de lo dispuesto por el art. 38 inc. a) de la ley 24449 toda vez que ha iniciado el cruce fuera de la senda peatonal incurriendo en imprudencia grave.

En segundo punto, denuncia la falta de lógica en la conclusión del Juez respecto a la existencia y el contenido de la póliza adjunta en los presentes, considerando totalmente contradictorio que se indique que la actora admitió la existencia del seguro más impugna las cláusulas y limitaciones ya que al reconocer la existencia del contrato inserto en estas actuaciones, se reconoce su contenido; para definir que si no se desconoce la existencia del seguro mal podría luego desconocerse el contenido de la póliza.

Asevera que en la póliza agregada, se visualiza la limitación de responsabilidad, entonces no puede el A quo indicar que no la observo, y que el hecho de no producir una prueba pericial contable fue porque consideró al momento de proveer las pruebas ofrecidas por las partes, que resultaba "innecesaria"; reitera que no se puede arribar a la conclusión ilógica de que hay seguro pero que el contrato no es válido.

Alega que el A quo ha dispuesto la extensión de su responsabilidad sea por el monto total de los daños, apartándose del contrato inserto en autos, suscripto entre el asegurado y aseguradora, y por ambos reconocido; que se vulneran los arts. 109 y 118 de la ley de seguros en punto a que "…la sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro".

Finalmente, respecto al agravio formulado por la "valuación de los daños y la arbitraria fijación y cuantía del daño moral", afirma que en el caso no se ha configurado y menos justificado el quantum admitido de $100.000 cuando la indemnización reclamada por la actora fue de $25.000; considera que el juez se ha extralimitado incurriendo en ultra petita, razón por la cual deberá ser revocada con expresa imposición de costas.

II.- Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 1062/1066, pide se rechace la apelación intentada por carecer de crítica concreta, fundada y razonada; y confirme la sentencia de grado con costas al recurrente.

En respuesta al primer agravio, relacionado con la mecánica del evento explica que el sentido en que la actora junto a la Sra. Luaces cruzaron la calle Belgrano, es de Sur a Norte, y no en sentido inverso como erróneamente se asentó en las actuaciones labradas por la policía (cfr. fs. 471); siendo dicha circunstancia acreditada por las declaraciones realizadas por la testigo en el ámbito del sumario penal y ratificada en la declaración testimonial de fs. 448, y conteste con los dichos expuestos por el Sr. Carlos Bedis al afirmar que tanto la actora como la Sra. Luaces cruzaban la calle Belgrano en sentido Sur-Norte (cfr. fs. 445/446); que no era necesario redargüir de falsedad el croquis policial; y que debe considerarse prueba irrefutable la admisión de culpa por parte del Sr. Gonzalo Exequiel Torres, en la producción del accidente (cfr. constancia del Legajo N° MPFNQ LEG 26082/2014).

En relación al apartamiento de las cláusulas contractuales del seguro vinculadas a los límites por el monto de los daños y los gastos causídicos, señala que su parte invariable y categóricamente negó su existencia, y ante el desconocimiento expreso, la contraparte no produjo prueba para acreditarlo, a pesar de sus sucesivas advertencias, adquiriendo firmeza los despachos dictados en tal sentido.

Respecto a la valuación de los daños, considera ajustado el análisis puntual de cada uno de los rubros en relación a las probanzas que realiza el sentenciante, donde fueron tratadas las impugnaciones introducidas en la etapa de prueba, y respecto del daño moral, destaca que se han seguido las pautas sentadas por la doctrina para su determinación, y que su pretensión fue de

$90.227,61 y no $25.000 y que dejó librado ello a lo que justipreciara el juzgador.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que la decisión en crisis hace lugar a la demanda iniciada por Carina Alejandra Oddo contra Gonzalo Ezequiel Torres (conductor) y Mauricio Gabriel Donati (titular del dominio), reclamando la suma de pesos cuatrocientos veintiocho mil cuatrocientos ochenta y cinco ($428.485), en concepto de daños y perjuicios provocados por el accidente acaecido el 16 de mayo de 2012, al ser embestida por la motocicleta marca Imsa modelo 110 cc,dominio 396 EYX, asegurada en Triunfo Cooperativa de Seguros Ltda. con Póliza 456 1056853. Ello motivo, el inicio de las actuaciones caratuladas "Torres González Ezequiel s/ Lesiones Graves Culposas en Accidente de transito" (expte nro. 47783/12).

Para así decidir, el A quo consideró en punto a la responsabilidad en el evento dañoso, que tratándose de un accidente en el que intervinieron un ciclomotor y un peatón y que los litigantes discrepan absolutamente en lo que hace a quien le cabe la responsabilidad en la producción del hecho, resulta de aplicación la norma contenida en el articulo 1113, segundo párrafo, ultima parte del Código Civil.

En base a la prueba rendida, tuvo en cuenta que los accionados no han probado que la actora, a la postre víctima del accidente, cruzara la calle Belgrano, fuera de la senda peatonal y en forma desatenta o distraída y entre dos autos.

Luego, determinado el grado de incapacidad del 60% y a fin de establecer la indemnización pertinente, acude al Salario Mínimo Vital y Móvil y teniendo en cuenta la edad de la víctima al momento del accidente (44 años), fijó la suma de pesos doscientos cuarenta y cinco mil ($245.000), con más un interés a la Tasa activa que fije el Banco de la Provincia de Neuquén desde el momento del accidente y hasta el efectivo pago. También, concedió por daño material (gastos, pasajes, etc.) la suma de pesos tres mil ($ 3.000) y por daño moral la suma de pesos cien mil ($100.000). A su vez, por tratamiento psicoterapéutico otorgó la suma de pesos cuatro mil ciento sesenta ($4160) (cfr. fs. 1022/1030).

Impone el pago a la aseguradora por el monto total de los daños acreditados y costas, luego de rechazar las defensas articuladas vinculadas al limite de responsabilidad civil y cláusula de limitación respecto a las costas causídicas, por falta de prueba, y estimar que la prueba pericial contable en extraña jurisdicción cuando no existe reconocimiento de las cláusulas contractuales del convenio de seguro es el medio idóneo por excelencia para acreditar tales extremos.

Así, condena al demandado y citada en garantía, ordenando a abonar en el plazo de diez (10) días de notificado la suma de pesos trescientos cincuenta y dos mil ciento sesenta ($352.160.-), con más los intereses; imponiéndole las costas en calidad de vencidos (art. 68 del C.P.C. y C.).

IV.- Que por razones metodológicas se abordará en primer punto la crítica dirigida a la atribución de responsabilidad en el accidente, la determinación y cuantificación de los daños, y finalmente, de confirmarse estos, atender lo relacionado con los alcances del contrato de seguro para definir la extensión se la cobertura respecto de la condena.

A.- Que en forma invariable esta Sala III ha sostenido en la materia que el caso de embestimiento de peatones por un vehículo cae en la órbita del artículo 1.113 del Cód. Civil, conforme al cual existe una presunción de causalidad contra el conductor, quien sólo puede eximirse de la responsabilidad objetiva que deriva de esta presunción legal si acredita alguno de los eximentes que las normas admiten, la culpa de la víctima, el hecho de un tercero por el cual no deba responder o el caso fortuito. (cfme. art. 1.111 del Cód. Civil). Ahora, los peatones deben cruzar por la senda de seguridad prevista en la reglamentación de tránsito, al no hacerlo se crea la presunción de culpa en los accidentes que se produzcan por tal infracción, produciéndose la interrupción causal. Cuando el hecho de la propia víctima constituye la única causa adecuada del resultado perjudicial, ello no puede generar ninguna responsabilidad a cargo de otra persona, sino que es ella misma quien deberá soportar su propio daño. (p. 472, 491 y 564, Responsabilidad civil por accidentes de automotores, Marcelo López Mesa) (conf. ARANDA LEIDA C/ RIQUELME ERNESTO DAVID Y OTRO S/ DAÑOS Y PERJ. POR USO AUTOMOTOR C/ LESIÓN O MUERTE" (Expte.Nº 353210/7 Sent. 26.05.2011, entre otros).

Que en los presentes también quedan involucradas las previsiones de la Ley de Tránsito Nº 24.449), que en su Art. 5º define "…t) Senda peatonal: el sector de la calzada destinado al cruce de ella por peatones y demás usuarios de la acera. Si no está delimitada es la prolongación longitudinal de ésta", mientras que en el Titulo IV "La vía pública", en su Art. 21, segundo párrafo, se regula que cuando la infraestructura no pueda adaptarse a las necesidades de la circulación, ésta deberá desenvolverse en las condiciones de seguridad preventiva que imponen las circunstancias actuales; en el art. 38 sobre "La circulación"-Capítulo I, Reglas Generales- alude a que los peatones, "transitarán: a) En zona urbana: 2. En las intersecciones, por la senda peatonal"; en el art. 41 como prioridades que: "Todo conductor debe ceder siempre el paso en las encrucijadas al que cruza desde su derecha. Esta prioridad del que viene por la derecha es absoluta y sólo se pierde ante: …e) Los peatones que cruzan lícitamente la calzada por la senda peatonal o en zona peligrosa señalizada como tal; debiendo el conductor detener el vehículo si pone en peligro al peatón"; mientras que en el Capitulo II, sobre Reglas de velocidad, el art. 50 impone que siempre debe ser PRECAUTORIA: El conductor debe

circular siempre a una velocidad tal que, teniendo en cuenta su salud, el estado del vehículo y su carga, la visibilidad existente, las condiciones de la vía y el tiempo y densidad del tránsito, tenga siempre el total dominio de su vehículo y no entorpezca la circulación. De no ser así deberá abandonar la vía o detener la marcha; y finalmente, en el art. 64 del Capítulo V, respecto a los accidentes, sienta como "Presunciones", que "Se considera accidente de tránsito todo hecho que produzca daño en personas o cosas como consecuencia de la circulación. Se presume responsable de un accidente al que carecía de prioridad de paso o cometió una infracción relacionada con la causa del mismo, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponderles a los que, aun respetando las disposiciones, pudiendo haberlo evitado voluntariamente, no lo hicieron", y en destacado párrafo final que "El peatón goza del beneficio de la duda y presunciones en su favor en tanto no incurra en graves violaciones a las reglas del tránsito".

Que en tal sentido, al evaluar la prueba colectada, el juez de grado concluye que no se ha probado que la actora víctima del accidente, cruzara la calle fuera de la senda peatonal y en forma desatenta o distraída, y entre dos autos, mientras que los recurrentes cuestionan tal análisis a los fines de la revisión, señalando que se ha apartado de las constancia colectadas en el expediente penal, concretamente el croquis elaborado en el que se consigna el sentido inverso del traslado del peatón, que recién iniciaba el cruce en sentido Norte Sur, y desatendiendo la circulación vehicular y fuera de la senda asignada.

Que ciertamente pudo haber sido un error del funcionario que confecciono el croquis consignar el sentido que llevaba la víctima, más no se explica la deliberada intensión del demandado, protagonista del episodio que pretenda distorsionarlo con el fin de colocarse en una mejor situación ante la responsabilidad que se le endilga.

Al respecto, resulta suficiente para desvirtuar la hipótesis defensiva, por un lado, la inmediata declaración que hace la actora en sede penal corrigiendo dicho error (fs. 835 y vta), que además coincide con la única testigo (fs. 837 y vta).

Más lo que define la controversia, son las lesiones físicas inmediatamente constatadas en la víctima y derivadas del impacto que recibe de la moto se ubican en la pierna izquierda (fractura de tibia y peroné izquierdo, hemitórax bipalpebral izquierdo, excoriaciones en cadera izquierda, fs. 470-774), sin que pueda razonablemente explicarse ello si es que caminaba en sentido Norte a Sur y la aproximación del rodado se produce desde el Este, porque en ese caso se situarían en la extremidad derecha.

Luego, ubicada la rueda derecha del rodado caído a 2,50 mts. del cordón Norte de la Calle Belgrano que posee más de 10 metros de ancho, resulta incuestionable que la actora ya estaba finalizando su cruce cuando fue impactada; y con ello, que el demandado debió haber advertido su presencia, y frenar como le imponían las reglas de tránsito.

A su vez, localizada la moto caída a 3,80 mts. de la línea imaginaria del cordón Este de la calle Benedetti, y entendiendo que ello se trata de su ubicación final, resulta incuestionable que el lugar del impacto se situó antes, evidenciado que la actora lo hacía en el área asignada para el paso peatonal como prolongación de la acera tal como ilustran las fotografías agregadas a fs. 741/742, extremo que es confirmado por la testigo, cuando reseña que habían cruzado primero a la vereda de aquella, para luego hacerlo respecto de la calle Belgrano por la esquina (fs. 837 y vta); en este punto también se observa que en el croquis se indican los puntos en base a versiones, porque si el rodado queda caído a 3,80 metros está fuera de discusión que el lugar del impacto nunca pudo ser más adelante como se registra, a 4,40 mts.

Que no hay elemento de la causa que acredite que la actora se haya trasladado en forma descuidada o fuera del área de prioridad, ni que lo practicara entre dos autos o sorprendiera al demandado en su avance, cuando resulta incuestionable que estaba llegando al final del cruce; en definitiva no aportó con su culpa al acaecimiento del suceso, y en su mérito, el demandado debe cargar con la responsabilidad de ello en forma íntegra.

B.- Que respecto a la crítica que se introduce por la falta de consideración en la sentencia de las impugnaciones que se efectuaran a la pericial médica y psicológica, se comprueba que el planteo se limita a señalarlo, más no impugna el error en el razonamiento o la ausencia de análisis lógico que realiza el sentenciante, para justificar la necesidad de apartarse de sus conclusiones cuando admite la existencia de tales daños y los cuantifica.

Con mayor desarrollo respecto a la determinación y monto fijado por el daño moral, cabe recordar que aquel consiste en toda modificación disvaliosa del espíritu en su capacidad de entender, querer o sentir, que se traduce en un modo de estar de la persona afectada, diferente de aquel en el cual se encontraba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial, y que por residir en lo más íntimo de la personalidad "… no puede soslayarse que, con frecuencia, la prueba directa sobre el daño moral es naturalmente imposible, por vincularse con la integridad espiritual de la persona, y sí demostrable por vía de inferencias, a partir de determinadas situaciones exteriores y acorde con patrones de normalidad vital … la liberación o una aligeración de la carga probatoria no se explica únicamente porque el daño moral concierna prioritariamente a la interioridad de la víctima, sino debido a que también posee un común denominador objetivo: la alteración existencial que razonablemente afectaría a cualquier persona en análogo estado nocivo…" (Zavala de González, Matilde, Resarcimiento de daños, Cuanto por daño moral. La

indemnización en desequilibrios existenciales, 1ª ed.-Buenos Aires, Hammurabi, 2005, p. 384).

Que sobre su concurrencia en el caso, y como también se observa en la crítica a los rubros antes citados, la parte sólo exterioriza una mera disconformidad que tampoco reúne los recaudos que impone el art. 265 del CPCyC para ser abordada, resultando visible que los agraviados incurren en un error respecto a su cuantificación -tal como señala la accionante- al afirmar que la pretensión por el rubro fue por $25.000, toda vez que, del escrito de demanda se observa que el monto reclamado, incluyendo la lesión estética, es por $ 90.227,60 (cfr. fs. 123/125).

Luego, frente al análisis del juez de grado que reconoció una elevada incapacidad (60%), que al momento del evento la accionante contaba con 44 años de edad y una vida plena, que fue alterada por el infortunio, con base en la prueba pericial psicológica obrante a fs. 295/298 y las testimoniales de fs. 445 y 448, para fijar la indemnización en la suma de pesos $100.000, no se concreta la suficiencia de la impugnación para habilitar el cotejar de un eventual exceso de la compensación fijada dirigida a obtener una satisfacción sustitutiva y compensatoria del padecimiento sufrido, cuya gravedad lo evidencia la asistencia que debió recibir en el servicio de terapia intensiva y los prolongados tratamientos por los múltiples traumatismos en todo el cuerpo, en particular, cabeza, rostro y extremidades (fs. 563/739).

De este modo, y ante “La falta de crítica al argumento que constituye el meollo de la resolución, hace que no pueda quedar enervada, en esta segunda instancia, al no haber sido objeto de estudio y análisis el eventual error o insuficiencia, debiendo por tanto considerarse firmes aquellas consideraciones no rebatidas en la expresión de agravios, careciendo en consecuencia el recurrimiento de sustento para la pretendida modificación del decisorio impugnado.” (Autos: Alegretti, Luis Ernesto En J: Carrizo, Heriberto C/ Luis Ernesto Alegretti S/ Incidente De Nulidad - Nº Fallo: 97190319 - Ubicación: A140-256 - Nº Expediente: 23095, Mag.: BERNAL-GONZALEZ-SARMIENTO GARCIA - CUARTA CÁMARA CIVIL - Circ.: 1 - Fecha: 21/05/1997-LDT); propicio hacer efectivo el apercibimiento contenido en el artículo 266 del CPCyC, al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 265 del mismo código, declarándose desierta la apelación interpuesta en este punto.

C.- Que en relación al agravio relacionado a la cobertura del seguro respecto del monto de los daños y las costas causídicas, cabe destacar que el sentenciante al abordar el planteo de limitación articulado por la aseguradora al responder la demanda (fs. 162), reseñó que “Mas allá que en la póliza no se visibiliza la limitación aludida, lo cierto es que la parte actora al contestar el traslado de la documental presentada por la citada en garantía si bien admitió la existencia del seguro, impugno por no emanar de su parte y no constarle su contenido las limitaciones mencionadas en el contrato de seguro”, para agregar que ”Al momento de proveer la prueba pericial contable pedida por el actor, el demandado y la citada en garantía, se le deniega por innecesaria no habiéndose opuesto los nombrados al provisto indicado ni tampoco hacen reserva alguna al momento de alegar. Resulta que la prueba pericial contable en extraña jurisdicción, cuando no existe reconocimiento de las cláusulas contractuales del convenio de seguro, es el medio idóneo por excelencia para acreditar tales extremos. En tal caso no habiéndose probado tal tópico no haré lugar a los límites de responsabilidad expuestos por la citada en garantía debiendo responder la aseguradora por el monto total de los daños si estos existieren” (cfr. fs. 1027 y vta).

Que procede validar el razonamiento y conclusión del juez de grado, tanto como agregar acerca de los antecedentes colectados en la causa de los que resulta que para denunciar la existencia de seguro y para fundar su pedido de citación de la aseguradora, la actora señaló las constancias de la causa penal (punto VII - fs. 125), y ello no importó conocimiento de los términos de la cobertura, con lo que el cuestionamiento de los recurrentes pierde andamiaje cuando pretende atribuir que habían sido reconocidas o admitidas las cláusulas limitativas.

Concretamente, vale recordar que al responder la demanda la citada invoca las cláusulas CG-RC 1.2 y CA-RC 5.1 y CA RC 5.2 de limitación de la cobertura por daños a terceros no transportados a la suma de $125.000 y respecto al accesorio costas, según cláusula tercera punto c, al 30% de lo que se reconociera como capital de condena o la suma asegurada –la que fuere menor-, quedando el excedente a cargo del asegurado (punto 4 y 5 de fs. 161 vta y 162).

Resulta relevante destacar que en dicha oportunidad agregó que en lo “atinente a la materia particular de las limitaciones invocadas”, “en subsidio y para el caso de desconocimiento fundado por parte de la demandada-asegurada o el actor, solicitamos en resguardo de los intereses de esta parte SE INTIME al asegurado al domicilio real, a acompañar ejemplar original obrante en su poder (cfr. Art. 11 Ley de Seguros) de la póliza emitida por mi mandante a fin del confronte correspondiente. En la improbable eventualidad que se alegare funda razón justificante de la omisión de exhibición de la póliza que vinculare a las partes, dejamos ofrecida PERICIAL CONTABLE SOBRE LOS LIBROS Y DEMAS DOCUMENTACIÓN correspondiente a la contratación de la póliza en cuestión a fin de que el perito único de oficio designado determine si las limitaciones pautadas en lo precedente relativas a las costas judiciales integran el contrato original suscripto por la asegurada.

Considerando que el domicilio de la aseguradora mandante se sitúa en extraña jurisdicción, la medida cuya producción se deja

constancia deberá ser eventualmente diligenciada por Oficio Ley 22.172 a Juez de Igual clase en turno en el domicilio de la citada, en cuya oportunidad se indicarán los facultados" (fs. 162 vta).

Que conferido el traslado de la documental, la actora se expide respecto de la póliza acompañada, impugnándola por no emanar de su parte y no constarle su contenido en lo atinente a las limitaciones invocadas, tanto en relación a la responsabilidad civil (monto indemnizatorio), cuanto de las costas causídicas, agregando que se menciona una supuesta cláusula 3° c) y el ejemplar de la misma no posee incisos, y si se hubiese requerido referir a la cláusula 2° inc. c) la misma no contiene limitación alguna (fs. 179); manifestación que por auto del 14 de mayo de 2014 se tuvo presente y se hizo saber (fs. 180).

Que tanto el demandado como la citada reiteran el pedido para que se produzca la pericial contable sobre libros y demás documentación de la última (fs. 205 vta y 206), ratificando las partes los medios probatorios (fs. 211), mientras que en el auto donde se los provee, se consideró que aquella era "innecesaria" (fs. 212/213).

Luego, en presentación del 15.09.2014 la actora advierte que había desconocido el monto límite de la póliza invocada por la aseguradora (fs. 247), proveyéndose "téngase presente y hágase saber" (fs. 249); finalmente, se certifica la prueba ofrecida y producida reiterándose que no se hizo lugar a aquella "por innecesaria" (fs. 548 vta), y no restando otra que producir el día 21 de marzo de 2016 se clausura el período probatorio y se colocan los autos para alegar (fs. 551).

Que a tenor de los antecedentes reseñados, indudablemente lo que constituye la cuestión controvertida no es la existencia de la cobertura del seguro, sino que las limitaciones que invoca la aseguradora estuvieran incluidas o no en la póliza.

Que frente al expreso desconocimiento e impugnación de la autenticidad y contenido del instrumento en punto a tales límites por parte de la actora, resultaba incuestionable que era a cargo exclusivo de la oferente acreditar que estaban incluidas en el contrato celebrado; tan es así que requiere a tal fin se intime al asegurado a que aporte el original, y subsidiariamente, se concrete mediante dictamen de perito contador; más se cierra el período probatorio sin haberse instado su producción, luego de que sucesivamente el tribunal sostuviera que la pericia era innecesaria.

Que lo expuesto es mera aplicación del art. 377 del CPCyC, por el que "incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción", mientras que el art. 333 del ritual prevé que con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, deberá acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes. Si no la tuvieren a su disposición, la individualización indicando su contenido, el lugar, archivo, oficina publica y persona en cuyo poder se encuentre. Si se tratare de prueba documental oportunamente ofrecida, los letrados patrocinantes, una vez interpuesta la demanda, podrán requerir directamente a entidades privadas, sin necesidad de previa petición judicial, y mediante oficio en el que se transcribiría este articulo, el envío de la pertinente documentación o de su copia autentica, la que deberá ser remitida directamente a la secretaria, con transcripción o copia del oficio".

Que la negativa formulada por la actora resultó suficiente para que los demandados estén en la obligación de probar aquello que constituía un presupuesto indispensable para la admisibilidad de la defensa y liberarse, aún parcialmente, de cargar con el crédito que se le endilga.

Que el dictado de la sentencia debe adecuarse a lo alegado y probado por las partes, resultando imperativo del propio interés de los litigantes la alegación y posterior acreditación en el proceso de los hechos controvertidos que tengan trascendencia en la decisión del mismo, es decir, de aquellos hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos del derecho, en los cuales se sustentan sus pretensiones.

Por otra parte es principio general que cada una de las partes debe probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción (art. 377 del CPCyC) derivando, en definitiva, errónea y sólo una expresión dogmática la afirmación de los recurrentes acerca de que el reconocimiento del contrato por parte de la actora importó admitir su contenido, cuando fue expreso y oportuno el desconocimiento e impugnación de las cláusulas limitativas que la aseguradora pretendía incluidas en aquel, no pudiendo haberse expedido nunca por no contar con el instrumento original, ni un dictamen de experto que informara sobre el particular.

En tal sentido ha dicho la jurisprudencia en criterio que comparto "… que colegir de la admisión de la existencia del contrato como fuente vinculatoria de la cobertura asegurativa frente al damnificado, la aceptación de la limitación de dicha garantía, quitándole la condición de hecho controvertido, implica no distinguir que, en la contestación de demanda se preciso un hecho no mencionado en la pieza postulatoria que era necesario probar (arts. 354 y 375 del C.P.C. y C.)" ("Rabanal, Ricardo Guillermo c/Pueyrredon, Jorge y otro s/ daños y perjuicios", causa C.98.926).

V.- Que en consecuencia, y en atención a los términos en que se planteo el recurso, propiciaré al acuerdo 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 (art. 68 del CPCyC).

VI.- Regúlense los honorarios profesionales devengados en esta Alzada que hubieran actuado en la misma condición en la primera instancia, para los letrados apoderado y patrocinante de la parte actora y demandados, en el 30% y 25% respectivamente (art. 15 de la Ley Arancelaria vigente).

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. 1022/1030, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a los recurrentes vencidos (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% y el 25% a los letrados de la actora y demandada, respectivamente, 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

"ROMANOS PABLO ALEJANDRO Y OTRO C/ ASOC. FOMENTO RURAL EL CARANCHO S/ ACCION REIVINDICATORIA X CUERDA 368320/8" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 393850/2009) – Interlocutoria: 37/17 – Fecha: 07/03/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del juicio.

HONORARIOS DEL ABOGADO. EJECUCION DE SENTENCIA. JUICIO DE DESALOJO. PAUTAS.

> [...] la ley 1594 no fija las bases regulatorias para el procedimiento de ejecución de sentencia en un proceso de desalojo, por lo que entiendo que la labor profesional tendiente a recuperar la tenencia del inmueble debe ser objeto de regulación en proporción a la naturaleza de las diligencias practicadas e importancia del trabajo realizado (conf. art. 6 LA).

Texto completo:

NEUQUEN, 7 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "ROMANOS PABLO ALEJANDRO Y OTRO C/ ASOC. FOMENTO RURAL EL CARANCHO S/ ACCION REIVINDICATORIA X CUERDA 368320/8", (Expte. Nº 393850/2009), 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, el Dr. Ghisini dijo:

Viene la presente causa a estudio en virtud de los recursos de apelación interpuestos contra los honorarios regulados a fs. 726 y vta., por el juicio principal y por la ejecución de sentencia. A fs. 741 por la codemandada –por elevados y superar el tope legal-, a fs. 744 por el Dr. ..., por bajos y a fs. 757 por los ex letrados de la demandada, por bajos.

Liminarmente debo señalar que, uno de los temperamentos más explicitados por la Corte Suprema de la Nación es aquel que postula que el importe de los honorarios fijados no depende exclusivamente de la cuantía del pleito ni de las escalas pertinentes,

sino de un conjunto de pautas generales previstas en la ley arancelaria, que constituye una guía adecuada para valorarlo de manera equilibrada, llegando así a una retribución justa y razonable (Conf. Expte. Nº 453083/2011 SALA III).

Analizada la cuestión, observo que corresponde considerar a los fines regulatorios, el valor del bien objeto del pleito.

En efecto: el Artículo 24 de la Ley 1594 y sus modificatorias establece que:

"Si la acción versare sobre cosas muebles o inmuebles, para la determinación del monto del juicio se tendrá en cuenta el valor real y actual de las mismas aunque en autos se hubieren considerado valores menores para determinaciones impositivas u otros fines. El profesional podrá hacer una estimación del valor del bien objeto del juicio, y si no hubiere acuerdo en su monto, pedirá una tasación especial del mismo, cuyos gastos y honorarios serán a cargo del profesional, de la parte o de ambos de acuerdo a las normas vigentes sobre costas procesales, según el resultado de la tasación y el motivo de su requerimiento. El profesional que se propusiera hacer uso de este derecho, lo comunicará al juez con anterioridad al momento que éste deba efectuar la regulación, en cuyo caso ésta se suspende hasta que se cumpla el procedimiento preindicado. Si así lo verificara, el juez regulará los honorarios tomando por base el valor del bien, obteniendo informes que podrá requerir de oficio a instituciones idóneas o a peritos".

Por otra parte, se ha dicho:

"El art. 27 inc. a) de la ley 8904 establece que en los juicios en que se tratare de bienes inmuebles o derechos sobre los mismos se tendrá como cuantía del asunto el valor de dichos inmuebles; ello no implica a cualquier proceso en los que un inmueble se encuentre involucrado, sino a aquellos en que los derechos controvertidos tengan conexidad con el dominio o la posesión de tales bienes" (LDT DLEB 8904-77 Art. 27 Inc. a CC0001 SI 75851 RSI-9-99 S 2-2-99).

Sentado lo cual, respecto de la cuestión que introduce en sus agravios la accionada -tope legal 33%-; le asiste razón en cuanto a la existencia de dicho limite pues, se ha juzgado que los honorarios de los profesionales intervinientes en el pleito (abogados y peritos) no pueden superar el 33% del monto de condena, Esto es, del beneficio obtenido por la llamada gananciosa (Conf. "IPPI GABRIELA C/ SÁNCHEZ JOSÉ MARIO S/ DIVISIÓN DE BIENES" (Expte. Nro. 133 - Año 2011 – Acuerdo N° 5) (Expte. Nº 335378/2006 SALA III).

Sobre el tema la Sala II interpretó que:

".. desde el precedente "Bizai" que data del año 1984, esta Cámara en forma constante ha señalado que el porcentaje del 33% se aplica en supuestos de progreso parcial de la demanda y considerando solamente los honorarios de los profesionales de la parte vencedora y no la totalidad de los emolumentos de los profesionales de la parte condenada en costas. A dichos profesionales, en la causa "Ippi", el Tribunal Superior de Justicia añadió a los peritos. (INC Nº 507791/2015) SALA II).

Ahora bien, en el caso no resulta necesario tratar en estos obrados dicha temática puesto que, efectuados los cálculos respectivos conforme las pautas establecidas en los arts. 6, 7, 10, 11, 12, 20, 24, 33 y 37 de la ley arancelaria vigente, se advierte que los emolumentos atacados que corresponden al juicio principal resultan elevados, imponiéndose su modificación.

En cuanto al trámite de ejecución de sentencia, debo decir, que las actuaciones posteriores al fallo para su cumplimiento consistirían en los trámites de desahucio.

Ello así, la ley 1594 no fija las bases regulatorias para el procedimiento de ejecución de sentencia en un proceso de desalojo, por lo que entiendo que la labor profesional tendiente a recuperar la tenencia del inmueble debe ser objeto de regulación en proporción a la naturaleza de las diligencias practicadas e importancia del trabajo realizado (conf. art. 6 LA).

Hemos dicho:

"Toda la labor posterior al dictado de la sentencia y que tienda al cumplimiento de la misma debe ser objeto de regulación, pero los honorarios deben fijarse en proporción al trabajo cumplido. En el supuesto de lanzamiento, en el desalojo, a los fines de la regulación no se considera de aplicación la norma específica de ejecución de sentencia" (LDT TAPIA, NATIVIDAD EDMUNDO C/ MAMANI, ATANASIA S/ DESALOJO - Trib. Orig.: JC0500ST (Nº Fallo 97170188)CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL Y COMERCIAL) (Expte. Nº 419584/2010 SALA III).

Asimismo: "La instancia no versaba sobre un inmueble; simplemente, se peticionó una diligencia de entrega de posesión, no un reconocimiento de posesión sobre un inmueble. Por tanto, no puede pretenderse que en el objeto de esa solicitud se encontraba involucrada la suerte del inmueble, como para que su valor pueda dar contenido patrimonial al pedido. En definitiva: a nuestro juicio, ha sido correcta la decisión del inferior, en tanto ha encuadrado el caso en las prescripciones del art. 10 L.A., por no resultar valuable, por ningún procedimiento, un sencillo pedido de entrega de una posesión." (Conf. "EL RINCON CLUB DE CAMPO CONTRA MUNICIPALIDAD DE NEUQUEN S/ INTERDICTO" (Expte. Nº 597-CA-2) SALA I anterior composición).

De conformidad con lo expuesto, fundamentalmente con las pautas señaladas por la Corte Suprema referidas en el segundo apartado de la presente, y lo previsto por el art. 6 de la ley 1594, se impone modificar los honorarios por el trámite de ejecución de sentencia.

Por lo decidido precedentemente, el tratamiento de los recursos articulados por considerar bajos los estipendios, deviene abstracto. Sin perjuicio de señalar que el formulado a fs. 757 era extemporáneo.

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 los honorarios fijados a fs. 756, quedando establecidos en las siguientes sumas: para los Dres. ... y ..., letrados apoderados de la actora, de PESOS CUATROCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL SETECIENTOS SESENTA Y TRES ($482.763) -en conjunto por la causa principal-; por la ejecución de sentencia, de PESOS NOVENTA MIL ($90.000), en conjunto. Para los Dres. ..., ... y ..., patrocinantes de la demandada, de PESOS CIENTO DOCE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO ($112.645) –en conjunto por la causa principal-. Para los Dres. ... y ..., patrocinantes de la demandada -en la ejec. de sentencia-, de PESOS CUARENTA Y CINCO MIL ($45.000), en conjunto. Para los Dres. ... y ..., patrocinantes de La Provincia de Neuquén, de PESOS CIENTO SESENTA MIL NOVECIENTOS VEINTE ($160.920), en conjunto, y para el Dr. ..., apoderado de la misma parte, de PESOS SESENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO ($64.368) –por el juicio principal-. Para los Dres. ..., patrocinante de la Municipalidad de Senillosa, y ..., apoderado de la misma parte, de PESOS CIENTO SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA ($106.670) y PESOS CUARENTA Y DOS MIL SETECIENTOS ($42.700), respectivamente –causa principal hasta la etapa probatoria.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, 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

"AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2017) – Interlocutoria: 41/17 – Fecha: 09/03/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

HABER JUBILATORIO. RETENCIONES IMPOSITIVAS. IMPUESTO A LAS GANANCIAS.

Cabe confirmar la resolución que al hace lugar a la medida cautelar, le ordena al ISSN que se abstenga de efectuarle a la actora cualquier tipo de “retención por impuesto a las ganancias”, hasta la resolución definitiva de la causa, toda vez que en los autos “MOLIA ANGEL ARTURO C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO” (Expte. Nº 468787/12) propicie, en sentido favorable al cese de la retención por impuesto a las ganancias sobre el beneficio jubilatorio que percibe un funcionario que revistió como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Neuquén, quien en actividad se encontraba excepcionado del pago de tal gravamen, conforme previsiones nacionales y locales -también las emanadas de la Corte Nacional y Provincial, y del mencionado organismo- expresando en tal oportunidad: […] Por ello, y sin que lo expuesto implique adelantar opinión ni desconociendo lo sostenido en la materia por el Tribunal Superior

de Justicia in re “Buteler”, considero verosímil el derecho al que se dirige la medida dictada con fecha 17 de noviembre de 2016 obrante a fs. 29/30, de protección de un crédito de eminente carácter alimentario, tratándose del haber jubilatorio, y que recibe amplia tutela en la previsión de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 38, inc.c) de la Constitución Provincial, y cuya integridad recae sobre el ente público que administra los fondos del sistema y al que directamente se vincula la actora. […]

Texto completo:

NEUQUEN, 9 de Marzo del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "AGUIRRE HERELIDA DEL CARMEN C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DEL NEUQUEN (ISSN) S/ INCIDENTE DE APELACION DE MEDIDA CAUTELAR (EN AUTOS: JNQLA5 EXP 508969/2016)" (Expte. INC Nº 1010/2017) venidos en apelación del JUZGADO LABORAL 5 - 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. 120/134 la parte demandada interpone recurso de apelación contra el auto de fs. 29/30 que hace lugar a la medida cautelar, ordenando al ISSN que con relación a la actora, se abstenga de efectuar cualquier tipo de “retención por impuesto a las ganancias”, hasta la resolución definitiva de la causa, todo de conformidad con los arts. 232 y concordantes del Código Procesal.

Corrido el pertinente traslado del memorial, contesta la amparista a fs. 143/145, solicitando el rechazo del recurso con costas.

II.- La parte recurrente destaca que el I.S.S.N opera como agente de retención respecto al impuesto a las ganancias, es decir que las efectúa en cumplimiento de la normativa nacional siendo totalmente improcedente el dictado de la medida cautelar, por cuanto omite considerar que los importes que se ordena liberar a favor de la accionante no son de propiedad ni disponibles por parte del I.S.S.N.; afectándose gravemente derechos de terceros ajenos al presente proceso, en este caso particular del Estado Nacional, la A.F.I.P.

Asevera que lo resuelto por el A quo no se ajusta a lo prescripto por el ordenamiento jurídico y afecta el derecho de defensa en juicio, por cuanto haciendo lugar a la medida cautelar se la confunde con el objeto del amparo, realizándose un prejuzgamiento sobre la cuestión de fondo que aún no ha sido debatida.

Resalta que no existe la verosimilitud del derecho invocado ni peligro en la demora toda vez que no se ha afectado el derecho a la propiedad, a la igualdad, a la jubilación intangible; siendo esto así concluye que la decisión de la Magistrada resulta voluntarista, carente de sustento legal y probatorio.

Aclara que tanto el I.S.S.N. como el Estado Nacional son personas jurídicas solventes y que ante el hipotético caso de que resulte condenado, no existe posibilidad alguna que no pueda afrontar los gastos de la sentencia.

Destaca que la procedencia de la medida concedida, ha sido teniendo en cuenta los fundamentos explicitados por la Cámara de Apelación de la ciudad de Neuquén en autos caratulados “López Dorigoni Malena c/ I.S.S.N s/ acción de amparo” (Expte Nro 505885/2015) pero sin considerar lo resuelto actualmente por el Alto Cuerpo en autos “Buteler Miguel c/I.S.S.N s/acción de amparo” (Expte 507102/2015); y el criterio adoptado por la Sala I y II de la Cámara local en las apelaciones de medidas cautelares similares a la presente (“Doblas”).

Por último, señala la improcedencia de hacer lugar a una medida cautelar cuando la competencia resulta palmariamente del fuero federal; cita en apoyo a su petición la declaración de incompetencia efectuada en autos “Cordero Miriam y Otros c/I.S.S.N. s/Acción de Amparo” (expte. Nro 445149/11, de 16/03/11).

III.- Por su parte, en respuesta a los agravios, dice la amparista que lo relativo a la competencia federal carece de relevancia por cuanto ello fue resuelto con fecha 22/12/16 en las actuaciones principales y no fue apelado por la demandada, encontrándose dicha resolución firme y consentida.

En punto a los recaudos que tornan procedente las medidas cautelares, destaca que conforme lo dispuesto por el art. 30 de la Ley 1981, el Juez debe verificar si el derecho invocado es prima facie verosímil, es decir que no se exige certeza; agregando que en este caso particular ello se verifica porque la prestación jubilatoria afectada es de naturaleza alimentaria tal como surge del propio sistema previsional y sin necesidad de prueba alguna; siendo el perjuicio ocasionado actual y que se produce en forma periódica mes a mes generándose un daño irreparable dado que las sumas son descontadas sin mas del haber jubilatorio y, una vez

retenidas son liquidadas a la AFIP imposibilitando su recupero en forma inmediata.

Asevera que la vulneración del derecho invocado surge palmaria del obrar arbitrario e ilegitimo de la demandada quien sin mediar comunicación previa ni acto administrativo ni notificación fehaciente procedió a descontar de los haberes jubilatorios sumas de dinero en concepto de un impuesto que en "actividad" no tributaba. Ello conlleva a la afectación directa del derecho de propiedad, el debido procesal legal, el derecho de defensa en juicio y la igualdad ante la ley en tanto no permite al afectado cuestionar la medida o al menos, prestar su conformidad.

Cita en apoyo a su petición lo resuelto por la Sala II en "Cordero" y "Romano".

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento advierto que en los autos "MOLIA ANGEL ARTURO C/ I.S.S.N S/ ACCION DE AMPARO" (Expte. Nº 468787/12) propicie, en sentido favorable al cese de la retención por impuesto a las ganancias sobre el beneficio jubilatorio que percibe un funcionario que revistió como Vocal del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Neuquén, quien en actividad se encontraba excepcionado del pago de tal gravamen, conforme previsiones nacionales y locales -también las emanadas de la Corte Nacional y Provincial, y del mencionado organismo- expresando en tal oportunidad:

"…. Que atendiendo a los agravios vertidos conforme antecedentes fácticos y jurídicos colectados, cabe concluir liminarmente que el presente proceso no es la vía para dirimir la naturaleza de la prestación jubilatoria del trabajador que accede a la pasividad en orden a lo preceptuado por la Ley 20.628 que regula el impuesto a las ganancias -es decir si se trata de una retribución equiparable a los ingresos originados en el trabajo personal, o, por el contrario, es "el cumplimiento del débito que la sociedad tiene para con el jubilado que fue protagonista del progreso social en su ámbito y en su época, que consiste en hacerle gozar de un beneficio, luego de haber transcurrido la vida activa y en momentos en que la capacidad laboral disminuye o desaparece" según la Cámara Federal de Corrientes en la causa "Barbis"-, sino deslindar si los mecanismos utilizados para aplicar la retención derivada de las normas nacionales citadas, al implicar disminución de la suma reconocida, han transcurrido por la vía que garantizaran el derecho de aquel emanado de un régimen o sistema antecedente que le otorgó un particular status tutelado constitucionalmente; es en tal punto, en que la conducta de la accionada emerge arbitraria frente a lo unilateral y novedoso que representa para el afectado la ejecución instantánea que viene cuestionada cuando la misma tarea como activo no mereció afectación; así lo analiza y concluye correctamente el juez de grado, y en el mismo sentido el antecedente emanado de esta Alzada ("Cordero").

"Que la propia naturaleza de las previsiones y tutelas consagradas obstan a que puedan ser desvirtuadas, alteradas o modificadas restringiendo sus alcances, sea en su reglamentación como a través de actos de las autoridades que las apliquen –como el que viene cuestionado-, y en el supuesto que por su consecuencia se derive afectación de los derechos reconocidos al beneficiario de un crédito asistencial dentro del marco delimitado por las normas descriptas, la plenitud de aquellas se exterioriza garantizando las vías para repelerlos, aún frente al mismo Estado interesado en su cumplimiento, por la sencilla razón del carácter alimentario, esencia del haber previsional, y desde que la persona es obligada durante su etapa activa a contribuir por anticipado en vistas a la proporcional futura prestación prometida dentro de un sistema solidario con sus pares. Tan es así, que lo confirma la manda constitucional cuando impone una evaluación constante de armonización entre los sectores activos y pasivos para evitar su desnaturalización y la razonable aptitud para cumplir efectivamente su fin asistencial…."

Por ello, y sin que lo expuesto implique adelantar opinión ni desconociendo lo sostenido en la materia por el Tribunal Superior de Justicia in re "Buteler", considero verosímil el derecho al que se dirige la medida dictada con fecha 17 de noviembre de 2016 obrante a fs. 29/30, de protección de un crédito de eminente carácter alimentario, tratándose del haber jubilatorio, y que recibe amplia tutela en la previsión de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 38, inc.c) de la Constitución Provincial, y cuya integridad recae sobre el ente público que administra los fondos del sistema y al que directamente se vincula la actora.

A su vez, en relación al derecho que titulariza la última, estimo oportuno citar parte del voto del juez Barreiro en que fundara la declaración de inconstitucionalidad del inciso c) del art. 79 de la ley 20.628 (t.o. por decreto 649/97), en cuanto establece como hecho imponible para la percepción del impuesto a las ganancias las jubilaciones, en la reciente sentencia del 24 de febrero de 2017 dictada en la causa "Fornari, Silvia Cristina – López, Silvia Liliana c/ Estado Nacional – Administración federal de Ingresos Públicos s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad" (Expte. N° FGR 21000305/2012/ CA1) de la Cámara Federal de General Roca:

"… que la ubicación sistemática del impuesto a la percepción de jubilaciones y pensiones dentro de la ley del IG no predica, por sí misma e indefectiblemente, que esa sea la verdadera naturaleza de la imposición y que, más allá de su inclusión en dicha norma, configura un impuesto a la percepción de esos conceptos por el hecho mismo de su cobro, con independencia de que no sean ganancias —en los términos corrientes de nuestra lengua— o de su rotulación como tal por parte del texto legal.

En este caso estaríamos frente a una objetiva manifestación de prepotencia tributaria, desentendida de principios cardinales que gobiernan la materia y que legitiman la imposición de estas cargas públicas.

¿Por qué afirmo ello?

En primer lugar porque el principio de legalidad quedaría así relegado a la mera constatación formal de si el tributo —concebido del modo arriba señalado— está o no previsto en la ley y dar por salvada la exigencia con esa sola y superficial mirada, menguando la importancia del mandato legislativo que no puede ser afincado en la arbitraria inclusión de una iniquidad dentro de un texto normativo, pretendiendo que quede purgada en base, justamente, a esa inclusión. Elaboración concéntrica que vulnera el principio lógico de razón suficiente ya que la razón de ser de la proposición (el tributo respeta el principio de legalidad) no radicaría en una elaboración intelectiva que, con un método racional, la explique, sino en el mero hecho exterior de su inclusión en el texto legal.

En segundo lugar toca examinar la implicancia del IG sobre las jubilaciones en orden al principio de capacidad contributiva, la cual no predica, per se, sobre la correspondencia de ningún tributo si el principio de legalidad es vulnerado al disponerse la imposición. Más aún, potenciales titulares de una gran capacidad contributiva (infinitamente mayor que la que poseen los jubilados) pueden ser eximidos del pago de impuestos —tal como acontece, por dar solamente un ejemplo, con los réditos financieros, o sobre la exportación de ciertos granos o, más recientemente, con el impuesto a los bienes personales, verdadera manifestación de riqueza— lo cual bien puede ser fundado en necesidades macroeconómicas. Menciono ello no a título de crítica —dicha labor es por completo ajena a mis atribuciones y carece además de toda relevancia para adoptar esta decisión— sino porque es un hecho objetivo que demuestra que la existencia de capacidad contributiva, así como su mayor o menor entidad, no solventa per se el establecimiento de un impuesto. Concluyo así que el examen de la cuantía del haber previsional no puede utilizarse como argumento justificante de una imposición sobre ese ingreso….”

Y también: “Existe otro aspecto que juzgo de relevancia exponer. Se trata de la cuestión referida al carácter sustitutivo del haber previsional. En este sentido la Corte ha sido enfática al declarar, en más de una oportunidad, la vigencia de dicho principio para fundar el rechazo de toda inteligencia restrictiva de la obligación que la Constitución Nacional impone al Estado de otorgar jubilaciones y pensiones móviles, según su art. 14 bis y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia (Fallos, 331:2006 y 336:1224, consid 6°).

Ese carácter sustitutivo exige, como recaudo sine qua non, que el haber jubilatorio guarde una proporción adecuada con el salario percibido en actividad. Se ve fácilmente entonces que esa proporción se altera fatalmente, cuando la propia autoridad estatal se apropia de una porción de ese ingreso para destinarlo a la bolsa de la recaudación fiscal. Veo allí una capitulación del principio de sustitutividad cuya raigambre se ubica, sin dudas, en los derechos constitucionalmente consagrados en el ya recordado art. 14 bis, desmedro que no debe apreciarse en base a una mayor o menor incidencia del impuesto —según la cuantía de la alícuota aplicada— sino en una cuestión conceptual, o de principios: un haber jubilatorio menguado por un impuesto altera su significación económica y entonces la proporción de éste con el haber que sustituye dejó de ser aquella que el propio Estado fijó para alcanzar el estándar de sustitutividad.

Lo que acabo de señalar va en sintonía con lo dicho por la Corte Suprema en “Barrios”, al que aludí antes, (Fallos, 336:1224, consid.6°), cuando expuso: “Que esta Corte ha reconocido invariablemente las facultades del legislador para organizar, dentro de límites razonables, el sistema previsional, es decir, de modo que no afecten de manera sustancial los derechos garantizados por la Constitución Nacional (Fallos: 311:1937; 329:3089), y ha ratificado los principios básicos de interpretación sentados acerca de la naturaleza sustitutiva que tienen las prestaciones previsionales, rechazando toda inteligencia restrictiva de la obligación que impone al Estado de otorgar "jubilaciones y pensiones móviles", según el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los fines tuitivos que persiguen las leyes reglamentarias en esta materia”.

Pero eso no es todo. Agrega seguidamente el Alto Tribunal: “Que, por su parte, los tratados internacionales vigentes, lejos de limitar o condicionar dichos principios, obligan a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el progreso y plena efectividad de los derechos humanos, compromiso que debe ser inscripto, además, dentro de las amplias facultades legislativas otorgadas por el art. 75, inc. 23, de la Ley Fundamental, con el fin de promover mediante acciones positivas el ejercicio y goce de los derechos constitucionales reconocidos, en particular, a los ancianos (Fallos: 328:1602)”.

Estos considerandos del fallo establecen, nada menos, la imposibilidad de aceptar como válida toda interpretación que conduzca a consagrar una restricción a la obligación estatal de otorgar jubilaciones y pensiones que, mediante la movilidad, no pierdan el carácter sustitutivo, resultado al que se llega si se acepta que esos haberes puedan ser mermados con la detracción que significa el impuesto a las ganancias. Y, además, que la franja etaria que es beneficiaria de jubilaciones y pensiones resulta amparada de un modo especial por el derecho a la progresividad en el goce de sus derechos básicos. Esto significa que las prestaciones que reciben nunca pueden evolucionar a la baja porque el estándar de vida a que arribaron en el momento de acceder al beneficio no puede, so pena de vulnerar el derecho a la progresividad, reducirse por debajo de la medida que el propio Estado estableció como punto para la sustitutividad: desde allí, jamás hacia atrás.

… Lo dicho hasta aquí perfila la inconstitucionalidad del impuesto a las ganancias aplicado sobre jubilaciones y pensiones por transgredir las garantías que aseguran la imposición de las cargas públicas en base a la capacidad contributiva, por vulnerar el principio de sustitutividad que anida en el art. 14 bis de la CN y por atentar contra el derecho inalienable a la progresividad en el goce de los derechos humanos básicos que aseguran los tratados internacionales vigentes en nuestro país. ..".

Conforme las consideraciones expuestas, y como anticipara, propiciaré al acuerdo la confirmación de la resolución de grado, con costas a cargo de la recurrente vencida (art. 68, 69 del CPCyC y 21 de la Ley 1981).

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 resolución dictada a fs. 20/30, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida (art.68,69 C.P.C.C. y 21 de la ley 1981).

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

"MUNOZ MARIA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DANOS Y PERJUICIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 139765/1994) – Interlocutoria: 71/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO PROCESAL: Gastos del proceso.

HONORARIOS. COBRO DE HONORARIOS. PRESCRIPCION. PLAZO. COMPUTO.

1.- Cuando lo que se pretende es cobrar los honorarios regulados judicialmente al condenado en costas, el comienzo del plazo de prescripción arranca desde que la sentencia que los contempla se encuentre firme o consentida. (del voto del Dr. Ghisini).

2.- Aun cuando no se haya deducido recurso de apelación en forma directa contra los honorarios regulados judicialmente o contra la imposición en costas, la prescripción de la acción por cobro de dichos emolumentos comienza cuando su titular puede ejercer su reclamo judicialmente sin que exista la posibilidad de su variación. (del voto del Dr. Ghisini).

3.- El plazo de prescripción de los honorarios es de 5 años. (del voto del Dr. Ghisini).

4.- Se trata de un crédito por honorarios, que por su carácter personal, el Código Civil en su art. 4023 había fijado un plazo de prescripción de diez (10) años, mientras que conforme el art. 2560 del nuevo Código Civil y Comercial, aquel se redujo a cinco (5). A tenor de lo expuesto, e iniciado el cómputo el 17.10.2012, según el régimen anterior, la prescripción habría operado el 17.10.2022, resulta de su cotejo que es mayor tiempo en relación al 01.08.2020 que deriva de la aplicación del plazo quinquenal contado desde la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, resultando de su cotejo que deba adoptarse esa última fecha. (del voto del Dr. Medori, en adhesión).

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "MUNOZ MARIA RAQUEL C/ BRAVO LUIS HUGO Y OTRO S/ DANOS Y PERJUICIOS" (Expte. Nº 139765/1994) venidos en apelación del JUZGADO CIVIL 4 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Fernando Marcelo GHISINI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. GHISINI dijo:

I.- Vienen estos autos a consideración de la Sala para el tratamiento de la apelación interpuesta por la demandada a fs. 990 contra la resolución de fs. 985/987, que rechaza la defensa de prescripción opuesta por su parte, con costas.

II.- En su memorial de fs. 992/998, en primer lugar sostiene que en el presente caso ha operado el plazo de prescripción de los honorarios regulados a favor de los Dres. ..., ..., ... y ....

Afirma, que el nuevo Código Civil no resulta de aplicación a situaciones existentes a la fecha de su entrada en vigencia. En apoyo de su postura, cita el art. 7 del Código Civil, pues de lo contrario se afectarían derechos amparados por garantías constitucionales, como el de defensa en juicio.

En cuanto al inicio del cómputo de la prescripción, expresa que los honorarios regulados adquirieron firmeza con la regulación que los fijó, ya que no habían sido apelados.

Asimismo, menciona que la revocación del mandato de los letrados en el expediente- conforme art. 4032-, se produjo con la presentación de la Dra. ... a fs. 479, por lo que en función de ello también operó el plazo de prescripción, de acuerdo al segundo párrafo del art. 4032 del Código de Vélez.

Aduce, que no es cierto que los abogados no pudieron reclamar sus honorarios porque no estaba firme la condena en costas, por cuanto respecto de ellos la resolución adquirió firmeza en virtud de que consintieron la regulación, y la misma no fue apelada por sus mandantes.

Dice, que no es correcto el argumento de la resolución en crisis en relación respecto a que: “comienza a correr desde que vence el plazo fijado en resolución firme que los regula.”, ello en función de lo dispuesto por el art. 49 de la Ley Arancelaria N° 1594.

Entiende que para los profesionales que representaron a la actora, sus honorarios quedaron firmes con la notificación (fs. 526), por lo tanto, la resolución que admite el argumento de la parte actora, incurre en un claro y evidente error.

Menciona, que los letrados a partir de la sentencia podrían haber perseguido el cobro de sus honorarios contra los demandados Oscar Alberto Larrondo; y la compañía LA HISPANO ARGENTINA, respecto de los cuales la sentencia adquirió firmeza en las tres instancias del proceso.

Sostiene, que sea que se aplique el Código de Vélez Sarfield, como la norma actual, en ambos casos la acción de cobro de honorarios se encontrara fenecida.

Indica, que es claro que la prescripción para estos letrados comenzó a correr a partir de “que vence el plazo fijado en al resolución firme que los regula” (art. 2558 C.C.y C) o bien “desde la cesación de los poderes del procurador o desde que el abogado cesó en su ministerio” (art. 4032 del C.C.).

Señala que, los letrados que ahora pretenden el pago de sus honorarios renunciaron al proceso y por lo tanto, a su respecto el término de la prescripción se inició con anterioridad a la finalización de la causa.

En segundo lugar, se agravia con relación al curso de los intereses. Esgrime que su parte no ha dado motivos para retardar el pago de los honorarios de los letrados de la actora.

Expone que su parte no debe los intereses correspondientes entre la Sentencia de Cámara que rechazó la demanda y el fallo del Tribunal Superior de Justicia que casó la sentencia de Cámara y por lo tanto confirma la de Primera Instancia.

Por último, se agravia en relación a la imposición de costas a su parte.

A fs. 1000/1003 contesta traslado la parte contraria, solicitando su rechazo con costas.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, preliminarmente debemos brindar algunas consideraciones generales en materia de honorarios, para luego verificar si en autos se encuentra o no cumplido el plazo de prescripción correspondiente a los honorarios de los letrados que en su oportunidad representaron a la parte actora.

A los efectos prescriptivos, se entiende que honorario regulado es aquel que- mediante resolución judicial- ha sido cuantificado en una expresión numérica, quedando definidos- por oposición- los devengados como aquellos que aun no han sido tarifados por el órgano jurisdiccional. Es decir, que debe diferenciarse entre el derecho a cobrarlos- cuando ya han sido determinados- y el derecho a que se regulen, haya o no condenación en costas. (Juan Manuel Hitters- Silvina Cairo- Honorarios de Abogados y Procuradores-

Ed. Lexis Nexos- Pág. 725).

Precisamente, cuando lo que se pretende es cobrar los honorarios regulados judicialmente al condenado en costas, el comienzo del plazo de prescripción arranca desde que la sentencia que los contempla se encuentre firme o consentida.

Ello así, pues más allá de que los honorarios recurridos directamente, al interponerse recurso de apelación contra la sentencia existe la posibilidad de que el tribunal de Alzada modifique la imposición de costas, ello en función de lo dispuesto por el art. 279 del CPCyC.

De allí que, aun cuando no se haya deducido recurso de apelación en forma directa contra los honorarios regulados judicialmente o contra la imposición en costas, la prescripción de la acción por cobro de dichos emolumentos comienza cuando su titular puede ejercer su reclamo judicialmente sin que exista la posibilidad de su variación.

En tal sentido, la jurisprudencia ha dicho:

“Para los honorarios regulados judicialmente resulta aplicable la prescripción decenal prevista por el art. 4023 del C.C., cuyo plazo comienza a correr desde que queda firme la sentencia que los establece”. (Autos: Soria En J: García, José S/Sucesión - Ejecución Honorarios- Fallo N°: 85190155 - Ubicación: S107-396 - - Expediente N°: 15223 - - Tipo de fallo: Sentencia - Mag.: FLORES-ACEVEDO-MILUTIN - - Cuarta Cámara Civil - - Circ.: 1 - - Fecha: 25/10/1985).

En el caso particular de autos, concordamos con la resolución de grado, en cuanto a que el plazo de prescripción de los honorarios regulados a favor de los letrados de la actora ha comenzado a correr a partir del 17/10/2012, fecha en que la sentencia que los regula ha quedado firme como consecuencia de la declaración de inadmisibilidad del recurso extraordinario Federal interpuesto por la demandada y citada en garantía.

Por otra parte, con respecto a la normativa aplicable en relación al plazo de prescripción de los honorarios (art. 4023 Código de Vélez: 10 años; el art. 2560 del Código Actual: 5 años), resulta clara la disposición especifica contemplada en el actual Código Civil, art. 2537: “Modificación de los plazos por ley posterior” Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rige por la ley anterior. Si embargo, si por una ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que trascurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, a cuyo caso se mantiene el de la ley anterior.”. (el subrayado me pertenece).

Si bien el art. 4023 del Código de Vélez, fija un plazo de prescripción mayor: 10 años que el contemplado en el art. 2560 del nuevo Código, por aplicación del art. 2537 del Código, el plazo que se debe tomar es el de la nueva ley.

En efecto: si bien ha comenzado a computarse el plazo del art. 4023 del Código de Vélez, al entrar en vigencia el 1/08/2015 el nuevo Código Civil, el plazo que se computa a los fines de la prescripción es el dispuesto por el art. 2560 del actual Código, en función que éste último finaliza con anterioridad (01/08/2020) al plazo que establece el art. 4023 del Código anterior (17/10/2022).

Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7 del Código Civil, toda vez que en el caso resulta de aplicación la regla especifíca que consagra el art. 2537 del actual Código Civil.

De allí que el plazo de prescripción de los honorarios es de 5 años, como sostiene la jueza de grado.

En función de lo expuesto, el plazo de prescripción de los honorarios aquí cuestionados ha comenzado a correr a partir del 17/10/2012, por lo que el plazo de prescripción consagrado en el art. 2560 del Código actual: 5 años, aplicable al caso en función de lo dispuesto por el art. 2537 del Código vigente, no se encuentra cumplido, por lo que dichos agravios serán rechazados.

En cuanto a la fecha de cálculo de los intereses, entendemos que la resolución de grado debe ser confirmada.

Así, en materia del comienzo del cómputo de intereses sobre los honorarios profesionales cuando éstos hayan sido apelados y posteriormente confirmados, ésta Sala en autos: "VERA GUSTAVO ALEJANDRO C/ S.A. IMPORT. DE LA P. S/ DESPIDO DIRECTO X OTRAS CAUSALES" (Expte. Nº 352815/2007)” ha tenido oportunidad de expedirse diciendo:

“...los intereses deben computarse no desde la fecha indicada en la resolución cuestionada sino desde que se dictó la sentencia de Primera Instancia, ... dado que si bien la misma fue apelada, la Cámara confirmó el pronunciamiento, razón por la cual sus efectos, en este supuesto de confirmación total, se retrotraen a la fecha de la de Primera Instancia por cuanto de lo contrario se premiarían las demoras que, por virtud de los recursos procesales, cuentan las partes no obstante que han sido desestimados jurídicamente por la Alzada. Esto es, si bien las partes pueden cuestionar legítimamente lo decidido, el hecho que la Cámara confirme lo resuelto por el Juzgado y mas allá de las costas, no puede implicar un beneficio derivado de la lógica dilatación del proceso como consecuencia del ejercicio de sus derechos, ya que al haberse confirmado lo decidido se advierte que los argumentos que expusiera no fueron receptados. En tal sentido y en este supuesto de confirmación de lo decidido, bastaría la sola apelación para lograr una postergación en el cumplimiento de sus obligaciones.”.

Las consideraciones expuestas en el párrafo anterior, son de aplicación aún en el caso de que sean los propios destinatarios de los

honorarios los que apelen por bajos, pues la parte condenada pudo depositar y dar en pago luego de los diez días de notificado (y no lo hizo), más aún en el presente caso los mismos son confirmados en la segunda instancia, no hay una nueva regulación, por lo que, a los fines del cómputo de intereses sus efectos se retrotraen al momento en que los mismos fueron regulados en la anterior instancia.

Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se plantea el recurso, deberá rechazarse dicho agravio, y en consecuencia confirmarse en tal sentido la resolución de grado en cuanto ordena se compute intereses de honorarios desde los 10 días posteriores a la notificación de la sentencia de primera instancia, lo cual llega firme a esta Alzada.

En cuanto a las costas de ambas instancias, diremos que en función del resultado obtenido, las mismas serán impuestas a la demandada atento a su carácter de vencida.

IV.- Por las razones expuestas, propongo al Acuerdo que se confirme el pronunciamiento de fs. 985/987, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios, con costas a la demandada, a cuyo efecto se regularán los honorarios profesionales de conformidad con las escalas arancelarias vigentes.

El Dr. Marcelo J. MEDORI, dijo:

Que habré de adherir a la solución propiciada en el voto que antecedente, estimando oportuno introducir el siguiente análisis por la novedad que importa aplicar normas de carácter transitorio que en materia de prescripción liberatoria sientan una regla y su excepción, importando el cotejo en cada caso del tiempo transcurrido hasta la entrada en vigencia del nuevo CCyC.

Que partiendo de coincidir en que el comienzo del plazo de la prescripción de los honorarios regulados se produjo el 17 de octubre de 2012, es decir, antes de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial producida el 01 de agosto de 2015, y que resulta de aplicación su art. 2537, cabe razonar que éste importó consagrar una solución permanente de derecho transitorio que prima sobre la previsión del art. 7° que impone la aplicación inmediata de la nueva ley, y específicamente en su segundo párrafo, cuando da solución al supuesto en que el último ordenamiento fije un plazo de extinción menor a su antecesor, al prever que si “se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia".

Que precisamente el caso se trata de un crédito por honorarios, que por su carácter personal, el Código Civil en su art. 4023 había fijado un plazo de prescripción de diez (10) años, mientras que conforme el art. 2560 del nuevo Código Civil y Comercial, aquel se redujo a cinco (5).

A tenor de lo expuesto, e iniciado el cómputo el 17.10.2012, según el régimen anterior, la prescripción habría operado el 17.10.2022, resulta de su cotejo que es mayor tiempo en relación al 01.08.2020 que deriva de la aplicación del plazo quinquenal contado desde la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, resultando de su cotejo que deba adoptarse esa última fecha.

Que en consecuencia al tiempo de practicarse la planilla (22.04.2016), el crédito no se encontraba prescripto.

Por lo expuesto, esta Sala III:

SE RESUELVE:

1.- Confirmar la sentencia de fs. 985/987, en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68 del CPCC).

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 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

"PAVLIN MARÍA ALEJANDRA C/ PEREZ RICARDO OMAR S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 11040/2008) – Interlocutoria: 74/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

EJECUCION DE HONORARIOS. INHIBICION GENERAL DE BIENES.

Cabe confirmar el auto que dispuso rechazar el pedido de inhibición general de bienes al considerar que se trata de una medida de carácter excepcional, toda vez que no se ha logrado demostrar por ningún medio –informes, información sumaria, etc.), que el accionado esté tratando de desapoderarse de los bienes que integran su patrimonio. Es más, ni siquiera se intentó averiguar qué bienes posee.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PAVLIN MARÍA ALEJANDRA C/ PEREZ RICARDO OMAR S/ EJECUCIÓN DE HONORARIOS" (ICF. 11040/2008) venidos en apelación del Juzgado de Familia N° 1 a esta Sala III integrada por el Dr. Fernando M. GHISINI y el Dr. Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina TORREZ y,

CONSIDERANDO:

I.- Viene el presente incidente a estudio del Cuerpo en mérito al recurso interpuesto por la parte actora a fs. 63/64, contra el auto de fs. 62 que rechaza el pedido de inhibición general de bienes por considerar que se trata de una medida de carácter excepcional.

En su memorial manifiesta que el art. 228 del Código Procesal, no establece en forma expresa que la inhibición general de bienes sea de carácter excepcional, sino que determina como condición para solicitar dicha medida que el embargo no pueda hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor.

Entiende, que para su dictado basta la manifestación de los peticionantes de desconocer bienes en cabeza del deudor, no siendo necesario acreditar la inexistencia de los mismos.

Sostiene, que le causa un perjuicio irreparable a su parte dicha providencia, en virtud de que permitir la disposición de bienes por parte del accionado en las presentes actuaciones, que ésta parte desconoce, tornaría de cumplimiento ilusorio el título ejecutivo al restringir la medida precautoria solicitada.

II.- Analizadas las constancias del presente incidente, estimamos que en el caso bajo estudio debe confirmarse el auto apelado.

En efecto: en la causa no se han logrado acreditar los requisitos esgrimidos por la actora para declarar procedente una medida tan extrema y rigurosa como lo es la inhibición general para vender o gravar bienes pertenecientes al Sr. Ricardo Omar Pérez.

Precisamente, no se ha logrado demostrar por ningún medio –informes, información sumaria, etc.), que el accionado esté tratando de desapoderarse de los bienes que integran su patrimonio. Es más, ni siquiera se intentó averiguar qué bienes posee.

Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido: “La inhibición general de bienes conforma la última “ratio” entre la gama de aseguramientos posibles, motorizándose ante el desconocimiento de otros medios que resguarden, de manera más efectiva, el pretenso crédito de los acreedores...” (conforme JUBA7, Sumario B250072, CC0201 LP B 66429 RSI 107-90).

Para afirmar el concepto que surge de la norma (art. 228 C.P.C. y C.), la jurisprudencia ha entendido que: “Cuando se trata de una inhibición, esto sólo debe decretarse cuando no existen otros medios para llegar a cumplir la medida tutelar, ya por la inexistencia de bienes, ya por su escaso valor, ya por otros motivos similares (C.Com.,Sala B, LL 121-710, 13.339-S)” “Solo procede la inhibición general en los casos en que, decretado un embargo y librado el mandamiento respectivo, éste no puede hacerse efectivo porque no se ofrecen o no se conocen bienes del deudor (C.2da. Civ.Com. La Plata, Sala II, LL 122-297).” “No es procedente la inhibición, si no se ha cumplido con la medida decretada –embargo- con anterioridad (C.Com., Sala A, LL 131-1185, 18.172-S).”

“La inhibición general de bienes procede en todos los casos en que habiendo lugar a embargo preventivo, éste no pudiera hacerse efectivo por no conocerse bienes del deudor (C. Civ., Sala A, LL 131-1140, 17.892-S).” (conf. Falcón en Cód. Proc. Civil y Com. de la Nación, {T° II,p.336).

En idéntico sentido, se ha expedido la doctrina que ha sentado el principio rector que en ningún caso un proceso debe causar perjuicios o gravámenes innecesarios, por lo que el Juzgador puede disponer una medida diferente a la solicitada o a la que se hubiera decretado, siempre resguardando los derechos del peticionante.

Máxime que en el caso concreto, se observa que la actora ha logrado cobrar parte de su deuda (ver libramientos de fs. 23, 40 y 59), y sólo queda un saldo restante que de manera alguna habilita la cautelar peticionada, por lo menos sin antes agotar la medida

pertinente (información sumaria o informe de bienes del Registro de la propiedad Inmueble o del Registro de la Propiedad Automotor) para descartar la existencia de bienes del deudor.

En cuanto a las costas, no serán impuestas en atención a que no hubo oposición de la contraria.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar el auto de fs. 62 en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Sin costas de Alzada por no haber mediado oposición de la contraria.

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

"P. S. C/ T. R. A. Y OTRA S/ INC. DE ELEVACIÓN" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1266/2016) – Interlocutoria: 81/17 – Fecha: 18/04/2017

DERECHO DE FAMILIA: Alimentos.

CUOTA ALIMENTARIA. OBLIGACION DE LOS PROGENITORES. OBLIGACION ALIMENTARIA INCUMPLIDA POR EL PROGENITOR. CITACION A JUICIO ASCENDENTES MATERNOS. IMPROCEDENCIA.

1.- Si bien, hoy contamos con el art. 546 CCC, que permite al demandado citar a juicio a los demás parientes con el fin de ser alcanzados por la condena que se dicte, la misma no siempre resulta procedente -citación de parientes del mismo rango: abuelos maternos y paternos- para que concurran a colaborar con la prestación alimentaria de su nieto.

2.- Ante el incumplimiento del progenitor en el pago de alimentos, quienes deben concurrir en primer lugar en forma subsidiaria a prestarlos por él, son sus ascendientes, los que ocuparán el lugar que le corresponde al padre del niño, y hacer frente al pago de la cuota alimentaria infringida.

3.- La obligación alimentaria recae en primer término sobre ambos progenitores, por tanto resulta un tanto injusto traer a juicio aquí a los abuelos maternos cuando quién incumplió con la obligación alimentaria es el padre del niño.

4.- Salvo casos excepcionales de fundada imposibilidad del padre en cumplir con la cuota alimentaria o de inconvenientes de los ascendientes paternos para procurar alimentos para su nieto; o de ausencia del padre, etc., no corresponde citar a juicio a los ascendientes maternos para cumplir con la obligación alimentaria incumplida por el progenitor.

Texto completo:

NEUQUEN, 18 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "P. S. C/ T. R. A. Y OTRA S/ INC. DE ELEVACIÓN" (INC. 1266/2016) 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.- Viene esta causa a estudio del cuerpo en virtud del recurso de apelación articulado por los accionados a fs. 85 contra la resolución de fs. 83/84 y vta., que rechaza la citación como terceros obligados de los Sres. J. E. P. y la Sra. R. A..

II.- En su recurso de fs. 90/93, expresa que la jueza de grado se aparta de lo dispuesto por el art. 546 del Código Civil vigente, que faculta al demandado principal a invocar y probar que existen otras personas ubicadas en grado o línea de parentesco preferente sobre los que recae en forma exclusiva la obligación alimentaria, o bien que hay otros parientes del mismo grado que él, pero que se encuentra en mejor situación económica para prestarlo en forma exclusiva o en su idéntica situación para prestarlos en forma mancomunada.

Aduce, que a diferencia de lo que sucedía en el Código Civil, el nuevo derecho alimentario autoriza al demandado a requerir en el mismo proceso, la concurrencia de estos otros parientes. De modo que el sistema actual pretende evitar perjuicios injustos al pariente accionado, facultándolo a citar al mismo juicio a los coobligados, de modo que la sentencia los alcance.

Manifiesta, que el nuevo Código Civil y Comercial no solo reconoce el deber de contribución de los parientes del mismo grado frente a la obligación alimentaria –que ya había sido admitido por normas procesales-, sino que además consagra expresamente el derecho del demandado a citar a todos ellos a juicio para que la condena los alcance.

Afirma, que la jueza de grado, sin fundamentos claros, rechaza la citación de los abuelos maternos, privando al demandado del ejercicio de un derecho que le es reconocido por ley.

Sostiene, que el único motivo esgrimido por el juez es la celeridad que se vería comprometida en el juicio de alimentos, pero no fundamenta de qué modo el ejercicio de este derecho podría dilatar y entorpecer el desarrollo de este proceso, máxime si se tiene en cuenta que existe una cuota provisoria acordada entre los progenitores y que la misma se ha venido cumpliendo desde siempre.

Expone, que contrariamente a lo que la a quo manifiesta, la decisión de rechazar la citación de los abuelos maternos no garantiza, ya que por el contrario desatiende el interés superior de G., toda vez que en caso de una sentencia condenatoria; “entre todos” podamos completar una cuota alimentaria que atienda de manera más adecuada las necesidades de nuestro nieto.

Asimismo, le causa agravios el apartamiento de la ley vigente, teniendo por cierto los dichos de la actora, sin que ninguno de ellos haya sido objeto de prueba.

Puntualmente en su fundamento tiene por cierto que el origen de los presentes es producto del incumplimiento del principal obligado.

Alega, que contrariamente a ello, en relación al incumplimiento del progenitor cabe aclarar que tal como surge de las actuaciones caratuladas: “P. S. C/ T. R. A. J. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS” (EXPTE. N° 62568/2013), hace poco más de dos años, en la audiencia del 19 de marzo de 2014, las partes acordaron una cuota provisoria y el principal obligado ha venido cumpliendo mensualmente con ella.

Finalmente, sostiene que la resolución resulta doblemente arbitraria, toda vez que en principio se dio curso a una acción totalmente improcedente, ya que no se encontraba agotada la vía contra el progenitor, principal obligado; y ahora, además se los priva del ejercicio de un derecho reconocido legalmente.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, debemos aclarar en forma preliminar que sólo abordaremos el planteo del recurrente referido a la citación de los abuelos maternos, no así las restantes consideraciones esbozadas en cuanto al cumplimiento o incumplimiento del deudor alimentario principal, ello en función de las claras directivas consagradas por el art. 277 del Código Procesal, no obstante que oportunamente, pueda evaluarse dicho extremo en la instancia de grado y eventualmente ser motivo de agravios concretos.

Sentado lo anterior, debemos decir que el nuevo Código Civil y Comercial, en su art. 546 establece: “Existencia de otros obligados. Incumbe al demandado la carga de probar que existe otro pariente de grado más próximo o de igual grado en condición de prestarlos, a fin de ser desplazado o concurrir con él en la prestación. Si se reclama a varios obligados, el demandado puede citar a juicio a todos o parte de los restantes, a fin de que la condena los alcance”.

Esta norma, de acuerdo con el alcance que pretende el accionado, lo faculta a invocar y probar que hay otros parientes en el mismo grado que él, que se encuentran en su idéntica situación para prestar alimentos en forma mancomunada; sin embargo, la subsidiariedad que nace del incumplimiento del padre del niño, -en atención al carácter de ascendiente del recurrente- está basada en la solidaridad familiar, pero en lo que respecta a la concurrencia de los otros obligados al pago de la cuota alimentaria –abuelos maternos-, se presume que ellos ya se encuentran colaborando.

Así, bajo los lineamientos expuestos, diremos que si bien, hoy contamos con el art. 546 CCC, que permite al demandado citar a juicio a los demás parientes con el fin de ser alcanzados por la condena que se dicte, la misma no siempre resulta procedente - citación de parientes del mismo rango: abuelos maternos y paternos- para que concurran a colaborar con la prestación alimentaria de su nieto.

En el caso concreto, ante el incumplimiento del progenitor en el pago de alimentos, quienes deben concurrir en primer lugar en forma subsidiaria a prestarlos por él, son sus ascendientes, los que ocuparán el lugar que le corresponde al padre del niño, y hacer frente al pago de la cuota alimentaria infringida.

Por otra parte, es sabido que la obligación alimentaria recae en primer término sobre ambos progenitores, por tanto resulta un tanto injusto traer a juicio aquí a los abuelos maternos cuando quién incumplió con la obligación alimentaria es el padre del niño. O es que la solidaridad familiar coloca a ambos ascendientes –paternos y maternos- en un plano de igualdad ante el incumplimiento del progenitor? Entendemos que no, salvo casos excepcionales de fundada imposibilidad del padre en cumplir con la cuota alimentaria o de inconvenientes de los ascendientes paternos para procurar alimentos para su nieto; o de ausencia del padre, etc., no corresponde citar a juicio a los ascendientes maternos para cumplir con la obligación alimentaria incumplida por el progenitor.

Ello debe ser así, con la finalidad de balancear las cargas familiares entre los parientes maternos y paternos, buscando la armonía de las relaciones existentes entre ambas líneas de familiares.

Por lo expuesto, es que habrá de confirmarse la resolución de grado, imponiendo las costas de Alzada por su orden, en función de tratarse de una cuestión novedosa que pudo dar lugar a distintas interpretaciones.

Por ello, esta Sala III

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución de fs. 83/84 vta., en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada por su orden (art. 68 2°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

"MOSQUEIRA JORGE FRANCISCO Y OTROS C/ SANDOVAL CRISTIAN MARCELO S/ D. y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTOR (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 I – (Expte.: 14381/2010) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO CIVIL: Daños y perjuicios.

ACCIDENTE DE TRANSITO. EFECTOS DE LA SENTENCIA PENAL EN SEDE CIVIL. CONTRATO DE SEGURO. SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL. INTERPRETACION DEL CONTRATO. CITACION AL ASEGURADOR. ASEGURADO. CULPA GRAVE. EXCESO DE VELOCIDAD. EBRIEDAD. CLAUSULA DE EXCLUSION DE COBERTURA. PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA.

1.- La calificación legal del suceso cometido por el imputado en autos que efectúa el pronunciamiento emitido en sede penal, como así también la mecánica del accidente, velocidad del rodado al momento del hecho (105,5 Km por hora) y estado de su conductor debido a la ingesta alcohólica (0,7 g/l de alcohol en sangre) descriptos en la sentencia aludida, resulta irrevisable en el juicio civil.

2.– Cabe desestimar la defensa intentada por la aseguradora en relación a la alegada exclusión de cobertura por la supuesta culpa grave que implicaría la participación del automotor asegurado en una competencia callejera de velocidad con otro vehículo, pues la hipótesis señalada –picada o carrera- fue negada por los testigos presenciales del luctuoso accidente, conforme se desprende de la sentencia emitida en sede penal, y de la declaración rendida por el testigo que alude en el peor de los casos a un sobrepaso o adelantamiento, lo que de ninguna manera implica una competencia organizada en los términos de la cláusula contractual (30.4.n de la póliza); y era la citada en garantía quien tenía a su cargo acreditar la causal de exclusión.

3.– El conducir a una velocidad imprudente o excesiva, no es una conducta que pueda encuadrar en la culpa grave, ya que se trata de infracciones corrientes y como tal al estarse ante una conducta media, ella ya ha sido tenida en cuenta por la empresa aseguradora al momento de estructurar la cobertura y calcular la prima.

4.- El supuesto estado de ebriedad del asegurado, no fue articulada por la citada en garantía en la oportunidad prevista en el art. 56 de la ley de seguros ni en el momento de presentarse en autos en su carácter de citada en garantía, por lo que en virtud del principio de congruencia, (art. 163 inc. 6 del CPCC) no debe ser analizada.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martin de los Andes, Provincia del Neuquén, a los un (01) días del mes de Febrero del año dos mil diecisiete (2017) 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 con los señores Vocales Dres. Pablo G. Furlotti y Alejandra Barroso, con la presencia de la Secretaria de Cámara Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: “MOSQUEIRA JORGE FRANCISCO Y OTROS C/ SANDOVAL CRISTIAN MARCELO S/ D. y P. DERIVADOS DEL USO DE AUTOMOTOR (con Lesión o Muerte)” (Expte. 14381, año 2010), del Registro del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia de la V Circunscripción Judicial sito en la ciudad de Chos Malal, y que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de Zapala, dependiente de esta Cámara.

De acuerdo al orden de votos sorteado el Dr. Pablo G. Furlotti, dijo:

I.- La sentencia de primera instancia (fs. 380/403) que hace lugar a la acción intentada por Jorge Francisco Mosqueira, Raquel Rocchi y Carlos Adrián Gret condenando al Sr. Cristian Marcelo Sandoval al pago de la suma allí consignada, más intereses, y rechaza la pretensión deducida contra Provincia Seguros S.A., es recurrida por la parte actora conforme presentación de fs. 413.

Recibido el expediente en este Tribunal y dado el trámite de rigor, la actora expresa agravios a fs. 424/448, los cuales merecen respuesta de la contraria a fs. 450/455.

II.- A) La parte impugnante en su escrito recursivo sostiene que el juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la acción contra la aseguradora cuando la misma ha cobrado la prima para dar cobertura a los accidentes de tránsito que involucren a terceros, enmarcándose en una relación de consumo y un contrato de adhesión, lo que torna inoponibles las cláusulas limitativas de la responsabilidad a la víctima.

Alega que se expone a los damnificados a no poder cobrar las indemnizaciones debidas por el acaecimiento del evento dañoso provocado por el asegurado atento su incapacidad económica, ignorando el fin social del seguro obligatorio.

Denuncia que a través de cláusulas contractuales se torna ilusoria la obligación legal de mantener indemne al asegurado en lo que deba a terceros con motivo del siniestro, consigna expresa de las leyes de seguros y de tránsito.

La razón de ser del seguro obligatorio es preservar a la víctima, siendo esta una disposición legal de orden público.

Propicia la aplicación de la ley de defensa al consumidor, del Código Civil y Comercial y la doctrina sentada por el TSJ in re “Puebla c/ De Miguel y otro s. daños” (Expte. 996/2000), en relación a la interpretación restrictiva de las cláusulas de exclusión del seguro.

Asevera que la aseguradora alegó exceso de velocidad y picada, no así ebriedad lo que es introducido por el magistrado, contraviniendo la traba de la litis. En tal sentido, afirma que no se ha acreditado la velocidad máxima en el lugar, la existencia de competencia y tampoco el nivel alto de alcohol en sangre, lo que debe ser apreciado por el juez civil, más allá del análisis efectuado por el magistrado que interviniera en sede penal.

Destaca que la prueba producida en la causa penal no ha sido controlada por la demandante ni ha sido ratificada en esta sede, por lo cual su valor es relativo. Asimismo expresa que el magistrado se ha abstraído de la pericia accidentológica y contable realizadas en los presentes autos.

Afirma que la culpa grave como supuesto de eximición debe ser interpretado restrictivamente y su invocación le impone a la aseguradora la carga de la prueba de las circunstancias que permitan su configuración y su carácter de causa del siniestro.

Cuestiona la imposición de costas, los honorarios regulados a su letrado. Formula reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda en contra de la aseguradora con costas.

B) La aseguradora accionada –citada en garantía por ambas partes- en su presentación de fs. 450/455 manifiesta que la cláusula de exclusión de responsabilidad no es abusiva y que se refiere a una violación grave del contrato de seguro, como así también de la ley de tránsito, como lo son el exceso de velocidad, participación en “picadas” y con alcohol en sangre.

Cita jurisprudencia que admite distintas causales de exclusión, asegurando que la no aplicación de las mismas implicaría una vulneración del principio de separación de poderes.

Expresa que en la decisión atacada no se ha transgredido la regla de la sana crítica, habiéndose valorado la prueba rendida según su eficacia probatoria en sus justos límites a los efectos de dilucidar el litigio planteado.

Asevera que la prueba accidentológica ha sido evaluada en concordancia con la restante prueba y la legislación vigente según lo expresa el propio sentenciante.

Mantiene la reserva federal y solicita se rechace la apelación con costas.

III.- A) En uso de las facultades conferidas a este Tribunal como Juez del recurso, las cuales pueden ser ejercidas 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 falencia del escrito recursivo, considero que habiendo expresado los recurrentes la razón de su disconformidad con la decisión adoptada, las críticas efectuadas habilitan el análisis sustancial de la materia sometida a revisión.

Ello así, en razón que no debe desmerecerse el escrito recursivo, si llena su finalidad, aunque lo haga con estrechez o bordeando los límites técnicos tolerables. En ese entendimiento concluyo que el recurso en análisis debe ser examinado.

B) La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272-225, etc.), en mérito a lo cual no seguiré a los recurrentes en todas y cada una de sus fundamentos sino solo en aquellos que sean conducentes para decidir el presente litigio. En otras palabras, se considerarán los hechos jurídicamente relevantes (cfr. Aragoneses Alonso “Proceso y Derecho Procesal", Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o singularmente trascendentes (cfr. Calamandrei "La génesis lógica de la sentencia civil", en "Estudios sobre el proceso civil", págs. 369 y ss.).

Estimo conveniente destacar que el juzgador no posee obligación de ponderar en su sentencia todas las pruebas colectadas en la causa, sino solo aquellas que entienda, según su criterio, pertinentes y útiles para formar en su ánimo la convicción necesaria para proporcionar fundamentos suficientes a su pronunciamiento. En tal sentido el Alto Tribunal de la Nación sostuvo que los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino solo aquellas que estimen conducentes para fundar su decisión (CS, Fallos, 274:113; 280:320; entre otros), ni deben imperativamente, tratar todas las cuestiones expuestas o elementos utilizados que a su juicio no sean decisivos (Fallos, 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 308:2172; 310:267; entre muchos otros), motivo por el cual la ausencia de consideración concreta de alguna de ellas no significa falta de valoración sino la insuficiencia de aptitud convictiva del elemento de prueba o del argumento como para hacer variar el alcance de la decisión.

IV.- En fecha 1 de Agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación (cfr. ley 26.994, modificada por ley 27077) motivo por el cual 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 supuesto bajo examen.

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. 3° del Cód. Civil, según reforma de la ley 17.711.

De este modo, con las aclaraciones efectuadas en materia contractual, el 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, RCyS 2015-X, 206, ED 08/10/2015, 5, RCCyC 2015 (octubre), 157 Cita online: AR/JUR/28741/2015) [del voto de la Dra. Barrese, al cual adherí, en el precedente de la Sala II de esta Cámara, en su anterior integración, in re: "Parra" (Ac. 78/2015, 13-11-2015, OAPyG San Martín de los Andes)].

En igual orden de ideas se ha expresado "A fin de interpretar coherentemente las normas contenidas en el art. 7, sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, y a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, ha de tenerse en consideración en este caso, que la situación de que se trata, ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior. Las consecuencias son los efectos, -de hecho o de derecho- que reconocen como causa, una situación ya existente, en este caso, el hecho ilícito imputado. Por lo que al haber nacido al amparo de la legislación anterior, ella es la que regula el presente." (CNCiv., Sala J, -Velázquez, María Salome c/ Berkley Internacional Seguros S.A. y otros s/ daños y perjuicios-, La Ley Online, AR/JUR/37625/2015).

V.- Delimitada sintéticamente la postura de las partes (apartado II) y establecido el marco legal aplicable (apartado IV) me abocaré al tratamiento de los cuestionamientos traídos a consideración por el quejoso, los cuales analizaré en un orden distinto al propuesto.

A.- En primer término es dable recordar, conforme lo sostiene parte de la doctrina autoral, que la defensa de no seguro y/o falta de cobertura con fundamento en la culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito [cfr. Barbato, Nicolás Héctor en su trabajo titulado "Culpa Grave, Derecho Civil y Derecho de Seguros", publicado en Revista de Derecho Privado y Comunitario – Seguros –I, págs. 175/225 (punto 6), Editorial Rubinzal Culzoni y Stiglitz, Rubén. "Derecho de Seguros", T. I, 4ta. Edición actualizada y ampliada, págs. 315/316, Ed. La Ley].

En sentido expuesto la jurisprudencia ha expresado "…la defensa de culpa grave del asegurado es oponible por la aseguradora citada en garantía frente al tercero damnificado que demanda los daños causados en un accidente de tránsito" (CNEsp. Civ. y Com. -en pleno-, 11-05-82, -Mustafá, Alcia N. c/ Nuñez, José M-, JA 1982-III-477; CNCom., Sala D, 8-11-1999, -Medina G. c/ Segovia, A.- JA 2002-I- síntesis; entre tantos otros).

B.- Como consecuencia del accidente base de la presente acción en sede penal se instruyó la causa Nro. 19003/2009 caratulada "División Tránsito de Chos Malal s/ Investigación Muerte en accidente de tránsito (Mosqueira), que en copia tengo a la vista, que tramitó ante el otrora Juzgado de Instrucción de la ciudad de Chos Malal.

Finalizada la etapa instructoria la causa fue remitida al Juzgado Correccional de la localidad mencionada -tramitó bajo igual número y carátula "Sandoval, Cristian M. s/ Homicidio culposo en concurso ideal con Lesiones graves culposas"-, organismo jurisdiccional éste que en fecha 27 de mayo de 2011 dictó sentencia –la que adquirió firmeza por Acuerdo Nro. 98/2013 del Tribunal Superior de Justicia- en la cual condenó al Sr. Cristian Marcelo Sandoval "(…) a la pena de dos años y ocho meses de prisión, de ejecución condicional, e inhabilitación especial para conducir vehículos automotores por el plazo de cinco años y medio…" por considerarlo "(…) autor penalmente responsable del delito de Homicidio Culposo en concurso ideal con Lesiones Graves Culposas, cometido en Ruta Nacional 40, en cercanías del Barrio Uriburu de Chos Malal el 8 de Agosto de 2009 en perjuicio de Víctor Franco Mosqueira Rocchi y Carlos Adrián Gret, respectivamente" (tex.).

El Magistrado interviniente en sede correccional –penal- tuvo por acreditado, en base a las pruebas colectadas en la instrucción y en el debate oral llevado a cabo en dichos obrados, que: "(…) el día 8 de Agosto de 2009, minutos antes de las 6.30 horas, Cristian Sandoval, conducía su automóvil Volkswagen Gol, Dominio UEK-386, por Ruta Nacional 40 de manera imprudente, porque marchaba a una velocidad superior a los 105,50 km/h y luego de haber ingerido bebidas alcohólicas (presentaba 0,7 g/l de alcohol en sangre), y en cercanías del acceso a calle Tucumán al Barrio Uriburu de esta ciudad, perdió el control y dominio del automóvil, mordió la banquina del lado izquierdo, comenzó a derrapar sobre el asfalto, se cruzó hacia el carril derecho –en diagonal, durante 50 metros-, al llegar a la banquina derrapó 22,90 metros más y comenzó a dar una serie de vuelcos hasta quedar inmovilizado sobre su techo –a unos 75 metros aproximadamente del inicio del derrape-, provocando en las personas que lo acompañaban en el vehículo, la muerte de Víctor Franco Mosqueira –por "fractura de cráneo-occipital derecho"- y lesiones de carácter grave a Carlos Gret –que ha puesto en peligro real su vida y le causaron una inutilidad para las tareas habituales mayor a un mes (…)" (tex.).

Es dable recordar que la condena firme en sede penal torna aplicable el art. 1.102 del Código Civil (vigente al momento del infortunio y cuyo texto es similar al actual art. 1776 del CCyC), la cual implica -como lo establece dicha norma- que "… no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituya delito, ni impugnar la culpa del demandado".

La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en la justicia penal, conforme la citada norma establece, alcanza no solo a la existencia del ilícito y condena de su autor, sino también a las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el hecho principal y que en sede penal se tiene por acreditado. Sin embargo, ello no obsta a que –respetando las conclusiones de la sentencia penal-, en sede civil se analice la posibilidad de culpa concurrente, o que hubiere mediado algún factor o circunstancia que permita atenuar o disminuir la culpa del demandado, con miras a su incidencia en la reparación del daño.

En tal orden de ideas la jurisprudencia ha expresado: "Un decisorio penal condenatorio firme que precede al juzgamiento en sede civil hace cosa juzgada tanto en lo que se refiere a la existencia del hecho ilícito como a la culpabilidad del condenado, aspecto que abarcando en sí la autoría, la imputabilidad y la atribución subjetiva -culposa o dolosa- adquiere carácter de irreversible frente a lo cual el Tribunal Civil sólo puede evaluar los daños y el nexo causal que el ilícito hubiera tenido en el resultado." (Trib. Coleg. Resp. Extrac. Nº 4 de Santa Fe, 25-2-93, Breddel c/Bonaldo). "La sentencia condenatoria en sede penal hace cosa juzgada en cuanto a la existencia del hecho principal que constituye el hecho delictuoso y en lo que hace a la culpa del condenado" (C6º Civil y Comercial Córdoba, noviembre 21-979, en SP la Ley 980-632); "La culpabilidad declarada en sede penal de acuerdo con el art. 1102 del C. Civil produce los efectos de cosa juzgada en sede civil, por lo que no se puede aducir ni discutir la materialidad del delito, su calificación ni la falta de culpa de su autor" (CNCivil, Sala F, julio 30-979, JA 980-IV-260); "Si el demandado fue condenado en sede penal por el delito de homicidio culposo cometido en la persona de la víctima, en presencia de tal pronunciamiento y de acuerdo con lo previsto por el art. 1102 del C. Civil, se hace innecesario considerar la prueba producida en orden a su responsabilidad" (CS, julio 28.978, en CSN, 300-867). "De conformidad al artículo 1102 del Código Civil la verificación de la existencia del hecho constitutivo del delito efectuada por el juez penal, es definitiva. Por tanto no cabe discutir en la instancia civil que el hecho no existió, o que el condenado no fue su autor. Igualmente ocurre con la verificación de las circunstancias referentes al hecho principal como lugar y tiempo en que se produjo. Es doctrina y jurisprudencia uniforme que la declaración de culpabilidad del imputado demandado no le impide invocar en sede civil la culpa concurrente.- Ello así porque el Derecho Penal no admite la mal llamada compensación de culpas, aun si media negligencia, impericia o imprudencia de la víctima el juez penal condenará si se acredita culpa del imputado. En cambio en sede civil la culpa de la víctima es una circunstancia de trascendental importancia para disminuir el monto indemnizatorio." (Cám. Apel. Civ. y Com. de San Isidro, 29-10-96, causa 70.161, R. S. D. 308).

En igual sentido se ha indicado "(…) decisión firme dictada en sede penal tiene el alcance y fuerza de cosa juzgada en sede civil a la luz de lo dispuesto en el art. 1102 del Cód. de Fondo, que reza (Después de la condenación del acusado en el juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado).

La indiscutibilidad en sede civil del fallo condenatorio dictado en la justicia penal alcanza no sólo la (existencia del ilícito y condena de su autor, sino también las características y contornos fácticos que conciernen a las circunstancias que rodean el ilícito. Es decir, que si en los estrados penales se tiene resuelto en sentencia definitiva y firme que el hecho principal, motivo de la instrucción, se ha producido de una determinada manera y se definen y precisan las circunstancias fácticas que rodean y entornan el hecho principal que constituye el delito, esa sentencia tiene alcance de cosa juzgada en sede civil en el sentido que el magistrado no podrá afirmar que el hecho ocurrió de manera distinta a lo que se resolvió en el fuero penal (Conf. exptes. 121.432; 136.058; 121.487; 153.103; entre otros). La noción de hecho principal, según enseña Llambías en "Límite de la cosa juzgada penal en materia de responsabilidad civil", ED, 84-771, comprende en sí, la calificación que sobre ese "hecho principal" haga el sentenciante penal (v.gr. delito de homicidio, de lesiones culposas, de calumnias, etcétera) así como las circunstancias inherentes al mismo (de

tiempo, lugar, etc). Las "Primeras Jornadas Australes de Derecho" llevadas a cabo en la ciudad de Comodoro Rivadavia en el año 1980, concluyó que debe entenderse por "hecho principal" aquel que se refiere exclusivamente a la existencia o inexistencia de los elementos que tipifican el delito que se imputa al procesado" (cfr. CNACiv., Sala K, -González Carman, Carmen Sara y otro c/ Cabello, Sebastián y otros- 30-12-2008, LL 2009-C, 316; cita online AR/JUR/25257/2008).

En virtud a todo lo expuesto considero que la calificación legal del suceso cometido por el Sr. Cristian Sandoval que efectúa el pronunciamiento emitido en sede penal, como así también la mecánica del accidente, velocidad del rodado al momento del hecho (105,5 km/h) y estado de su conductor debido a la ingesta alcohólica (0,7 g/l de alcohol en sangre) descriptos en la sentencia aludida resulta irrevisable en el juicio civil.

C.- Establecido lo anterior y conforme los argumentos expresados en el escrito recursivo, cabe dilucidar si la actitud desplegada por el conductor del rodado revistió gravedad suficiente como para encuadrar la misma dentro de las cláusulas de exclusión detalladas en la pieza postal remitida al Sr. Sandoval y en el escrito de responde.

1.- La culpa grave del asegurado como causa de exclusión de la cobertura constituye una excepción al principio general de la obligación del asegurador de mantener indemne el patrimonio de aquel (cfr. art. 109 de la ley especial) que afecta no sólo los derechos del asegurado sino también los de la víctima, motivo éste por el cual la liberación del asegurador no puede tener origen en un grave descuido del asegurado sino en una actitud consciente en cuanto a la producción del siniestro y desaprensiva respecto de sus consecuencias por la certeza de hallarse precisamente amparado por la cobertura. Es decir que sólo en casos de culpa muy indudable y gravísima del asegurado cabe la exención de responsabilidad de quien tomó a su cargo los riesgos de probables eventos dañosos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente “Olmos” (JA, 1992-III-27) sostuvo que la distinción entre la culpa leve definida por el art. 512 del Código Civil, y la culpa grave está determinada por la relevancia de los deberes objetivos de cuidado que se infrinjan o desconozcan, impuestos al sujeto en su actuación concreta, señalando asimismo que la culpa grave, como causa legal de exoneración de responsabilidad de la aseguradora, excede la regular graduación de negligencia -que es la que se encuentra amparada en los contratos de seguro- y, por su magnitud, resulta cercana a la intencionalidad en la producción del evento dañoso o, por lo menos, traduce una actitud de grave despreocupación ante el eventual resultado perjudicial, aunque éste no haya sido deliberadamente buscado por el sujeto.

Lo expuesto permite concluir que el concepto de culpa grave en el asegurado, tendiente a liberar a la aseguradora de su obligación, debe ser apreciado en relación con las circunstancias particulares de cada situación y teniendo siempre presente que la finalidad del seguro de responsabilidad civil no se agota en el interés particular de los contratantes, sino que tiende a la protección de los derechos de los damnificados, extremos estos que imponen una interpretación restrictiva de las defensas oponibles a ellos con base en la ausencia de cobertura. (cfr. López Mesa, Marcelo. “Responsabilidad civil por accidentes de automotores”, pág. 524 y siguientes).

Al respecto se ha sostenido en principio, que este tipo de cláusulas, en cuanto implican una limitación subjetiva a la obligación de responder contraída por la aseguradora en beneficio del asegurado, que es en definitiva el objeto propio del contrato, deben ser interpretadas restrictivamente; que su invocación por la aseguradora le impone la carga de la prueba de las circunstancias que permitan tener por configurada la existencia de la culpa grave y que la misma, para tener eficacia, debe haber sido la causa del siniestro (Halperín, "Contrato de seguro", p. 614; Stiglitz-Stiglitz, "Seguro contra la responsabilidad civil", p. 309 y sigtes., Nº 163/166 y Jurisp. allí cit.; CNCom., sala E, JA, 1983-III-155; CNCiv., sala E en JA,1979-IV-282; CCiv. Mar del Plata, en JA 1984-I-136).

En tal orden de ideas el Máximo Tribunal Provincial en el antecedente citado por los quejosos (más allá de la decisión final) expresó que: “La doctrina sentada en materia de interpretación del contrato de seguro, en orden a las cláusulas de la póliza, debe serlo literalmente cuando han sido redactadas en forma clara y precisa, de acuerdo con lo preceptuado por el art. 1197 del Código Civil, ya que las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. Y en relación a las cláusulas limitativas de la responsabilidad, como las de caducidad y de exclusión de cobertura, deben ser interpretadas restrictivamente a fin de evitar abusos y no tornar ilusoria la garantía debida tanto al asegurado como a la víctima del accidente (C.N.Com., Sala B., noviembre 21-994).- Sobre el particular he tenido oportunidad de expedirme in re:

“Sepúlveda Ricardo c/ Servicios Industriales S.A. s/ Laboral por Accidente” (Ac. N°42/97) donde sostuve, siguiendo a Halperín y Morandi, que el seguro de responsabilidad civil tiene una función altamente social, reparar el perjuicio sufrido por la víctima (art. 118), que el legislador y el intérprete no pueden dejar de considerar, por su gran importancia económico social (conf. autores citados, “Seguros. Exposición crítica de las leyes 17.418 y 20.091, T°II, pág. 528).- […] La exclusión de cobertura es la excepción a la regla, pues el contrato de seguro tiene por objeto (es lo normal, la regla) la cobertura de toda clase de riesgos si existe interés asegurable (art. 2° Ley 17.418). El objetivo perseguido por el asegurado, conforme a nuestra legislación, consiste en que, mediante

el pago de la prima, se logre obtener del asegurador el resarcimiento de un daño o la prestación convenida, si ocurre el evento previsto. La cobertura del riesgo ya determinado, constituye lo que Chiovenda enuncia como lo normal, la regla. El asegurado deberá, entonces, asumir la prueba de la existencia del contrato y de la producción del siniestro. Lo anormal, la excepción, lo constituye el contenido de la cláusula que explícitamente niega la cobertura directa, formal y expresa, excluyendo el riesgo negado de la garantía comprometida. Ello tiene gráficamente su traducción a través de expresiones indubitables e inequívocas, cuyos presupuestos fácticos deben ser probados por quien los invoca, pues en este caso se está afirmando la existencia de una excepción a lo que es normal (conf. Rubén Stiglitz, "Derecho de Seguro", T° I, pág.424/425, Ed. Abeledo-Perrot, Bs.As. 1997)" (cfr. autos caratulados "Puebla, José María y otros c/ De Miguel Alberto Gabriel y otro s/ daños y perjuicios" -Expte. N° 996, Año: 2000).

2.- a) La aseguradora citada en garantía en su escrito de responde alegó que en fecha 15 de diciembre del 2009 remitió pieza postal –cuyos términos transcribe- mediante la cual rechazó el siniestro de autos por tratarse de una caso de "culpa o dolo grave del asegurado", el cual se encuentra expresamente excluido de la cobertura contratada (cfr. Condiciones Particulares de la Póliza).

La sentencia atacada admite –extremo no controvertido en esta instancia- que la aseguradora accionada rechazó el siniestro con fundamento en dos causales al expresar: "La citada en garantía refiere que el asegurado "circulaba a 105,5 km/h y corriendo picadas" por lo que procedió al rechazo del siniestro, en el entendimiento que encuadraba dentro de las cláusulas de exclusión" (tex. fs. 392 2do párrafo) y "Como refiriera precedentemente en fecha 11 de diciembre de 2009, Provincia Seguros S.A., mediante carta documento Nro. CD106567123, rechazó el siniestro aduciendo que "según constancias de la causa penal correspondiente circulaba a 105,5 km/h y corriendo picadas". Vale decir entonces que concurrieron a criterio de la aseguradora dos causales: exceso de velocidad y una competencia con otro vehículo" (tex. 392vta. 3er. y 4to. párrafos).

b) En relación a la alegada exclusión de cobertura por la supuesta culpa grave que implicaría la participación del automotor asegurado en una competencia callejera de velocidad con otro vehículo, es dable poner de resalto que la hipótesis señalada –picada o carrera- fue negada por los testigos presenciales del luctuoso accidente, conforme se desprende de la sentencia emitida en sede penal, y de la declaración rendida por el testigo Fuentes que alude en el peor de los casos a un sobrepaso o adelantamiento, lo que de ninguna manera implica una competencia organizada en los términos de la cláusula contractual (30.4.n de la póliza).

Aduno a lo expuesto que de la lectura del pronunciamiento penal surge que el Magistrado interviniente en dicha sede no tuvo por evidenciado que el Sr. Sandoval se encontrara participando de una carrera callejera o picada al momento del hecho base de la presente acción.

En atención a lo expuesto y toda vez que, conforme lo he expresado precedentemente, la citada en garantía era quien tenía a su cargo acreditar la causal de exclusión alegada (cfr. SCBA Ac. 79.421, sent. Del 19-2-2002; C. 100.381, sent. Del 10-12-2008), extremo que en autos no se ha cumplido, considero –a diferencia del Sr. Juez de la instancia anterior- que cabe desestimar la defensa intentada por la aseguradora con fundamento en los motivos aludidos.

c) Despejado lo anterior resta analizar la pretensión referida a la exclusión de cobertura por supuesta culpa grave que implicaría la velocidad en la cual era conducido el rodado al momento del lamentable hecho dañoso base de esta acción.

En autos, conforme se desprende de la sentencia penal firme y cuyas conclusiones no pueden ser revisadas en sede civil, se ha acreditado que al momento del accidente el Sr. Sandoval conducía el vehículo a una velocidad superior a la permitida (105,5 kn/h), pero cierto es que a mi entender -siguiendo la posición sustentada por el Dr. Molteni como integrante de la Sala

A de la Cámara Nacional de Apelaciones Civil en autos "Contreras de Caló, Rosario c/ Puglisi, Héctor E." (JA 1994-I, síntesis)- el conducir a una velocidad imprudente o excesiva, no es una conducta que pueda encuadrar en la culpa grave, ya que se trata de infracciones corrientes y como tal al estarse ante una conducta media, ella ya ha sido tenida en cuenta por la empresa aseguradora al momento de estructurar la cobertura y calcular la prima.

Súmese a lo expresado los argumentos que expuse en relación a la culpa grave del asegurado en el inciso 1 del presente apartado, que en el legajo no se acreditó que el conductor del rodado al momento del suceso estuviese corriendo "picadas" y que la culpa importa un juicio valorativo que se funda entre la comparación de la conducta del sindicado como responsable y un patrón ideal, es decir la diferencia entre las diversas "culpas" pasa por el parámetro de comparación utilizado en cada caso.

En tal sentido Orgaz explicaba que la culpa grave se caracteriza por la negligencia grosera, y consiste en no haber previsto lo que era previsible para el hombre menos atento y cuidadoso; la leve es la que no habría cometido un buen o diligente padre de familia, y la culpa levísima consiste en no haber tenido el cuidado de un hombre diligentísimo (Orgaz, Alfredo (1981). "La culpa", pág. 125. Córdoba: Ed. Lerner).

En virtud a lo expresado considero que las constancias obrantes en el legajo resultan suficientes para afirmar, a diferencia de lo sostenido por el judicante, que no se configuró la causal de exclusión de cobertura bajo análisis que fuera alegada por la

aseguradora en el escrito de responde.

No paso por alto que la cláusula 22 inciso 21 reza “Exclusión de cobertura: El Asegurador no indemnizará los siguientes siniestro producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga: (…) 21) Cuando el automóvil asegurado sea conducido a exceso de velocidad (a los efectos de la presente exclusión de cobertura, se deja establecido que la velocidad del vehículo asegurado en ningún caso podrá superar en 40% los límites máximos establecidos por la normativa legal vigente)” (tex.), pero considero –siguiendo jurisprudencia y doctrina que comparto- que la misma deviene nula toda vez que no se sostiene a la luz de lo normado por los arts. 114 y 158 de la Ley de Seguros vigente.

En tal orden de ideas se ha expresado: “Nos traen un torrente de argumentos para dejar sin efecto lo resuelto en derredor de esta cuestión, pero uno solo alcanza a tal fin, siendo innecesario tratar los demás: La cláusula 22 inciso 21 de las condiciones particulares de la póliza de seguro es nula.

Ciertamente, dicha cláusula, bajo el título "Exclusiones de la cobertura", reza que "El asegurador no indemnizará a los siguientes siniestros producidos y/o sufridos por el vehículo y/o su carga: ... 21) Cuando el automóvil asegurado sea conducido a exceso de velocidad (a los efectos de la presente exclusión de cobertura, se deja establecido que la velocidad del vehículo asegurado en ningún caso podrá superar en 40% los límites máximos establecidos por la normativa legal vigente)"; y semejante texto no se sostiene a la luz de la normativa aplicable. En efecto, el art. 114 de la ley 17.418 determina que "El asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque dolosamente o por culpa grave el hecho del que nace su responsabilidad" y, a su vez, el art. 158 establece que "Además de las normas que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, no se podrán variar por acuerdo de partes los artículos ... 114 ... Cuando las disposiciones de las pólizas se aparten de las normas legales derogables, no podrán formar parte de las condiciones generales.

No se incluyen los supuestos en que la ley prevé la derogación por pacto en contrario". De estas dos normas se desprende, entonces, que el asegurado no tiene derecho a ser indemnizado cuando provoque el accidente con dolo o culpa grave y que esta previsión legal no puede ser modificada por acuerdo de partes.

Así, por ejemplo, no podría establecerse en una cláusula especial que el asegurador no responde tampoco en caso de haber "culpa normal" del asegurado; y esto es justamente lo que se busca -y se lograría, a no ser por la nulidad que propicio- con la cláusula impugnada: que el asegurado responda personalmente cuando causa daño con culpa, aún cuando no sea grave.- (…).- Entonces, ineludible es concluir en que la cláusula de marras modifica el art. 114 de la ley de seguros, en cuanto establece que sólo en caso de "culpa grave" o "dolo" se libera de responder la aseguradora; y estando ello prohibido por imperio del art. 158 del mismo cuerpo legal, dicha cláusula es nula y así corresponde declararlo, sin perjuicio de la validez del resto de las cláusulas de la póliza, puesto que "en los contratos por adhesión a condiciones generales, la nulidad de una cláusula predispuesta abusiva, como las de irresponsabilidad, no producen necesariamente la nulidad de todo el contrato" (Rivera, Julio César: Instituciones de Derecho Civil - Parte General, 3ª edición, pág. 899, Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo-Perrot. 2004), es decir que en este caso es perfectamente aplicable la nulidad parcial del contrato de seguro, aún cuando este tipo de ineficacia es excepcional en materia de negocios jurídicos bilaterales” (cfr. Cám. 1ra, Apel. Civ y Com. de Bahía Blanca, Sala II, 10-05-2007, -Burgos, Andrónica y otros c/ Henriquez, César Raúl y otros-, La Ley Online, AR/JUR/5631/2007).

d.- La causa de no seguro basada en el supuesto estado de ebriedad del asegurado es un hecho, conforme lo arguye el quejoso, introducido por el juzgador toda vez que dicha circunstancia no fue articulada por la citada en garantía en la oportunidad prevista en el art. 56 de la ley de Seguros ni en el momento de presentarse en autos en su carácter de citada en garantía, motivo por el cual estimo que en virtud al principio de congruencia (cfr. art. 163 inc. 6 del CPCC), tal situación no debe ser analizada.

VI.- En definitiva concluyo, conforme los argumentos esgrimidos en el apartado precedente, que en el legajo no se han configurado ninguna de las causales de exclusión de cobertura alegadas por la aseguradora citada en garantía, motivo por el cual cabe hacer extensiva la condena dispuesta en la sentencia atacada.

VII.- La aseguradora denuncia límite de cobertura de $ 100.000, requiriendo se aplique el supuesto de infraseguro previsto en el art. 65 2°párr. de la ley en la materia (fs. 125 y 126). Tal importe no surge de la póliza acompañada, por el contrario la misma establece el límite de la responsabilidad civil en $3.000.000 (condiciones particulares fs. 85 y condiciones generales fs. 91), debiendo estarse a ello.

VIII.- Por las razones expuestas, doctrina y jurisprudencia citadas y en el entendimiento de haber dado respuesta a los cuestionamientos deducidos en la impugnación, estimo que corresponde –lo que así propicio al Acuerdo- hacer lugar al recurso intentado por la parte actora en todo aquello que ha sido materia de agravio para el accionante y, consecuentemente, revocar el rechazo de demanda contra la aseguradora acogiendo la acción contra Provincia Seguros S.A., en la medida del seguro y de conformidad a la condena decretada.

IX.- Las costas de primera instancias deben ser impuestas al demandado y citada en garantía vencidos en virtud al principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).- En tanto las de Alzada corresponde que sean a cargo de Provincia Seguros S.A. en su carácter de vencida (cfr. artículo citado).

Atento lo dispuesto precedentemente cabe declarar abstracto el agravio deducido por el accionante en el apartado V inciso e) del escrito recursivo.

X.- En atención a lo normado por el art. 279 del C.P.C. y C. cabe readecuar los honorarios profesionales de primera instancia de los letrados de la aseguradora según art. 7 último párrafo de la ley 1594, quedando los mismos establecidos de manera conjunta en el 16,66% de la liquidación a practicarse.

En relación a la apelación honoraria, la misma deberá ser desestimada, no siendo de aplicación el art. 12 de la Ley Arancelaria vigente, por cuanto los actores se encuentran vinculados por una misma causa, unificando su personería, por lo que debe tenerse en cuenta, a los fines regulatorios, la suma que corresponde considerar como si hubiera una sola representación, de lo contrario los honorarios fijados a cada uno de los profesionales que pudieren presentarse no guardaría relación con el interés económico del pleito.

XI.- Respecto a los honorarios de Alzada cabe diferir su regulación hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los estipendios profesionales en la instancia de origen (art. 20 y 47 ley 1594 modificada por ley 2933). Así voto.

La Dra. Alejandra Barroso, dijo:

Comparto los argumentos y solución propiciada por el Sr. Vocal, Dr. Pablo G. Furlotti, en el voto que antecede, motivo por el cual adhiero a los mismo votando en igual sentido. Mi 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 Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Hacer lugar al recurso intentado por la parte actora en todo aquello que ha sido materia de agravio y, consecuentemente, revocar el rechazo de demanda contra la aseguradora acogiendo la acción contra Provincia Seguros S.A., en la medida del seguro y de conformidad a la condena decretada.

II.- Modificar las causídicas de primera instancia e imponer las mismas al demandado y citada en garantía vencidos en virtud al principio objetivo de la derrota (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.), y consecuentemente declarar abstracto el agravio deducido por el accionante en el apartado V inciso e) del escrito recursivo.

III.- Readecuar los honorarios profesionales de primera instancia de los letrados de la aseguradora según art. 7 último párrafo de la ley 1.594, quedando los mismos establecidos de manera conjunta en el 16,66% de la liquidación a practicarse (cfr. art. 279 del C.P.C. y C.).

IV.- Desestimar el recurso de apelación contra la regulación de honorarios deducido por la parte actora, conforme los argumentos esgrimidos en el apartado X de los considerandos de la presente.

V.- Imponer las costas de segunda instancia a cargo de la aseguradora Provincia Seguros S.A. en su carácter de vencida (cfr. art. 68 del C.P.C. y C.).

VI.- Diferir la regulación de los honorarios de Alzada hasta tanto se encuentren establecidos y determinados los estipendios profesionales en la instancia de origen (art. 20 y 47 ley 1.594 modificada por ley 2933).

VII.- Protocolícese digitalmente (TSJ Ac 5416 pto. 18). Notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan al juzgado de origen.

Dr. Pablo G. Furlotti - Dra. Alejandra Barroso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

"CEBALLOS ROLANDO C/ EMCOPAT S. A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE DE LA RELACIÓN LABORAL S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES" - Cámara Única Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripción

Judicial – Sala II – (Expte.: 20879/2013) – Acuerdo: S/N – Fecha: 28/03/2017

DERECHO LABORAL: Contrato de trabajo.

DESPIDO. LIBRETA DE APORTES PATRONALES. FONDO DE CESE LABORAL. INTIMACION FEHACIENTE. MULTA.

Es requisito formal para acceder a la indemnización especial por falta de entrega de la Libreta de Aportes, que el trabajador intime fehacientemente a su empleador por dos días hábiles a fin que cumpla su obligación. Expirado dicho plazo sin que el empleador cumpla su obligación el trabajador se encuentra habilitado para reclamar judicialmente el pago de la indemnización prevista por la norma. Se trata de una indemnización que tiende a resarcir los perjuicios que ocasiona al trabajador la imposibilidad de disponer en tiempo oportuno del Fondo de Cese Laboral (Ackerman-Tosca, Tratado de Derecho del Trabajo, T. V, p. 72).

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de Zapala, Provincia del Neuquén, a veintiocho -28- días del mes de Marzo del año 2017, 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 Circunscripciones Judiciales, integrada con los Vocales, doctores Gabriela B. Calaccio y Dardo Walter Troncoso, con la intervención de la secretaria Dra. Norma Alicia Fuentes, para dictar sentencia en estos autos caratulados: "CEBALLOS ROLANDO CONTRA EMCOPAT S.A. Y/O QUIEN RESULTE RESPONSABLE DE LA RELACIÓN LABORAL S/ DESPIDO POR FALTA DE PAGO HABERES" (Expte. N. 20879 Año 2013), del Registro del Juzgado de Primera Instancia Civil, Comercial, Laboral y de Minería de esta III Circunscripción Judicial, con asiento en esta ciudad de Zapala.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Dardo Walter Troncoso, dijo:

I.- Que vienen estos autos en apelación en orden al recurso deducido por la parte demandada a fs. 182/185, contra la sentencia definitiva del 24 de noviembre del 2016 (fs. 174/178 y vta.) que hace lugar parcialmente a la demanda incoada en concepto de liquidación final, vacaciones proporcionales 2010, fondo de desempleo e indemnización art. 18 de la ley 22.250, con fundamento en que si bien se acredita la puesta a disposición por parte de la empleadora, la misma no ha consignado administrativa o judicialmente el pago de lo adeudado y la documentación reclamada.

Liquida los rubros de procedencia, desestimando las multas art. 2 de la ley 25.323 y art. 80 de la LCT.

II.- Contra tal decisión se alza la accionada, expresando agravios a fs. 182/185 que bilateralizados son respondidos por la actora a fs. 187/189 en los términos que surgen de tal pieza procesal.

III.- Agravios de la demandada:

Argumenta que la jueza de grado incurre en arbitrariedad al establecer que el empleador deudor debía consignar judicialmente la liquidación y la documental correspondiente para liberarse de la multa del art. 18 de la ley 22.250, cuando fueron puestos a disposición y el trabajador fue intimado a recibir. Opone que el correo informa que la misiva reiterativa fue rehusada en el domicilio denunciado y que se acompaña en los presentes la LAP y la credencial IERIC. Afirma que la consignación es una facultad del deudor y cita jurisprudencia que dice apoya su postura.

Arguye que el rubro vacaciones del año 2010 no debe ser admitido atento que se encuentra vencido el plazo de otorgamiento y las mismas no son compensables en dinero de conformidad a lo estipulado en el art. 162 de la LCT.

Reserva el caso federal y solicita se revoque el fallo recurrido, rechazando la demanda en todas sus partes con costas.

IV.- Análisis de los agravios:

Reunidos los recaudos formales del art. 265 del CPCyC, con las salvedades que se expondrán, surge de las constancias de autos que el actor ingresó a trabajar el 10/10/2010, en calidad de sereno (recibos de sueldo fs. 3/30); que fue despedido en forma directa con fecha 2/12/2011, con el siguiente texto: "…Comunica que a partir de la fecha prescindimos de sus servicios.

Liquidación final y libreta de aportes a su disposición en término de ley, caso contrario consignaremos", (fs. 34); tras lo cual, el 12/12/2011 el trabajador intima el pago de la liquidación final y la entrega de la libreta de aportes patronales y de las certificaciones

de servicio (fs. 31); reitera la intimación, advirtiendo que iniciará acción judicial (fs. 33); lo que es rechazado por la empleadora (fs. 32), (ratificado por el reconocimiento de fs. 62 vta. y la informativa del correo de fs. 158).

La demandada adjunta al contestar la acción, recibos de sueldo de la liquidación final con más los aportes patronales al fondo de desempleo y los rubros vacaciones proporcionales 2010 y 2011 (fs. 48/51), y certificado de trabajo y de servicios y remuneraciones con certificación de firma de fecha 7/8/2013 (fs. 52/55); depositando judicialmente la suma de $7.883 (fs. 59), y acompañando una carta documento del 27/12/2011 en la cual intima al reclamante a recibir la liquidación y la documentación ante la negativa formulada bajo apercibimiento de consignación administrativa, la que desconocida expresamente a fs. 68, no ha sido ratificada en forma alguna (fs. 57).

El actor en su demanda manifiesta que se presentó reiteradamente en el domicilio de la empresa a los efectos de cobrar su liquidación final sin que la misma le fuera abonada (fs. 37 vta.); y por su parte, la demandada niega que se hubiera presentado, aduciendo que ostenta como prueba un cheque, presentando también la libreta de aportes y la credencial Ieric (fs. 62 y vta.), documentación reservada en la que se puede observar que la libreta lleva la última constancia del año 2004 y la tarjeta y cheque no tienen fecha cierta.

A ello, se suma que el Ieric informa que la firma se encuentra inscripta y que el actor no ha sido debidamente registrado (fs. 166).

V.- Atento los elementos probatorios enunciados y en el marco de los agravios vertidos, entiendo que en el caso concreto a estudio resulta innecesario expedirse sobre la cuestión planteada en el sentido de si es obligatorio o no para el empleador consignar la liquidación final y la documentación correspondiente en su caso, ya que se ha acreditado concretamente el incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de parte de la empleadora, en particular, la inexistencia de la libreta de aportes patronales en legal forma.

Así, ha quedado comprobado que no ha realizado el depósito de los aportes patronales, tal como surge del informe del Ieric y de la misma LAP, lo que además es reconocido al poner a disposición el pago directo de los mismos, en los recibos de sueldo.

Los certificados fueron confeccionados recién después de la interposición de la presente demanda judicial, según la fecha de la certificación de firma.

La segunda puesta a disposición de la liquidación y documental por parte de la patronal no ha sido acreditada, por el contrario, se ha ratificado que el trabajador intimó reiteradamente a que se le pagara la liquidación final y se le entregara la Libreta de Aportes al Fondo de Desempleo, todo lo que fue rechazado telegráficamente por la empresa.

De esta forma, se evidencia que la puesta a disposición de la libreta de aportes mencionada al momento del distracto, no era válida ya que la misma no posee las constancias pertinentes, debido a que no se han realizado los depósitos correspondientes, haciendo procedente por ese sólo hecho la multa del art. 18 de la ley 22.250.

El recurrente confunde la puesta a disposición de la liquidación final y los certificados de trabajo con la correspondiente a la libreta de aportes patronales, citando doctrina judicial que refiere a la procedencia de la multa del art. 80 de la LCT, supuesto distinto al previsto en el art. 18 del estatuto de los obreros de la construcción.

La falta de entrega de la Libreta de Aportes con la acreditación de los depósitos efectuados en el término previsto en el artículo 17 de la ley mencionada, da derecho al trabajador a acceder a una indemnización especial, tendiente a resarcir los perjuicios que ocasiona la imposibilidad de disponer de los fondos y sancionar el incumplimiento del empleador. Es requisito formal para acceder a la indemnización especial por falta de entrega de la Libreta de Aportes, que el trabajador intime fehacientemente a su empleador por dos días hábiles a fin que cumpla su obligación. Expirado dicho plazo sin que el empleador cumpla su obligación el trabajador se encuentra habilitado para reclamar judicialmente el pago de la indemnización prevista por la norma. Se trata de una indemnización que tiende a resarcir los perjuicios que ocasiona al trabajador la imposibilidad de disponer en tiempo oportuno del Fondo de Cese Laboral (Ackerman-Tosca, Tratado de Derecho del Trabajo, T. V, p. 72).

Finalmente, se agravia del rubro vacaciones 2010, el cual fue expresamente reconocido en el recibo de sueldo acompañado al responder la acción, y ítem que tampoco impugnara expresamente en el escrito de contestación de demanda, resultando totalmente improcedente la introducción de tal reparo en esta instancia de conformidad a lo previsto en el art. 277 del CPCC.

Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechace el recurso interpuesto por la parte demandada, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios y de conformidad a los fundamentos expresados supra, con costas a la recurrente perdidosa conforme arts. 17 de la ley 921 y 68 del CPCC, regulándose los honorarios profesionales de esta instancia de conformidad a los arts. 6 y 15 de la Ley 1594 (30%).

Tal mi voto.

El Dr. Dardo Walter Troncoso dijo:

Que por compartir los fundamentos y conclusiones a que arriba en su voto la colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome

en idéntico sentido.

Es mi voto.

Por los argumentos expuestos, constancias de autos, doctrina y jurisprudencia citadas, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 182/185 de autos, y confirmar en consecuencia la sentencia obrante a fs. 174/178, con costas de alzada a la recurrente vencida, conforme a lo considerado.

II.- Regular los honorarios de alzada de los Dres. ... en la suma de pesos dos mil trescientos veinte ($2.320,00), y del Dr. ... en la suma de pesos tres mil cien ($3.100,00), conforme arts. 6 y 15 de la Ley 1594 (30%); con más la alícuota IVA a quien corresponda.

III.- Protocolícese digitalmente (TSJ Ac. 5416, pto. 18). Notifíquese electrónicamente, y oportunamente vuelvan las presentes al origen.

Dra. Gabriela Calaccio - Dr. Dardo Troncoso

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

“COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION” - 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.: 653/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 03/02/2017

DERECHO PROCESAL: Medidas cautelares.

CAUTELAR INNOVATIVA. DERECHO AMBIENTAL. VERTEDERO A CIELO ABIERTO. PROTECCION DEL MEDIO AMBIENTE. PRINCIPIO PRECAUTORIO. DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA. VEROSIMILITUD DEL DERECHO. PELIGRO EN LA DEMORA.

1.- Corresponde revocar el pronunciamiento de grado y hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada consiste en que se le ordene a la municipalidad demandada realizar distintas obras tendientes a remediar los impactos que se generan sobre el sector del actual vertedero a cielo abierto de la ciudad, respecto a lo cual se habría comprometido la accionada y no habría cumplido (entierro de la totalidad de la basura en cavas impermeabilizadas, cierre perimetral del predio con alambrado olímpico, implementación de un sistema de vigilancia que permita el acceso solo de aquéllas personas que van a depositar residuos con indicación del sector donde deben realizarlo), toda vez que, partiendo de la perspectiva impuesta por el ordenamiento jurídico, se advierte que el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada. Es que, la escueta motivación brindada por el juez de grado al desestimar la pretensión cautelar violenta los principios que informan a la Ley General del Ambiente, los cuales exigen el deber de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir (principio de prevención), y sin que la ausencia de mayor información pueda servir como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que tiendan a impedir la

degradación del medio ambiente, existiendo peligro de daño grave o irreversible (principio precautorio).

2.- El requerimiento de tutela cautelar apunta a la protección de derechos de incidencia colectiva prima facie vulnerados por un proceder omisivo de la demandada que genera consecuencias nocivas para los habitantes de un municipio.

3.- En orden a la verosimilitud del derecho, cabe sostener que tratándose de medidas cautelares referidas a la materia ambiental y urbanística, la comprobación de este requisito pasa a un segundo plano. En efecto, es viable concluir que frente a actividades en relación a las cuáles existe un halo de duda sobre si producen o no consecuencias nocivas sobre el medio ambiente, la ley impone, no obstante, su protección (art. 4, Ley 25.675). Tan singular tutela se explica por las consecuencias disvaliosas y difícilmente reversibles que acarrean los daños ambientales o urbanísticos. Lo expuesto, sin embargo, no equivale a afirmar que no tiene que promediar ningún grado de verosimilitud, sino que lo relevante es que la inexistencia de certeza científica o técnica sobre los efectos ambientales, imponen actuar de modo precautorio.

4.- Tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario y de salud de sus pobladores, la ponderación del peligro en la demora debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, emergentes en la cláusula del art. 41 de la Carta Magna Nacional y 58 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el art. 4 Ley 25.675.

Texto completo:

San Martín de los Andes, 3 de Febrero del año 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: “COOPERATIVA DE VIVIENDA Y CONSUMO NUEVA ESPERANZA DE JUNIN DE LOS ANDES LDA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE JUNIN DE LOS ANDES S/ INC. APELACION” (Expte. JJUCI2-653/2016), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala 1 de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Vienen las presentes nuevamente a estudio de esta Sala, para el tratamiento del recurso de apelación interpuesto y fundado a fs. 205/213 de este incidente, contra la providencia de fs. 203/204, de fecha 14/12/2016, en cuanto rechaza la medida cautelar innovativa peticionada con el escrito inicial.

II.- Se agravian los recurrentes, en primer lugar, por la errónea y arbitraria valoración de las pruebas y hechos narrados. Consideran, en este sentido, que el juez se excede en el análisis de la medida solicitada, expidiéndose sobre el objeto del amparo.

Refieren, asimismo, que se advierte una equivocada interpretación de la petición cautelar, dado que al ser innovativa conlleva una obligación de hacer que surge de un compromiso asumido por la propia accionada; no tratándose de una medida que conlleve paralización de acto alguno, sino que pretende que la demandada cumpla con sus deberes, a los fines de que pueda asegurarse la aplicación de los principios establecidos en el art. 4º de la ley 25.675 y de las normas constitucionales, Nacional y Provincial, con relación al ambiente.

Transcribe un párrafo de la resolución en la que el a quo señala que de la documental acompañada y del relato de los hechos no surge con meridana claridad que como único e inexorable modo de cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado, la Municipalidad demandada tenga que proceder necesariamente al cierre y saneamiento definitivo del vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes. En este aspecto, consideran que la actitud del sentenciante es claramente a favor de la demandada, y alejada de lo jurídico.

Indican, asimismo, que no han dicho en ninguna parte del libelo inicial que esa sea la única e inexorable forma de mantener un ambiente sano y equilibrado; por lo que ello denota la falta de una lectura profunda y liviandad en la resolución de peticiones que terminan exponiendo desinterés con el ambiente donde el mismo sentenciante vive. Sostienen que sus partes solo se han limitado a exigir que se culmine con lo que se ha comenzado y que sin motivo ni justificación alguna, se ha detenido por parte de la accionada.

Sostienen que el relato de los hechos ha sido de tal claridad que exime al juzgador de ahondar más a los fines de interpretar la acción; que es de sentido común que un ambiente sano se logra justamente evitando tener un vertedero a cielo abierto, y que ello solo es posible si se toman los recaudos para proteger el perímetro sobre el cual está asentado y arbitrar los medios para garantizar una seguridad que impida el ingreso de personas en búsqueda de elementos que son arrojados al vertedero y el de perros que luego retornan a sus domicilios y se configuran en un foco de contaminación manifiesto.

Señalan que el sentenciante afirma que, a los fines de cumplir con el deber de mantener un ambiente sano y equilibrado, tampoco surge que irremediablemente tenga la demandada que adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestructura y equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar los residuos compactados en forma correcta; sosteniendo (el juez) que no surge tampoco que la accionada deba obrar sí o sí de la manera descripta para llenar su cometido sin que existan otras alternativas a disposición de la Administración, ni que las medidas de entierro de basura, cierre del predio con alambrado olímpico e implementación de sistema de vigilancia impliquen el cumplimiento de tal deber. En este orden, consideran que el a quo no da un fundamento que pueda refutar lo solicitado, y que el rechazo está lejos de encuadrar dentro de los requisitos de una resolución motivada y fundada.

De lo último descripto, deducen que el sentenciante ha hecho un adelanto de la sentencia de amparo, anticipando un posible rechazo de la acción y que ha confundido el objeto del amparo con el objeto de la cautelar.

En síntesis, señalan que según el criterio adoptado por el juez, la existencia de un vertedero a cielo abierto sin las más mínimas medidas de seguridad (cerco perimetral y seguridad), no es grave, ni justificaría ser tratado como tal, ni ameritaría continuar con los trabajos en el Centro Ambiental, lo que terminaría legitimando la inacción de la demandada.

Dado que el magistrado refiere que la documental y relato son insuficientes, se preguntan si las reiteradas declaraciones de emergencia ambiental en la localidad por parte del Concejo Deliberante no son suficientes para fundar la cautelar.

Se explayan luego sobre el esbozo del plan de trabajo remitido por el Intendente a la Comisión de Desarrollo Ambiental a días de vencer los plazos establecidos en la normativa local, dado el empeoramiento de la problemática, y las tres medidas mínimas prometidas por el intendente en abril del 2016; indicando que, al parecer, para el a quo, tales no son elementos importantes para acreditar el requerimiento cautelar.

Refieren que es evidente que en el juzgador hay una carencia de lectura e interpretación de los antecedentes, donde con meridiana claridad, quedan acreditados todos los sucesos producidos en relación al vertedero, los compromisos asumidos por la demandada y la realidad misma; obviando, también, el informe (acompañado al escrito inicial) de Impacto Ambiental elaborado por la Lic. Herrero para la construcción de las viviendas en la zona colindante al vertedero, el que transcriben en parte, y del cual surge -entre otras cuestiones- que las acciones y lineamientos que el municipio desarrolla en esa zona se enmarcan como un proceso con dos etapas fundamentales: la erradicación de vertederos a cielo abierto en la localidad y la nueva planta de tratamiento de residuos sólidos urbanos en ejecución.

Siguen señalando que tampoco se ha prestado atención a informes médicos, y que al día de hoy la emergencia ambiental continúa y se ha prorrogado.

Se agravian, en segundo lugar, de la errónea interpretación del peligro en la demora. Transcriben lo que el sentenciante resuelve al respecto, y señalan que al fundar tal requisito expresaron que devenía evidente que en tanto no se proceda a cumplir con el cierre del perímetro del vertedero local y no se cumpla con la guardia que debe estar presente de manera permanente en el lugar y el efectivo y diario trabajo de la máquina al que se ha comprometido el ejecutivo, se continuará profundizando el riesgo y contaminación ambiental; fulminando derechos y principios constitucionales y supra legales.

Sostienen que de tal manera, el sentenciante tampoco aplica el principio precautorio receptado en la Ley General del Ambiente, de orden público, y como tal, de cumplimiento obligatorio. Transcribe el art. 32 de la mencionada ley, donde se señala que, en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, aun sin audiencia de la contraria, y que el juez podrá asimismo, disponerlas sin petición de parte. Citan doctrina en torno a este artículo y al actuar del juez en estas cuestiones, que debe ser necesariamente proactivo. También, complementan con fallo de la CSJN con relación a las facultades ordenatorias del proceso emergentes de la LGA, reconocidas al Tribunal, concluyendo que nada de eso sucede en el caso de autos, limitándose el sentenciante a exponer su parecer, sin elementos que le permitan sostener sus dichos.

El tercer agravio se centra en la confusión en que habría incurrido el juez en cuanto al objeto del amparo y el objeto de la medida cautelar y el error en la interpretación de la medida cautelar solicitada.

Al respecto, sostienen que si el objeto de la cautelar fuera el mismo que el del amparo es lógico que se debería rechazar in limine. Indican que la medida cautelar innovativa tiene su campo de acción en el vertedero actual, del que no se ha solicitado el cierre sino acciones de mínima que permitan morigerar el daño ambiental que genera el vertedero a cielo abierto, con el adicionante que se encuentra vigente la declaración de emergencia ambiental. Y, el amparo, por su parte, sostienen, busca que en un plazo prudencial y razonable que estime el sentenciante se culminen con las obras del centro ambiental, el que no se encuentra en el mismo lugar que el vertedero actual.

Insisten que el objeto de la cautelar fue a los fines de evitar la profundización del daño que se genera en el vertedero que se encuentra a cielo abierto. No cercar el vertedero, no tener vigilancia y no compactar, afirman, agrava el daño de manera diaria cada vez que se vierten los residuos recolectados en la ciudad. Y que ello, no es ocurrencia de su parte, sino que es algo a lo que la demandada se ha comprometido y no ha cumplido.

Adunan que el a quo confundiría la medida cautelar innovativa (obligación de hacer) con la de no innovar (obligación de no hacer).

Como cuarto y último agravio, arguyen la falta de fundamentación de la resolución y arbitrariedad en que habría incurrido el sentenciante, ya esbozadas en los restantes agravios. Sostienen, en lo fundamental, que el magistrado juzga desde lo personal, y no desde un punto de vista jurídico, agregando que el juez no acompaña exposiciones doctrinarias y jurisprudenciales que le den sustento a su decisión.

II.- A) Ingresando al tratamiento recursivo, adelantamos que la apelación habrá de prosperar.

En primer lugar, se advierte que asiste razón a los recurrentes en cuanto a la confusión en la que incurriera el a quo respecto al objeto de la pretensión cautelar. En efecto, al rechazar la solicitud de protección preventiva, el sentenciante se ha pronunciado sobre aspectos sustanciales que hacen al objeto de la acción de amparo, dedicando un escueto párrafo al requerimiento cautelar formulado por los accionantes, cuyos puntos centrales distan de la pretensión de fondo.

Así es que el objeto de la presente acción, conforme surge del escrito inicial y que se plasmó en la resolución de este Cuerpo revocatoria del rechazo in limine de la acción de amparo, consiste en que se ordene al Municipio demandado que proceda al cierre y saneamiento definitivo del actual vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes, con un plan de remediación final a ejecutarse al momento de tal cierre definitivo. Para ello, consideraron que se deberían adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestuctura y el equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar, al menos, los residuos compactados en forma correcta.

En tanto que el objeto de la medida cautelar innovativa peticionada consiste en que se le ordene a la demandada realizar distintas obras tendientes a remediar los impactos que se generan sobre el sector del actual vertedero a cielo abierto de la ciudad, respecto a lo cual se habría comprometido la accionada y no habría cumplido (entierro de la totalidad de la basura en cavas impermeabilizadas, cierre perimetral del predio con alambrado olímpico, implementación de un sistema de vigilancia que permita el acceso solo de aquéllas personas que van a depositar residuos con indicación del sector donde deben realizarlo).

Por su parte, el juez –en lo que aquí compete- ha resuelto: "…En cuanto a la medida cautelar peticionada…, por considerar que no se acreditan prima facie los presupuestos necesarios para su procedencia, esto es la verosimilitud en el derecho y el particular peligro en la demora previsto en el artículo 230 del Código Procesal (de aplicación supletoria cfr. art. 23 ley 1981), se la desestima. Es que –sin desconocer lo resuelto por el tribunal de segunda instancia … entiendo que de la documental acompañada y del relato de los hechos no surge con meridiana claridad que como único e inexorable modo de cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado (previsto en los arts. 41 y 54 de las Constituciones Nacional y Provincial y en la Ley 25.675) la Municipalidad demandada tenga que proceder necesariamente al "cierre y saneamiento definitivo del actual vertedero de residuos de la ciudad de Junín de los Andes" así como también tenga que irremediable e ineludiblemente "adecuar las obras del Centro Ambiental con el fin de que cuente con la infraestructura y equipamiento necesarios para preservar su uso y enterrar los residuos compactados en forma correcta" (lo cual constituye el objeto de la acción entablada conforme surge de fs. 162), es decir que el accionado deba sí o sí obrar de la manera descripta para llenar su cometido sin que existan otras alternativas a disposición de la Administración; ni tampoco que las medidas requeridas … (esto es entierro de la basura, cierre del predio con un alambrado olímpico e implementación de un sistema de vigilancia) impliquen el cumplimiento de tal deber. En lo que respecta al peligro en la demora, tampoco logran las accionantes demostrar -aún liminarmente- de qué manera la tardanza en enterrar la basura, colocar un alambrado e implementar un sistema de vigilancia … podrían generar un perjuicio de tal entidad que no pueda aguardarse al modo normal de culminación del litigio que es el dictado de la sentencia; es decir no acreditan que exista el peligro de que si se mantuviera la situación de hecho ello pudiera influir en el fallo o convertir en ineficaz o imposible su ejecución (art. 230 CPCyC).

…La parte actora no ha probado entonces prima facie la verosimilitud del derecho invocado ni que en el caso de no hacerse lugar a la medida precautoria requerida se correría el riesgo de que su pretensión resulte finalmente insatisfecha, por lo que se la desestima…" (el resaltado nos pertenece).

Conforme a lo expuesto precedentemente, resulta evidente el exceso en que incurriera el magistrado de la anterior instancia a la hora de despachar desfavorablemente la tutela cautelar.

En efecto, el sentenciante centra su resolución denegatoria refiriéndose a la petición de fondo del litigio. Con relación a la cautelar, solo considera no acreditada la verosimilitud del derecho por cuanto las medidas peticionadas no implicarían el cumplimiento del deber de mantener un medio ambiente sano y equilibrado, ni se habría probado el peligro en la demora. Amén de la extralimitación señalada en cuanto a los objetos de una y otra pretensión, se advierte prístinamente la liviandad con la que se ha analizado la cuestión, referida por los recurrentes. A simple vista, del relato de los hechos, de la documental acompañada, y de las situaciones que son de público conocimiento con relación al basural, surge la verosimilitud del derecho invocado con relación al daño actual al ambiente (en sentido amplio) y el peligro en la demora, por los riesgos "diarios" a los que expone la situación vigente del basural a cielo abierto, profundizando, en consecuencia, el menoscabo al ambiente.

Tal como refieren los accionantes y se desprende del relato inicial y de la documental obrante en autos, la propia accionada se comprometió a realizar las medidas que son objeto de la cautelar en cuestión, y que no se estarían cumpliendo (compromiso que habría sido ratificado por el Sr. Intendente ante la prensa, según da cuenta el diario Río Negro del día 2 de febrero del corriente).

No se encuentra aquí en discusión que la Administración accionada pueda tomar otras medidas con respecto a la situación de autos (cuestión a la que hace referencia el sentenciante y que resaltan los recurrentes). Por el contrario, el sentenciante debió evaluar si las medidas pedidas reunían los requisitos para otorgarlas cautelarmente, en el marco, claramente, del particular caso de autos reglado por la LGA y amparado por normas constitucionales y tratados internacionales de igual jerarquía. Tales parámetros no han sido analizados ni fundados por el magistrado de la anterior instancia, para denegar la cautelar innovativa.

Por otra parte, como más adelante desarrollaremos, en orden a la verosimilitud del derecho exigido para la favorable aceptación de la tutela precautoria, la fundabilidad de la pretensión no depende de un conocimiento profundo de la materia debatida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho en disputa; y en cuanto al peligro en la demora, la evaluación de tal aspecto debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental.

B) Dicho ello, hemos de referirnos a las pautas esenciales que deben guiar la labor judicial en materias como la sometida a la decisión del Cuerpo.

En este sentido, la jurisprudencia tiene dicho que "El derecho ambiental es de naturaleza esencialmente preventiva, de soluciones "ex ante" y no "ex post". La adecuación de los procedimientos anticipatorios, de las medidas autosatisfactivas, cautelares materiales, innominadas o atípicas genéricas, encuentran en la cuestión ecológica, campo fértil de aplicación, por su utilidad, plasticidad, carácter provisorio, de pronta y urgente justicia de acompañamiento (cfr. Ventura, Cristina del Carmen y otro vs. Círculo de la Policía Federal Argentina s. Amparo /// Juzgado en lo Civil y Comercial Federal Nº 7; 29-dic-2016; Rubinzal Online; RC J 7400/16).

En esta materia más que en ninguna otra, la participación activa del juez resulta indispensable, tal como señalan los recurrentes. El juez no puede ser neutro, debe ser partícipe de la necesidad de preservar el medio ambiente (cfr. MORELLO, Augusto M. y CAFFERATTA, Néstor, Visión procesal de cuestiones ambientales, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, ps. 161 y ss). Por su parte, Eduardo Pigretti ha enfatizado que en estos procesos el juez es parte porque le interesa que el agua que bebe siga siendo fresca, cristalina, pura y que el aire que respira mantenga esa condición. El juez es interesado y por ello se exige un juez activo-protagonista ("Derecho Ambiental profundizado", La Ley, Buenos Aires, 2002, ps. 10-45).

Desde el vértice apuntado, se ha sostenido que "El juez interviniente podrá (mejor dicho "deberá") disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general (art. 32, ley 25.675). En materia ambiental es rol irrenunciable del juez una participación activa suya con miras a la protección del ambiente, ámbito donde debe buscarse más prevenir que curar" (Cfr. "EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL", Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008 - 3. Daño ambiental., Autor: Arazi, Roland, Cita: RC D 1158/2012).

Partiendo de las mencionadas atribuciones-deberes impuestos a la magistratura por el orden jurídico se ha resuelto que: "la operatividad de las medidas cautelares se encuentra determinada por la necesidad de proteger un derecho que todavía no es cierto para evitar la consumación de perjuicios irreparables, por lo que no corresponde sopesar aspectos que serán materia de juzgamiento en la sentencia de mérito. No obstante lo señalado, el logro del objetivo precautorio está indisolublemente unido a las facultades de que se encuentra investido el juez en esta materia, director inmediato, comprometido socialmente y proactivo.

El juez no debe ser un mero espectador de un derecho reconocido en el texto constitucional, sino que debe llevar adelante precisas y positivas decisiones en defensa del medio ambiente. El juez ambiental está comprometido con las consecuencias que se sigan de la interpretación facilitadora de la realización y no de la frustración por razones formalistas, de derechos que cuentan con especial tutela constitucional. Ello encuentra sustento en el art. 32, Ley 25675 (Ley General de Ambiente)" (cfr. Asociación Civil Organización Ambiental Pilmayqueñ vs. Covelia S.A. - Autoridad de Cuenca Matanza - Riachuelo (ACUMAR) y otro s. Saneamiento y recomposición del medio ambiente - Medida cautelar /// Juzgado Federal, Quilmes; 06-jul-2011; Rubinzal Online; RC J 9366/11).

Entonces, reviste singular relevancia en este proceso, el dictado de medidas cautelares y de urgencia que el juez debe decretar aun sin petición de parte (2° apartado del artículo 32 citado). Ello así, pues no se trata de un proceso de corte dispositivo, porque el "ambiente" es indisponible, se trata de un bien colectivo, el cual por su naturaleza es de uso común, indivisible y está tutelado de manera no disponible por las partes, según palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Al decir de Morello y Stiglitz, el carácter marcadamente preventivo, operante para restablecer situaciones de hecho o impedir desde el comienzo el avance de la destrucción o de la polución, saca las medidas cautelares de su quicio tradicional para hacerlas en una función cuya justificación es connatural a situaciones regidas no sólo por el Derecho Privado, sino por el Derecho Público. Masivas, continuadas, que se proyectan al futuro (cfr. "EL DERECHO PROCESAL AMBIENTAL", Revista: Revista de Derecho de Daños, Tomo: 2008 - 3. Daño ambiental., Autor: Arazi, Roland, Cita: RC D 1158/2012 con cita de MORELLO, Augusto M. y STIGLITZ, Gabriel A., Tutela procesal de derechos personalísimos e intereses colectivos, Platense, La Plata, 1986, p. 167.).

Asimismo, corresponde recordar que La ley de política nacional ambiental Nro. 25.675 presenta todo un abanico de soluciones. Una de las vías es el amparo, además podrán pedirse las medidas cautelares tradicionales (art. 30 in fine), pero también admite que se soliciten medidas en cualquier estado del proceso sean o no precautorias y podrán tomarse sin audiencia de la otra parte (art. 32, segunda parte).

Partiendo de la perspectiva impuesta por el ordenamiento jurídico, se advierte que el rigor formal con el que el a quo ha resuelto la desestimación de la tutela preventiva no condice con el activismo con que deben actuar los jueces al atender cuestiones que, como las ambientales, obligan a una tutela jurisdiccional diferenciada. Es que, la escueta motivación brindada por el juez de grado al desestimar la pretensión cautelar violenta los principios que informan a la Ley General del Ambiente, los cuales exigen el deber de prevenir los efectos negativos que sobre el ambiente se pueden producir (principio de prevención), y sin que la ausencia de mayor información pueda servir como razón para postergar la adopción de medidas eficaces que tiendan a impedir la degradación del medio ambiente, existiendo peligro de daño grave o irreversible (principio precautorio) (cfr. autos "Di Tella, Enzo Mario (Defensor Oficial) vs. Municipalidad de San Luis del Palmar s. Medida autosatisfactiva", Fecha: 22/10/2012, Tribunal: Superior Tribunal de Justicia – Corrientes, Fuente: Rubinzal Online, Número de causa: EXP - 60394/2011, Cita: RC J 9578/12).

Contrariamente a lo sostenido por el a quo, en el caso no se advierte ningún supuesto de sustitución de criterios de oportunidad, mérito o conveniencia de las autoridades de otros poderes del Estado.

El requerimiento de tutela cautelar apunta a la protección de derechos de incidencia colectiva prima facie vulnerados por un proceder omisivo de la demandada que genera consecuencias nocivas para los habitantes de un municipio (cfr. en el mismo sentido autos "Di Tella, Enzo Mario (Defensor Oficial) vs. Municipalidad de San Luis del Palmar s. Medida autosatisfactiva", Fecha: 22/10/2012, Tribunal: Superior Tribunal de Justicia – Corrientes, Fuente: Rubinzal Online, Número de causa: EXP - 60394/2011, Cita: RC J 9578/12).

Es pertinente recordar que, conforme lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "a diferencia de la evaluación de políticas, cuestión claramente no judiciable, corresponde sin duda alguna al Poder Judicial garantizar la eficacia de los derechos, y evitar que éstos sean vulnerados, como objetivo fundamental y rector a la hora de administrar justicia y decidir las controversias" (Fallos: 328: 1146).

En conclusión, en causas como la que nos ocupa, es imprescindible analizar la cuestión a la luz de la Constitución Nacional y local. Y siendo ello así, no cabe duda que la adopción de medidas precautorias como la que aquí se pretende, satisface el propósito de evitar que acontezca un daño de tal magnitud que resulte difícil recomponer y que no sólo afecte a los actores sino también a las generaciones futuras, protegidas por la Carta Fundamental (art. 41), la Constitución provincial (art. 54) y la Ley Nacional del Medio Ambiente Nro. 25.675.

Partiendo de estas premisas, cabe adunar que en orden a la verosimilitud del derecho exigido para el favorable andamiento de la tutela precautoria, la fundabilidad de la pretensión que constituye el objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el proceso principal, sino de un análisis de una probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido. En el presente amparo ambiental incoado, de la documental anejada a estos actuados, se desprende prima facie –tal

como señalamos en los considerandos precedentes-, la existencia de los presupuestos que tornan procedente la vía intentada y la vigencia del principio precautorio, tal como lo ha sostenido esta Sala en anterior integración, al emitir la Resolución revocatoria del rechazo in limine de este amparo dispuesto por el a quo.

C) A mayor abundamiento, en orden a la verosimilitud del derecho, cabe sostener que tratándose de medidas cautelares referidas a la materia ambiental y urbanística, la comprobación de este requisito pasa a un segundo plano. En efecto, es viable concluir que frente a actividades en relación a las cuáles existe un halo de duda sobre si producen o no consecuencias nocivas sobre el medio ambiente, la ley impone, no obstante, su protección (art. 4, Ley 25.675).

Tan singular tutela se explica por las consecuencias disvaliosas y difícilmente reversibles que acarrean los daños ambientales o urbanísticos. Lo expuesto, sin embargo, no equivale a afirmar que no tiene que promediar ningún grado de verosimilitud, sino que lo relevante es que la inexistencia de certeza científica o técnica sobre los efectos ambientales, imponen actuar de modo precautorio.

D) Tratándose del posible gravamen o afectación al entorno urbano de un vecindario y de salud de sus pobladores, la ponderación del peligro en la demora debe efectuarse a la luz de los principios preventivo y precautorio, propios de la materia ambiental, emergentes en la cláusula del art. 41 de la Carta Magna Nacional y 58 de la Constitución de la Provincia y consagrados expresamente en el art. 4 Ley 25.675.

Conforme a lo que tiene resuelto nuestro máximo Tribunal Nacional: “Es a la luz de los principios de prevención del daño ambiental y de precaución ante la creación de un riesgo con efectos desconocidos y por tanto imprevisibles (que apuntan a constituir a las medidas cautelares en medios idóneos para hacer efectivos los propósitos y fines perseguidos por el art. 41, Constitución Nacional), que deben entenderse las facultades que el art. 32, Ley General del Ambiente otorga a la autoridad judicial interviniente con el objeto de disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. En igual sentido debe interpretarse el último párrafo de ese artículo en cuanto dispone que en cualquier estado del proceso, aun con carácter de medida precautoria, podrán solicitarse medidas de urgencia, que el juez también podrá disponer sin petición de parte, aun sin audiencia de la parte contraria, prestándose debida caución por los daños y perjuicios que pudieran producirse” (cfr. Cruz, Felipa y otros vs. Minera Alumbrera Limited y otro s. Sumarísimo /// Corte Suprema de Justicia de la Nación; 23-feb-2016; Rubinzal Online; RC J 706/16).

A la luz de tales principios jurisprudenciales, en este estadio del proceso, con carácter provisorio y frente a las constancias obrantes en autos, se vislumbra como posible, la eventual existencia de un riesgo en el entorno urbano ambiental de consecuencias graves e irreversibles. La posibilidad de que se produzca el daño y la trascendencia que reviste el bien jurídico comprometido, requieren perentoria tutela cautelar.

El peligro en la demora, exige una mirada atenta de la realidad comprometida, para determinar, de la forma más exacta posible, las eventuales consecuencias y secuelas que, sobre la cosa litigiosa, puede llegar a generar la no admisión del remedio cautelar. En los presentes, es de público y notorio que hace apenas unos días se han producido incendios en el sector de los que da cuenta el propio gobierno municipal en su página institucional bajo el título: “NUEVAMENTE UN INCENDIO INTENCIONAL EN EL BASURERO” (cfr. www.junindelos andes.gov.ar). De haberse acogido por el a quo la tutela cautelar requerida, posiblemente se hubiese aventado la posibilidad de acaecimiento del siniestro, en tanto a esta altura, el perímetro del lugar estaría cercado, existiría un servicio de vigilancia suficiente para la custodia del predio y los residuos habrían sido tratados de manera adecuada.

Por ello y a efectos de evitar mayores daños ambientales y ante la evidencia del peligro en la demora es que propiciamos que previa caución juratoria que deberán brindar los amparistas en el juzgado de origen a través de sus representantes legales, sea otorgada la medida cautelar en los términos peticionados al inicio de la demanda.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad a la doctrina y jurisprudencia citada y a la legislación aplicable, esta Sala 1 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.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la resolución impugnada.

II.- Hacer lugar a la medida cautelar innovativa peticionada en el escrito inicial, previa caución juratoria, conforme a lo considerado, ordenando a la Municipalidad de Junín de los Andes para que en el término de diez (10) días de brindada la caución juratoria en el Juzgado de origen, proceda al cierre perimetral del basurero a cielo abierto de la ciudad, al entierro de la totalidad de la basura expuesta en cavas impermeabilizadas y a la implementación de un sistema de vigilancia adecuado que permita solo el acceso de aquellas personas autorizadas a depositar residuos, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a una orden judicial por parte de los funcionarios responsables del cumplimiento de esta medida.

II.- Protocolícese digitalmente, notifíquese, ofíciese a la demandada con copia íntegra de la presente resolución y, vuelvan con carácter de urgente al Juzgado de Origen, atento a la materia ambiental sobre la que versan estas actuaciones y las prerrogativas otorgadas por la Ley General del Ambiente a la Magistratura Judicial (art. 32 Ley 25.675).

Dra. María Julia Barrese - Dr. Pablo G. Furlotti

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

"IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO" - 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.: 434/1998) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO PROCESAL: Etapas del proceso.

PRUEBA PERICIAL. PERITO. AUXILIAR DE LA JUSTICIA. REMOCION.

El perito en posesión de su cargo por haberlo aceptado formalmente es un auxiliar de la justicia y por tanto en tal caso, su accionar se rige por lo previsto en la normativa de forma que prevé específicamente los pasos a seguir para su apartamiento.

Texto completo:

San Martín de los Andes 01 de Febrero de 2017.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "IBAÑEZ OSCAR C/ NARCISA CATALAN Y OTROS S/ DIVISIÓN DE CONDOMINIO" (JZA1S2 EXM. n° 434/1998) venidos del Juzgado Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Juicios Ejecutivos N° 1 de la III Circunscripción Judicial, que tramitan ante la Oficina de Atención al Público y Gestión de la ciudad de Zapala, dependiente de esta Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia con competencia en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, a la Sala I integrada por los Dres. Pablo G. Furlotti y Alejandra Barroso para resolver el recurso de apelación deducido, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que llegan a conocimiento de esta Sala las presentes actuaciones por recurso de apelación interpuesto en forma subsidiaria por la parte demandada a fs. 232/233 contra el auto dictado con fecha 31/08/2016.

Argumenta el recurrente que lo que se ha pretendido en autos es la sustitución y no remoción del agrimensor, lo que constituye lisa y llanamente una denuncia del contrato lo que está dentro de las facultades de cualquier contratante.

Señala, que la cédula cuyo cumplimiento previo se requiere, obedece a un pedido de remoción efectuado por parte de una heredera del causante Jacinto Ascheri, entendiendo que no puede cargarse tal tarea a los herederos de la Sra. Asunción Ascheri Vda. De Catalán.

Indica que a su parte le interesa la sustitución del agrimensor y no constreñirlo al cumplimiento de la tarea originariamente encomendada.

Agrega que lo peticionado se funda asimismo en razones de tipo patrimonial, surgidas a partir de la considerable diferencia presupuestaria entre los honorarios del perito agrimensor Villanueva, tareas que excluyen el amojonamiento, y los honorarios del agrimensor Demarchi, que sí incluyen el mismo.

Que a su entender no existe razón jurídica, legal ni fáctica que permita exigir a determinados herederos el pago de una suma contraria a sus intereses.

Insiste que lo que corresponde es trasladar la propuesta a la contraria y que de ninguna manera se obstaculice en su perjuicio su petición, que en todo caso quedará al agrimensor el derecho a reclamar lo que corresponda por el cumplimiento efectivo de sus tareas.

Aduna que como surge de las actas acompañadas, la cuestión fue debatida con el agrimensor Villanueva y de las posiciones

adoptadas por las partes ha surgido la petición formulada, lo que evidencia la inoficiosidad y el dispendio jurisdiccional de retrotraer la situación al momento en que se dispuso el libramiento de la cédula.

II.- Que a fs. 236/238 la sentenciente resuelve la revocatoria rechazándola concediendo en consecuencia en el punto II la apelación interpuesta en forma subsidiaria.

III.- Que a fin de resolver la cuestión debatida resulta necesario efectuar una breve reseña de lo sucedido en relación a la actividad desplegada en las actuaciones en torno a la designación del perito en cuya sustitución insiste el recurrente.

Así se advierte que el mismo fue designado en autos a propuesta de las partes en audiencia cuya acta obra a fs. 109 y vta.. Que a fs. 135 vta. el perito acepta el cargo formalmente, en fecha 20/08/2004. Que a fs. 144/146, el profesional presenta escrito requiriendo adelanto de gastos; a fs. 156 mediante providencia dictada con fecha 08/06/2009 se ordena intimar al perito a fin de que cumpla con la labor encomendada.

A fs. 199 con fecha 15/02/2016 comparece la Sra. Susana Ascheri solicitando se remueva al perito, quien habiendo aceptado el cargo no ha cumplido al día de la fecha con su tarea.

Que previo a la solicitud efectuada, la sentenciante dispone que se cumpla con la notificación ordenada a fs. 156 (08/06/2009), en la que se ordena intimar al perito al cumplimiento bajo apercibimiento de remoción y pérdida del derecho a cobrar honorarios, decisión que es reiterada a fs. 200 y que al día de la fecha no se ha concretado.

A fs. 229/230 con fecha 30/08/2016 comparecen los demandados solicitando se sustituya al perito, siendo que tal petición la judicante la supedita al cumplimiento de la notificación ordenada a fs. 156, reiterada a fs. 200, ambas firmes y consentidas.

IV.- Así las cosas efectuado un análisis cronológico de los hechos suscitados en torno al perito, cabe adelantar que los argumentos esgrimidos por el recurrente no resultan suficientes a fin de enervar lo resuelto por la a quo.

A tal fin cabe señalar en primer lugar que el perito en posesión de su cargo por haberlo aceptado formalmente es un auxiliar de la justicia y por tanto en tal caso, su accionar se rige por lo previsto en la normativa de forma que prevé específicamente los pasos a seguir para su apartamiento.

Que en el sub examine la sentenciante ordenó la intimación bajo apercibimiento de remoción y de pérdida del derecho a cobrar honorarios, y no se ha cumplido con tal manda procesal, pese a estar firme y consentida.

En tal sentido sostiene la doctrina y jurisprudencia: “Procede la remoción, si el perito no presenta oportunamente su dictamen. Para ello es previo intimarlo para que presente la pericia. Se le intimará por cédula, bajo apercibimiento de remoción si no la presenta en el plazo que se fije." (CNCom. Sala A, 27-4-70, ED, 37, pág. 110), todo en Santiago C. Fassi, C.P.C.C. de la Nación Comentado, Anotado y Concordado, T° II, pág. 349, 2° ed. actualizada y ampliada)” (CAZ REGISTRO N. 169, F. 144, AÑO 1997; REGISTRO Nº 153, F. 51, AÑO 2003).-

De esta forma, no habiendo el impugnante cuestionado en su oportunidad la intimación ordenada por la judicante, mal puede a esta altura esbozar un gravamen y pretender se pase por alto la intimación al perito, en tanto insistimos que habiendo éste aceptado el cargo ante la actuaria conforme derecho adquiere el carácter de un verdadero auxiliar de la justicia y su accionar se encuentra regido por el C.P.C.C..

Por todo lo expuesto entendemos que corresponde confirmar la providencia dictada con fecha 31/08/2016 con costas al recurrente vencido.

Por ello esta Cámara de Apelaciones Provincial, Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, Sala I,

RESUELVE:

I.- Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, confirmando en consecuencia la providencia dictada con fecha 31/08/2016, debiendo continuar los autos según su estado.

II.- Con costas del presente recurso a la apelante vencida conforme lo expuesto en los considerandos.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti

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

"R. C. G. C/ O. F. D. C. S/ DIVORCIO" - 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.: 43846/2015) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO FAMILIA: Sociedad conyugal.

DISOLUCION DE LA SOCIEDAD CONYUGAL. VIVIENDA FAMILIAR. ATRIBUCION DE LA VIVIENDA. ACUERDO DE PARTES. ACUERDO NO HOMOLOGADO. CANON LOCATIVO.

Corresponde dar razón al apelante en relación a la validez y eficacia de lo acordado por las partes en la audiencia celebrada, más allá de la homologación judicial posterior; debiendo intimarse a la demandada al pago de las sumas adeudadas, en concepto de cánones locativos de los meses adeudados, bajo apercibimiento de ejecución, por cuanto, La utilización en exclusividad de un bien de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada por parte de uno de los ex cónyuges confiere al otro derecho a percibir una renta que corresponda a su porción en la titularidad y que constituya una retribución por igual uso del que se ve privado. Ello así, ya que el derecho de uso y goce de la cosa común pertenece por igual a todos los comuneros art 2684 del C.C.

Texto completo:

San Martín de los Andes, 1 de febrero de 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: “R. C. G. C/ O. F. D. C. S/ DIVORCIO” (Expte. JJUFA - 43.846/2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia de Familia de la ciudad de Junín de los Andes; venidos a conocimiento de la Sala I de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripción Judicial, a efectos de resolver, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación subsidiario contra la providencia simple del 17 de octubre del 2016 (fs. 68), fundando el mismo conforme resulta del escrito obrante a fs. 69/70.

Argumenta que la jueza de grado incurre en tratamiento desigual atento a que en otra causa similar resolvió intimar al pago de los cánones locativos anteriores a la homologación judicial del convenio de divorcio celebrado en audiencia, mientras que en el presente los declara como una obligación natural, existiendo disparidad de criterios para casos similares.

Arguye que la homologación de un acuerdo de partes lleva la intención de convalidarlo para que, en su caso, sea ejecutable, siendo incomprensible que se le otorgue a un convenio realizado ante el magistrado menor valor que a un contrato, reduciéndolo a una obligación natural.

Afirma que el divorcio fue decretado desde el 20 de octubre del 2015, pudiéndose reclamar inclusive el canon desde esa fecha, siendo totalmente inadmisible que se obligue a tramitar otro juicio por algo acordado debidamente en sede judicial.

Solicita se revoque el fallo recurrido, intimando a la demandada a abonar el canon locativo correspondiente desde la fecha de la audiencia realizada.

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 la intimación de pago del canon locativo convenido entre las partes por los meses diciembre 2015 y febrero a agosto 2016 con fundamento en que el acuerdo formulado resulta ejecutable desde el día en que la sentencia homologatoria adquiere cosa juzgada, resultando en tanto los periodos anteriores a la homologación del acuerdo, una obligación natural no susceptible de ejecución.

Refiere que el convenio fue suscripto el 2 de diciembre del 2015 y la sentencia homologatoria lleva fecha del 31 de agosto del 2016, teniendo conocimiento las partes que para la debida homologación se requería toda la documentación individualizada, por lo que la demora transcurrida entre la firma y la homologación no puede ser imputada más que a los peticionantes.

En consecuencia, intima a la demandada al pago de las sumas “presuntamente” (sic.) adeudadas en concepto de canon locativo

por el uso de la vivienda familiar por los meses de septiembre y octubre 2016 por la suma de $4.000 bajo apercibimiento de ejecución.

a) De las constancias de autos surge que el 2 de diciembre del 2015 en audiencia ante la jueza acuerdan ambas partes que la demandada habitará el hogar conyugal y abonará al actor el canon locativo de $2.000 mensuales, debiendo descontarse la tasa municipal, por el plazo de tres años, cuando deberán venderse las mejoras y dividirse en partes iguales, solicitando el juzgado diversa documentación referida al estado del inmueble (fs. 23); lo que cuenta con conformidad fiscal (fs. 25); se decreta el divorcio vincular, declarando la disolución de la sociedad conyugal desde el 20 de octubre del 2015, según lo previsto en el art. 480 del CCyC (fs. 29/30); se efectúa tasación a los fines del abono de la tasa judicial (fs. 58/61); finalmente, se dicta la homologación del acuerdo regulador con fecha 31 de agosto del 2016 (fs. 63).

b) El artículo 444 del Código Civil y Comercial dispone expresamente: “Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado.

La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral…”.

Asimismo, el artículo 480, dice: “Momento de la extinción. La anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges…”.

Y, el artículo 484, establece: “Uso de los bienes indivisos. Cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro. Si no hay acuerdo, el ejercicio de este derecho es regulado por el juez. El uso y goce excluyente sobre toda la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente.” (cfme. Arts. 17 de la Const. Nac.; 24 de la Const. Prov.; 438 y ss. del Cód. Civ. y Com.; y 162 del Cód. Proc.).

El nuevo código otorga un lugar especial y privilegiado a la autonomía de la voluntad, en particular, en el régimen de divorcio. En consonancia con ello, el instrumento de mayor relevancia es el denominado “convenio regulador” que deben elaborar los cónyuges como su “propia ley” para normar todos o algunos de los efectos que se derivan tras la ruptura de la unión matrimonial.

El mismo es exigido como recaudo de la petición de divorcio de conformidad al art. 438 del CCyC. En particular, el art. 443 prevé la atribución del uso de la vivienda familiar, consignando el siguiente artículo que a petición de parte interesada, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda (Lorenzetti, CCyC Com., t. II, p. 745 y ss.).

Esta renta o canon constituye una retribución por igual uso del que se ve privado el otro cónyuge, el único requisito es realizar el reclamo judicial al otro copartícipe, ya que mientras no se exteriorice de ese modo, se considera que la tolerancia en la ocupación exclusiva comporta una tácita admisión del carácter gratuito. Dicha compensación se debe desde la fecha de su formal reclamo, o bien desde el día en que le fue notificada la demanda o incidente de fijación del canon locativo. Es que cuando se le impone a un cónyuge a que soporte la atribución de la vivienda familiar al otro –aunque fuere titular propio del bien-, se lo condena a pagar una compensación económica o alimentos a quien fue su consorte, podrá ejecutar esas prestaciones simplemente por su condición de sujeto realizador de actos (Rivera-Medina, CCyC Com., t. II, p. 92/93).

Antes no existía norma alguna sobre este aspecto, sin embargo era doctrina imperante la obligación de pagar canon locativo por el uso exclusivo de los bienes desde el momento de la intimación a ello, ahora es previsto expresamente por el art. 484 (op. Cit. pág. 219).

“Se considera que lo pactado entre los cónyuges en el convenio regulador, aunque no se presente ante el juzgado y por lo tanto no sea homologado judicialmente, tiene la fuerza de obligar a los firmantes al cumplimiento de lo pactado… se interpreta que sin perjuicio de la falta de homologación, el convenio tiene plena validez como negocio jurídico celebrado entre las partes, y tendrá eficacia como contrato de carácter consensual y bilateral, aceptado y reconocido por las partes, si concurren consentimiento, objeto y causa, y se realiza en virtud del principio de la autonomía de la voluntad.” (Kemelmajer de Carlucci- Herrera- LLoveras, Tratado de Derecho de Familia, t. 1, p. 411).

Por otro lado, cabe tener presente también que se interpreta jurisprudencialmente que el proceso homologatorio es esencialmente un sometimiento jurisdiccional voluntario que tiene por objeto otorgar al acuerdo conciliatorio, transaccional o extrajudicial de las partes el efecto propio de una sentencia y que hace adquirir a dicho acuerdo el carácter de verdadero título ejecutivo. El mismo sólo es necesario para lograr el cumplimiento compulsivo de lo acordado, pero ello no implica que su falta torne en letra muerta lo acordado por las partes (Arazi- Rojas, CPCC Com., t. 1, p. 641).

c) Atento las premisas fácticas y jurídicas enunciadas, corresponde dar razón al apelante en relación a la validez y eficacia de lo acordado por las partes en audiencia, más allá de la homologación judicial posterior, correspondiendo intimar a la demandada de acuerdo a lo solicitado a fs. 67 y constancias de fs. 72/81, al pago de la suma de $10.000, en concepto de cánones locativos de los meses diciembre 2015 y febrero, marzo, junio y agosto 2016, bajo apercibimiento de ejecución.

Ello, en virtud de que de conformidad a la normativa transcripta el derecho al cobro de la renta locativa se devenga a partir del reclamo del beneficiario, teniendo en cuenta la atribución del hogar conyugal a la exconsorte. Habiendo ambas partes asumido la obligación al pago de un monto determinado por tal concepto en audiencia por ante la jueza de la causa, correspondo su cumplimiento desde la fecha de tal acto, más allá de que con la homologación judicial se le otorgue ejecutabilidad.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “Si el inmueble es ganancial y está probado que uno de los cónyuges lo ocupa exclusivamente desde la separación de hecho de las partes, es derecho del otro copartícipe en la indivisión post-comunitaria -como el condómino o el coheredero indiviso- el obtener una renta o canon que corresponda a su porción en la cotitularidad y que constituya una retribución por igual uso del que se ve privado. El ejercicio de esta facultad no es concesión graciosa del órgano jurisdiccional; el único requisito es el requerimiento al otro co-partícipe ya que mientras no se exteriorice de ese modo, se considera que la tolerancia en la ocupación exclusiva comporta una tácita admisión del carácter gratuito.” (Auto: P. DE S., S. c/ S., C. s/ LIQUIDACION SOCIEDAD CONYUGAL - Sala: Civil - Sala L - Mag.: ARDULLI - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. 045440 - Fecha: 05/05/1993 – LDT).

“1- La utilización en exclusividad de un bien de la sociedad conyugal disuelta y no liquidada por parte de uno de los ex cónyuges confiere al otro derecho a percibir una renta que corresponda a su porción en la titularidad y que constituya una retribución por igual uso del que se ve privado. Ello así, ya que el derecho de uso y goce de la cosa común pertenece por igual a todos los comuneros -art. 2684 del Código Civil-, y ordinariamente no todos pueden instalarse en la vivienda para usarla, razón por la cual la privación que unos sufren en beneficio de otros, debe serles compensada en dinero. Se trata pues, de reglar una suerte de división de goce y uso -art. 3464-, compensando lo que unos reciben de más en especie con dinero que se da a los otros, según es norma en las particiones definitivas. 2- Mientras el copartícipe que no habita el inmueble común no requiera al otro el pago de un canon, se considera que la tolerancia en la ocupación exclusiva comporta una tácita admisión del carácter gratuito. Antes de la intimación no existe obligación alguna exigible, pues cada condómino goza, respecto de su parte indivisa, de los derechos inherentes a la propiedad, y puede ejercerlos sin el consentimiento del otro copropietario. (Sumario N°24721 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil).”(CORTELLEZI, DIAZ SOLIMINE, ALVAREZ JULIA. - C090904 - H., B. c/ P., N.D. s/ FIJACIÓN Y/O COBRO DE VALOR LOCATIVO. - Fecha: 18/06/2015 - CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CIVIL. - Sala C. – LDT).

Asimismo: “Los acuerdos celebrados por los esposos en el contexto del divorcio por presentación conjunta, aunque no hubieren recibido expresa homologación judicial, son plenamente eficaces y vinculantes y los obliga a dar cumplimiento a las estipulaciones en ellos contenidas, aun cuando para otorgarles ejecutoriedad resulte menester integrarlos o perfeccionarlos con la correspondiente sentencia homologatoria”. (CNCiv, sala G, 6.11.202, sum. 15.077, de la Base de Datos de la Ser. de Juris., Bol. N°28/2002).

Se hace evidente entonces que la magistrada en la providencia cuestionada confunde los conceptos de exigibilidad y nacimiento de la obligación.

d) Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora, revocando el fallo recurrido y ordenando la intimación en los términos referidos supra, sin costas ante la falta de oposición de la contraria y teniendo en cuenta la forma en que se ha suscitado la incidencia (art. 68 del CPCC).

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.- Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar la providencia cuestionada correspondiendo intimar a la demandada, al pago de la suma de Pesos Diez Mil ($10.000), en concepto de cánones locativos adeudados de los meses diciembre 2015 y febrero, marzo, junio y agosto 2016, bajo apercibimiento de ejecución.

II.- Sin costas conforme lo considerado.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de Origen.

Dra. Alejandra Barroso - Dr. Pablo G. Furlotti

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

"DRES. DANTE HUARTE, CARLOS FAZZOLARI Y GRECIA ARRATIA ORTIZ E/A BARRERA LARENAS JAIME C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA S/ QUEJA" - 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.: 7019/2016) – Interlocutoria: S/N – Fecha: 20/02/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos especiales.

PROCESO SUMARISIMO. RECURSO DE APELACION. INTERPOSICION DEL RECURSO. PLAZO. EXCEPCION AL PRINCIPIO GENERAL.

En cuanto al plazo para recurrir la sentencia de grado, y siendo que de conformidad a las constancias obrantes en el legajo, el trámite dado a las actuaciones principales es sumarísimo, … el plazo que debe tomarse es el previsto por el artículo 498, toda vez que reviste el carácter de "norma especial" y, por ende, predomina por sobre el 246, de carácter genérico para las apelaciones en relación. Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha sostenido: "Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades que reúne este tipo de trámite y la finalidad que ha tenido en mira el legislador al regularlo de tal modo –contemplando situaciones que ameritan una solución rápida- considero que el plazo contenido en el inciso 2° del art. 498 del C.P.C y C. configura un claro supuesto de excepción al principio general para apelar, establecido por el art. 244 del mismo cuerpo legal. De modo tal que, corresponde que en el trámite de apelación de los procesos sumarísimos, se aplique el plazo especial de dos días contenido en el inciso 2° del art. 498 del C.P.C y C."

"En idéntico sentido, es dable sostener que a los efectos de la fundamentación del recurso y sus sustanciación con la parte contraria, también resulta aplicable el plazo de dos días". (Acuerdo N. 33, fecha 29/12/2016, "SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA").

Texto completo:

Zapala, veinte -20- de Febrero de 2017.

VISTAS:

Las presentes actuaciones caratuladas: "DRES. DANTE HUARTE, CARLOS FAZZOLARI Y GRECIA ARRATIA ORTIZ E/A BARRERA LARENAS JAIME C/ CAJA DE SEGUROS S.A. S/ COBRO DE SEGURO DE VIDA S/ QUEJA", Expte. N° 7019/2016, del Registro de la Cámara Provincial de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y Familia con competencia territorial en las II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales, Sala II, a efectos de resolver la queja deducida, y;

CONSIDERANDO:

I.- Que vienen a conocimiento de esta Cámara las presentes actuaciones por recurso de queja presentado por la parte demandada por medio de sus letrados, contra el proveído obrante en copia a fs. 16 de los presentes actuados, en tanto en el mismo se dispone la extemporaneidad del recurso interpuesto por esa parte.

Destaca aspectos formales de la queja deducida, y relata antecedentes de la causa, expresando que en virtud del fallo desfavorable a esa parte es que interpuso recurso de apelación, disponiendo la providencia en crisis no hacer lugar por

extemporáneo a dicho recurso.

Se agravia de tal decisión adoptada, al entender que se opone al espíritu de la ley procesal y a las resoluciones dictadas en el expediente.

Afirma que la interpretación de la a quo no se condice con lo establecido en el art. 498 del CPCyC, cuya exégesis en relación al plazo de dos días es que se refiere a todas las actuaciones cursadas durante la instancia de grado.

Advierte que el recurso interpuesto lo es en el marco correspondiente a la instancia recursiva, e interpreta que debió considerarse conforme surge de la providencia transcripta el art. 54 de la Ley 921, o en todo caso solicita que se aplique el art. 244 del CPCyC, en el cual el plazo para apelar es de cinco días.

Cita normativa y jurisprudencia que entiende aplicable.

II.- Que ingresando en el análisis de la cuestión planteada, corresponde en primer término realizar el test de admisibilidad formal previo, de conformidad a las exigencias que el Ritual impone al quejoso (cfr. arts. 282 y 283 del C.P.C. y C.).

Compulsadas entonces las actuaciones, y reunidos los requisitos que le otorgan autosuficiencia al remedio procesal ensayado, corresponde avocarse a su estudio.

III.- Que la cuestión a resolver se circunscribe a determinar el plazo para recurrir la sentencia de grado, debiendo destacarse que de conformidad a las constancias obrantes en el presente legajo (fs. 16), el trámite dado a las actuaciones principales es sumarísimo, y sobre el punto esta Cámara ya se ha expedido en autos “BUSAMIA ROBERTO GERMÁN S/ QUEJA”, (Expte. 8003/2014): “Luego de un detenido estudio de la normativa pertinente, y siguiendo una línea de interpretación que tienda a la armonización de ambos artículos, entendemos que el plazo que debe tomarse es el previsto por el artículo 498, motivo por el cual adelantamos la confirmación del criterio del a-quo”.

“Es que, de manera inversa al criterio que esgrime el apelante (coincidente con el de la Cámara de Apelaciones de la Primera Circunscripción Judicial), consideramos que el artículo 498 reviste el carácter de “norma especial” y, por ende, predomina por sobre el 246, de carácter genérico para las apelaciones en relación”.

Recientemente el Tribunal Superior de Justicia de Neuquén ha sostenido: “Ahora bien, teniendo en cuenta las particularidades que reúne este tipo de trámite y la finalidad que ha tenido en mira el legislador al regularlo de tal modo –contemplando situaciones que ameritan una solución rápida- considero que el plazo contenido en el inciso 2° del art. 498 del C.P.C y C. configura un claro supuesto de excepción al principio general para apelar, establecido por el art. 244 del mismo cuerpo legal. De modo tal que, corresponde que en el trámite de apelación de los procesos sumarísimos, se aplique el plazo especial de dos días contenido en el inciso 2° del art. 498 del C.P.C y C.”

“En idéntico sentido, es dable sostener que a los efectos de la fundamentación del recurso y sus sustanciación con la parte contraria, también resulta aplicable el plazo de dos días”. (Acuerdo N. 33, fecha 29/12/2016, “SMG LIFE SEGUROS DE VIDA S.A. S/ QUEJA”).

Por lo expuesto y compartiendo el criterio sentado por la jurisprudencia citada, entendemos que corresponde rechazar la queja por apelación denegada deducida a fs. 18/20 de autos, sin costas atento que el presente trámite se resuelve sin sustanciación previa.

Por ello, constancias de autos, de conformidad a la legislación aplicable, esta Sala II de la Cámara Provincial de Apelaciones Civil, Comercial, Laboral, de Minería y Familia, con competencia territorial en la II, III, IV y V Circunscripciones Judiciales,

RESUELVE:

I.- Rechazar la queja por apelación denegada deducida a fs. 18/20 de los presentes autos contra la providencia cuya copia obra a fs. 16, sin costas conforme a lo considerado.

II.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, archívese.

Dra. Gabriela Calaccio - Dr. Dardo Troncoso

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

“FERRARA SILVIA LEONOR C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO” - 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.: 39652/2014) – Acuerdo: S/N – Fecha: 20/02/2017

DERECHO PROCESAL: Organización de la justicia.

FACULTADES DEL JUEZ. SANCIONES DISCIPLINARIAS. CONDUTA TEMERARIA O MALICIOSA. MULTA.

Constituye una conducta temeraria y maliciosa de la aseguradora demandada en los términos de los arts. 29 y 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que determina la imposición de una multa, si ha dilatado el procedimiento, evadiendo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, mostrando total desinterés por la situación de su cliente, con mala fe y abuso del derecho, máxime que admitida su obligación, persiste en el incumplimiento frente a la parte y a la misma jurisdicción y retarda el juicio con medidas probatorias innecesarias.

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, a los veinte (20) días del mes de febrero del año 2017, la Sala 2 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 Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención del Secretario de Cámara Subrogante, Dr. Alexis F. Muñoz Medina, dicta sentencia en estos autos caratulados: "FERRARA SILVIA LEONOR C/ SEGUROS BERNARDINO RIVADAVIA COOPERATIVA LIMITADA S/ CUMPLIMIENTO DE CONTRATO", (Expte. Nro.: 39652, Año: 2014), 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. Gabriela B. Calaccio, dijo:

I.- Que la parte actora interpone recurso de apelación contra la sentencia definitiva del 1 de julio del 2016 (fs. 367/388), expresando agravios a fs. 402/406.

Argumenta que el juez de grado incurre en arbitrariedad al desestimar la acción de daños y perjuicios cuando se ha comprobado el uso del automotor como taxi y el excesivo tiempo transcurrido en la reparación, no habiendo la aseguradora informado debidamente de la ausencia del repuesto necesario.

Asevera que existe contradicción al sopesar el silencio de la aseguradora a los fines de la acción principal y subestimarlo a los demás efectos, habiendo denegado la citación de la concesionaria e ignorado el transcurso de más de dos años de retención del vehículo.

También se queja de la multa establecida, por baja, ante la mala fe manifestada por la aseguradora en el cumplimiento del contrato y frente a la situación de la asegurada, lo que alimenta la especulación maliciosa de estas empresas.

Solicita se revoque el fallo recurrido, haciendo lugar a la demanda de daños y elevando la multa fijada con costas.

II.-Corrido el pertinente traslado la parte demandada contesta a fs. 415/417.

Manifiesta preliminarmente que no se cumplen los recaudos legales del art. 265 del CPCC y que en su caso el magistrado se ha basado en la falta de imputabilidad del daño, no habiendo la accionante comprendido los argumentos fundantes.

Igualmente, al requerir el aumento de la multa cuando ni siquiera la había solicitado.

Solicita se rechace la apelación con costas.

III.- La parte demandada interpone recurso de apelación, presentando su expresión de agravios a fs. 410/414.

Arguye que la imposición de las costas por su orden por la acción de daños se encuentra huérfana de fundamentos dado que expresamente el contrato de seguro y la ley específica establecen como no indemnizable el lucro cesante y la privación de uso, no siendo suficiente el creerse con derecho a reclamar.

Afirma que resulta contradictorio que el juzgador haga mérito de la prueba contable y luego la considere maniobra dilatoria, siendo la demora imputable a la concesionaria que informara falsamente a la aseguradora, la que se comprometiera en audiencia por tal motivo.

Subsidiariamente, pide la reducción de la multa determinada, la que equivale a una suma superior a la reclamada por los daños y perjuicios.

Solicita se revoque el fallo recurrido, condenando en costas a la actora por la pretensión rechazada y dejando sin efecto la multa fijada.

IV.- Corrido el correspondiente traslado la parte actora contesta a fs. 418/420.

Denuncia deserción del recurso incoado, por cuanto la demandada no se hace cargo de las razones del magistrado, la demora excesiva en la reparación y la falta de información a la clienta.

Asimismo, según el contrato suscripto ante la falta de repuestos, la aseguradora podía pagar en efectivo el daño producido, a lo que se negó ostensiblemente, siendo injustificado cargar a la asegurada con los gastos ocasionados.

La multa se encuentra sobradamente justificada en el proceder reticente de la aseguradora, que no contestó las misivas de la asegurada, jamás informó a la misma, decide reparar la unidad en vez de pagar la destrucción total, no retiró el vehículo de la concesionaria a pesar de las intimaciones de ésta, incumplió con el acuerdo conciliatorio formulado en audiencia ante el juez, y tampoco entregó el auto después de reparado.

Solicita se rechace la apelación con costas.

V.- Entrando al estudio de las cuestiones traídas a entendimiento resulta que la decisión en crisis admite la acción de cumplimiento de contrato, condenando a la aseguradora para que en el plazo de diez días cumpla acabadamente, retirando el automóvil de propiedad de la actora de las instalaciones del taller de Bariloche, llevándolo al de San Martin de los Andes y cancele todas las obligaciones pertinentes de modo que se pueda retirar el vehículo en adecuado estado de uso y conservación en los siguientes cinco días bajo apercibimiento de ejecución y astreintes, con costas.

Rechaza la acción por daños y perjuicios promovida, con costas por su orden. Declara maliciosa la conducta de la aseguradora demandada e impone una multa equivalente a 70 jus a favor de la actora.

Define la aplicación del Código Civil vigente al momento de la celebración del contrato y del cumplimiento del mismo, no habiéndose alegado la aplicación de normas de consumo.

Ello, con fundamento en que la demandada fue debidamente constituida en mora y la actora ha dado cumplimiento a la franquicia, informado el estado de reparación del vehículo, queda pendiente la tercer y última etapa. Da por acreditado fehacientemente que la demora en la reparación del vehículo no le era imputable a la aseguradora al momento de la promoción de la demanda de daños de acuerdo al informe brindado por Renault Argentina y a lo expresamente reclamado.

Considera comprobada la malicia procesal a través de una conducta obstruccionista y dilatoria, traspasando los límites de la normal defensa, en particular, ante el incumplimiento de lo acordado en audiencia por las partes, impulsando la realización de una pericia contable en extraña jurisdicción.

VI.- De las constancias de autos surge que la actora había intimado el cumplimiento del contrato de seguro con fecha 26.5.2014 (fs. 21/23); que al demandar requiere “Daños y perjuicios, ocasionados al día de la fecha..”, haciendo reserva de ampliación (fs. 34 y 41 27.8.2014); las cláusulas de la póliza CG-CO, 6.2 y 8.1 liberan al asegurador de la indemnización de lucro cesante y privación de uso aunque fueran consecuencia del acontecimiento cubierto (fs. 62); el 10.12.2014 y el 27.2.2015 la concesionaria intima a la aseguradora a retirar el automóvil reparado (fs. 185 y 186, según informe fs. 187/188 y 205/207); el informe de Renault Argentina da cuenta de que el repuesto individualizado estuvo faltante entre los meses de septiembre 2013 y noviembre 2014 (fs. 283); la pericia contable aporta que el vehículo estuvo en reparación en la mencionada concesionaria en una segunda etapa desde el 13.3.2014 al 20.11.2014, atribuyendo la demora al faltante del repuesto ramal eléctrico trasero derecho que ingresara recién en noviembre 2014, quedando pendiente una tercer etapa a cargo del chapista (fs. 341/344). En audiencia ante el juez, las partes acuerdan fijar un plazo de diez días para que la aseguradora informe cuenta bancaria para realizar el depósito de la franquicia y gestionar la entrega del vehículo al taller local (fs. 134 1.4.2015), cumple la actora según comprobante (fs. 163/164) y denuncia el incumplimiento de la contraria (fs. 173), informando la concesionaria que el 20 de mayo aún no ha sido retirado el auto (fs. 187/188).

VII.- Llega firme la condena por cumplimiento de contrato de seguro, con costas a la aseguradora; agraviándose la actora por la desestimación de la acción de daños y perjuicios. El juez rechaza la misma con fundamento en que la demora existente en la reparación del vehículo a la fecha de la demanda no le es imputable a la aseguradora según los informes que dan cuenta de que los repuestos recién ingresaron al país con posterioridad, circunscribiendo la pretensión a lo expresamente demandado en virtud del principio de congruencia (fs. 377 vta. a 378 vta.).

Ciertamente, el recurrente no advierte este argumento principal, limitándose a disconformarse e insistir en las mismas alegaciones, derivando la discusión a aspectos secundarios, tales la intervención de tercero, faltando a lo dispuesto en el art. 265 del CPCC, o

refiriéndose a hechos posteriores a la demanda, entrando en contradicción con su reclamo inicial, en infracción a lo previsto en el art. 277 del CPCC (fs. 402 vta. a 405 vta.).

VIII.- Las costas de la acción de daños y perjuicios son impuestas por su orden en razón del silencio de la aseguradora frente a la intimación formal de la asegurada, no acreditándose la debida información a la misma de los motivos de la demora en la reparación del automotor, lo que justifica el reclamo judicial.

El apelante no se hace cargo en absoluto del fundamento central de la decisión, siguiendo una línea argumental alejada de la tesis que debe confrontar en los términos del art. 265 del CPCC, aseverando que el contrato liberaba de daños a la aseguradora, más nada dice sobre la obstinada falta de respuesta a los pedidos de su cliente.

IX.- El sentenciante impone a la accionada una multa por temeridad y malicia en virtud de la conducta desarrollada frente al acuerdo formulado en audiencia, ya que habiendo cumplido su parte la actora, la demandada no efectivizó el retiro del auto para su traslado al taller de esta localidad, tal como lo asumiera, dilatando el proceso a través de la producción de una pericia contable en extraña jurisdicción. Fija su cuantía en 70 jus a favor de la contraria, según art. 45 del CPCC.

Se quejan ambas partes, requiriendo una el aumento y otra la anulación o reducción, alegando las circunstancias mencionadas.

El artículo 45 del Código Procesal estipula expresamente: “Temeridad y malicia. Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien lo perdiera total o parcialmente, el juez podrá imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o a ambos conjuntamente, según las circunstancias del caso. Su importe se fijará entre el diez y el treinta por ciento del valor del juicio, o entre un (1) JUS y setenta y tres (73) JUS si no hubiese monto determinado y será a favor de la otra parte.” (Conforme Ley 1680) (cfme. Arts. 18 de la Const. Nac.; 58 de la Const. Prov.; 9 y ss. del Cód. Civ. y Com.; y 34 inc. 6, 35, 36 y 163 inc. 8 del Cód. Proc.).

Los términos temeridad y malicia son utilizados en forma indistintas pero tienen significados diversos. La primera consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamentación no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. La segunda es la conducta observada en el proceso con una finalidad exclusivamente distorsionadora de aquel, tendiendo a su obstrucción o su dilatación (p. 65, t. 1, CPCCCom. Arazi-Rojas).

La aplicación de sanciones al litigante que actuare en forma temeraria o maliciosa persigue una finalidad ejemplificadora o moralizadora. Ha entendido nuestro más alto tribunal que “las normas procesales no se reducen a una mera técnica de organización formal de los procesos, sino que en su ámbito específico tienen por finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso.” (Fallos 330:5345).

Los antecedentes del caso y la conducta procesal asumida por la litigante llevan a confirmar la máxima sanción pecuniaria con el objeto de corregir la actitud de la aseguradora frente a sus obligaciones y compensar en cierta forma a la asegurada por las consecuencias de tal conducta abusiva (1 de Julio de 2016, TSJ 5478/16, $ 785,48 X 70=$54.983,60), en el marco de la norma transcripta.

Tengo en cuenta que el siniestro aconteció el 16.9.2013, ingresando el vehículo al taller el 6.2.2014, no consta aún la entrega del mismo en debido estado. Al ser intimada previamente, la aseguradora, ninguna respuesta brinda a su cliente. Demandada en juicio, plantea oposición. Realizada audiencia ante el juez, se compromete a la entrega, tras el depósito de la franquicia, obtenidos los fondos, no cumple, a pesar de que según informe de la concesionaria el auto estaba reparado desde el 20.11.2014. Ofrecida prueba, insiste en una pericia contable en extraña jurisdicción que sólo confirma informes producidos.

Se puede afirmar sin duda que ha dilatado el procedimiento, evadiendo el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, mostrando total desinterés por la situación de su cliente, con mala fe y abuso del derecho. Admitida su obligación, persiste en el incumplimiento frente a la parte y a la misma jurisdicción y retarda el juicio con medidas probatorias innecesarias, lo que debe ser sancionado por el director del proceso.

La jurisprudencia ha dicho en tal sentido que: “Constituye una conducta temeraria y maliciosa en los términos de los arts. 29 y 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación -que determina la imposición de una multa-, la actitud puesta de manifiesto en los continuos y sucesivos planteos cuya falta de razonabilidad no se puede ignorar si se los juzga con una regla mínima de prudencia y que, en definitiva, provocaron una situación de verdadera privación de justicia.”(Autos: Conjueces intervinientes en autos: Robles Hugo Antonio y otros. Tomo: 326 Folio: 1512 Ref.: Abogado. Multas. Privación de justicia. Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Belluscio, Petracchi, López, Vázquez, Maqueda. Disidencia: Fayt. Abstención: Exp.: Resolución n° 17/03 - Secretaría de Auditores Judiciales- - Fecha: 29/04/2003, CSJN-LDT).

“Imponer una sanción en los términos del art. 45 del CPCC no significa un menoscabo al principio de defensa en juicio, o a otros protegidos por la Carta Magna, sino que trata de reprimir los casos de inconducta procesal utilizando los poderes deberes otorgados por el legislador, cuyo propósito es evitar el inútil uso de la actividad jurisdiccional en la que el primer agraviado es el

juez, a quien se trata de desviar en su tarea destinada a pronunciar una sentencia justa, mediante el planteamiento de cuestiones infundadas."(Auto: CONFORTI, Santiago c/RAMIREZ, Raúl Hugo Silvano y otros/DESALOJO POR FALTA DE PAGO Y/O VTO.CONTRATO - Sala: Civil - Sala H - Mag.: REINOSO DE GAUNA - Tipo de Sentencia: Sentencia Definitiva - N° Sent.: C. H183504 - Fecha: 07/03/1996 – ídem).

"El cpr establece la posibilidad de que el juez, al sentenciar, califique la actuación de las partes e, inclusive, sancione la inconducta procesal genérica observada a través de la sustanciación del litigio, imponiendo una multa que obedece exclusivamente a la actitud temeraria y maliciosa asumida por el vencido, que consiste: a) en el conocimiento que tuvo o debió tener de la carencia de motivos para accionar o para resistir la acción, y no obstante ello prefirió hacerla, abusando de la defensa y de la jurisdicción -temeridad-; o b) en la utilización de facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe. (en el mismo sentido: "e.c.r. Computación saic c/ Pagliano hnos. sa s/ sum.", sala c, 28.8.91; "Investments Properties inc. C/ Michel, Juan s/ sum.", sala c, 13.4.93; "San Fernando cia. fin. C/ Rossi de Iglesias y otros", sala b, 25.5.94)."(Auto: GROPPO, HECTOR C/ GIOLLI, JOSE - CAMARA COMERCIAL: C - Mag.: QUINTANA TERAN - DI TELLA - CAVIGLIONE FRAGA - Fecha: 18/10/1989- ídem).

Por las razones expuestas, he de proponer al Acuerdo se rechacen los recursos interpuestos por ambas partes, confirmando el fallo recurrido en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas por su orden conforme arts. 68 y 71 del CPCC, regulándose los honorarios de esta instancia de conformidad a lo establecido en el art. 15 de la ley arancelaria. Tal mi voto.

A su turno, el Dr. Dardo W. Troncoso, 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 2 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 los recursos de apelación interpuestos por ambas partes contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, confirmarlo en todo aquello que fuera motivo de agravios para los recurrentes.

II.- Imponer las costas en el orden causado, conforme lo considerado, regulándose los honorarios de los letrados intervinientes en esta instancia recursiva en los siguientes importes: A los doctores ... y ..., en su doble carácter por la parte de demandada, en conjunto y por partes iguales, en la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS ($15.600,00); y los de los Dres. ... y ..., también en su doble carácter, por la parte actora, en conjunto y por partes iguales, en la suma de PESOS QUINCE MIL SEISCIENTOS ($15.600,00) (Cfr. arts. 6, 10, 11 y 15 de la L.A.). A los importes regulados deberá adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que los beneficiarios acrediten su condición de "responsables inscriptos" frente al tributo.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dr. Alexis F. Muñoz Medina - Secretario Subrogante

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

"ILI ADOLFO SILVIO C/ CNS APAG S. A. S/ COBRO ORDINARIO 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.: 44497/2015) – Acuerdo: S/N – Fecha: 01/02/2017

DERECHO CIVIL: Obligaciones de dar sumas de dinero.

OBLIGACIONES DINERARIAS. IMPUTACION DE PAGO.

Siendo que la demandada no efectuó imputación alguna al momento de realizar el pago,

resulta procedente que la actora haga uso de ese derecho, por cuanto "…el derecho de imputar el pago le corresponde, en primer lugar, al deudor (art. 773 C.C). No ejercida la facultad de imputar el pago por el deudor, el derecho respectivo pasa al acreedor (art. 775 del C.C), quien debe dejar constancia de la imputación en el recibo de pago o en algún acto concomitante, porque su derecho debe ser ejercido al tiempo de ejercer el pago…" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil y comercial federal, sala II "Kaiser Erwin R. c. Ortiz Gómez y Cia. S. R. L. "04/08/1997 Publicado en: la ley 1988-B, 326 DJ 1988-2, 190 Cita online: ar/jur/243/1997)… una vez realizada la imputación, no puede ser modificada unilateralmente, ni por quien la realizo ni por el otro sujeto de la obligación, y tampoco es posible hacer una imputación legal (conf. Arts. 773, 775 y 778 C.C).

Texto completo:

ACUERDO: En la Ciudad de San Martín de los Andes, Provincia del Neuquén, el primer (1) día del mes de febrero del año 2017, la Sala 2 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 Gabriela B. Calaccio y Dardo W. Troncoso, con la intervención de la Secretaria de Cámara, Dra. Mariel Lázaro, dicta sentencia en estos autos caratulados: "ILI ADOLFO SILVIO C/ CN SAPAG S.A S/ COBRO ORDINARIO DE PESOS", (Expte. Nro.: 44497, Año: 2015), del Registro de la Secretaría Única del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería N° UNO de la IV Circunscripción Judicial, con asiento en la ciudad de Junín de los Andes.

De acuerdo al orden de votos sorteado, el Dr. Dardo W. Troncoso, dijo:

I.- La actora ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia que se dictó en este juicio y ha fundamentado su cuestionamiento con la expresión de agravios que se ha agregado a fojas 56/59.

Luego de transcribir y analizar el considerando 9 del fallo funda su queja en que el a quo erróneamente ha considerado la procedencia de la imputación del pago realizado por la demandada primero a capital y luego a intereses, cuando en realidad la imputación correcta es exactamente a la inversa y que es la que su parte realizó al momento de denunciar el pago recibido como hecho nuevo, esto es primeramente a interés y en segundo lugar a capital.

Dice que de aceptarse la imputación dispuesta en el fallo su parte sufriría un grave perjuicio derivado de la notoria diferencia de dinero, en detrimento de su patrimonio que ello conllevaría.

II.- La demandada también apeló a fojas 49, aunque a fojas 65 desistió del recurso, adjuntó comprobante de depósito por el saldo de la liquidación que practica conforme los términos de la sentencia de autos dando en pago el mismo, pago éste que no ha sido aceptado por la actora tal como surge de su oposición de fojas 68, precisamente porque puso en crisis el fallo de autos.

III.- Adentrándome a la consideración del recurso incoado, el "thema decidendum" se vincula técnicamente con la imputación del pago, que como medio de extinción de las obligaciones constituye a mi entender el centro de la disputa de este juicio.

En una primera aproximación al tema, se advierte que la imputación del pago es un mecanismo a través del cual se puede especificar qué es aquello que el deudor paga al tiempo de cumplir con la prestación debida, o dicho de otra manera, a través de la imputación a qué obligación debe aplicarse el pago efectuado por el deudor cuando éste no alcanza a solventar todas las deudas insolutas, con lo cual supone la existencia de varias obligaciones pendientes susceptibles de pago que versan sobre objetos de la misma índole y vinculan a las mismas personas que revisten la calidad de deudor y acreedor (Cazeaux – Trigo Represas "Derecho de las Obligaciones", tomo II páginas 153 y 154).

Vale poner de resalto primeramente que llega firme a esta instancia que la normativa aplicable a este caso es la contenida en el Código Civil Velezano.

Así, en virtud de que los intereses son un accesorio del capital, forman con éste una deuda única y en consecuencia se paga íntegramente cuando se abona totalmente el capital y la totalidad de los intereses exigibles, tal como lo dispone el artículo 744.

Por otra parte, el artículo 773 del CC confiere al deudor la facultad (con algunas limitaciones) de determinar al tiempo de concretar el pago, por cuál de las deudas debe entenderse que realiza.

O sea que el derecho de imputar el pago le corresponde en primer lugar al deudor al tiempo de hacerlo, pero no cuando éste ya fue hecho, ya que resulta evidente que toda alteración del pago ya efectuado requiere el consentimiento de ambas partes,

estimándose desde la doctrina que al acordarse este derecho al deudor con preferencia al acreedor, el legislador se ha dejado guiar por esta consideración: que en igualdad de condiciones, se debía más bien favorecer al primero que al segundo (Salvat - Galli "Tratado de Derecho civil Argentino. Obligaciones en General", Tomo II pagina 340, citado por Alberto Bueres y Elena Higton "Código Civil Argentino Análisis Doctrinario y Jurisprudencial Ed. Hammurabi Tomo II B pág. 179).

Desde la jurisprudencia se ha dicho que "Cuando se trate de una deuda que devenga intereses se requiere el consentimiento del acreedor para imputar el pago al capital, pues la imputación primero a los intereses y solo en exceso al capital implica un corolario del principio de la integridad de pago que consagra el art. 742 del Código Civil" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala F "Banco Itau Argentina SA c. V., J. s/ ejecutivo" 17/06/2014 La Ley Online AR/JUR/39827/2014) y que "Es facultad del deudor imputar el pago al momento de hacerlo. Si no la ejerce, la atribución se traslada al acreedor.

Una vez realizada la imputación, no puede ser modificada unilateralmente, ni por quien la realizó, ni por el otro sujeto de la obligación, y tampoco es posible hacer una imputación legal (conf. arts. 773, 775, y 778, Cód. Civil)" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B "Automóviles Saavedra, S. A. c. Fiat Concord, S. A." 23/11/1989 LA LEY 1990-D, 50 DJ 1991-1, 828 La ley on line AR/JUR/1730/1989).

Por tanto, corresponde considerar si a la luz de la sana critica (artículo 386 del Cód. Procesal) la demandada deudora como principal interesada en liberarse del cumplimiento de la obligación ha logrado acreditar, conforme la carga que le impone el artículo 377 del CPCyC, haber ejercido la opción que le dispensa el artículo 773 de la legislación sustantiva.

Y en este sentido no dejo de observar con extrañeza que no ha acompañado a autos el recibo que debería haberle extendido la actora en virtud del pago realizado, en tanto "El otorgamiento de recibo sin reserva alguna de los intereses al momento de realizar el pago tiene efectos liberatorios de los mismos en los términos del art. 624 del Código Civil, e impide toda posible reclamación ulterior, aun cuando dicha circunstancia no se haya alegado" (Cám. CC 1ª Bahía Blanca, sala I, 23/3/00, "Bustamante, Alberto E. c. Municipalidad de Coronel Pringles", LLBA, 2000-717.).

Tampoco surge acreditación alguna que en este sentido pudiera derivarse de la modalidad con la que se ha efectuado el pago de autos, esto es con el cheque extendido a su favor por la actora que se ha acompañado en copia a fojas 22, del que podría surgir alguna imputación al pago por parte de la deudora en tanto que la legislación referida al cheque imputado, en nada modifica el régimen del Código Civil, sino que sólo reglamenta la forma en que la citada imputación ha de hacerse (ver en este sentido y con más detalle "Imputación de pago. Cheque imputado" Silberman, Osvaldo publicado en: LA LEY 1982-C, 922 Cita Online: AR/DOC/18655/2001).

Es más, según sus propias manifestaciones de fojas 28 vertidas al contestar el traslado del pago que denunciara su contraparte, la demandada adujo la imposibilidad de reunir todos los antecedentes para saber con certeza la causa del pago mencionado por el actor ni cual es la verdadera relación que vinculo al accionante con su parte, escenario en el cual las expectativas de acreditación de su parte de haber ejercido su derecho a imputar el pago son, francamente pocas o nulas.

Ahora bien, como ya lo señalara anteriormente, los artículos 776 y 777 del Código Civil, contienen una limitación a la prerrogativa del deudor para la imputación del pago que realiza, y que se relaciona con las deudas dinerarias con intereses.

Por lo demás cabe poner de resalto que la imputación primero a los intereses y solo en exceso al capital implica un corolario del artículo 742 del Código Civil, en tanto cuando el acto de la obligación no autorice los pagos parciales, no puede el deudor obligar al acreedor a que acepte en parte el cumplimiento de la obligación, porque no es posible que el deudor interpretando el articulo 776 a contrario sensu imponga por su cuenta un pago con intereses sin solventar el capital (Bueres, op. cit. página 184).

Así, se ha resuelto que "…El derecho de imputar el pago le corresponde, en primer lugar, al deudor (art. 773, Cód. Civil). No ejercida la facultad de imputar el pago por el deudor, el derecho respectivo pasa al acreedor (art. 775, Cód. Civil), quien debe dejar constancia de la imputación en el recibo de pago o en algún acto concomitante, porque su derecho debe ser ejercido al tiempo de recibir el pago…" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, sala II "Kaiser, Erwin R. c. Ortiz Gómez y Cía. S. R. L." 04/08/1987 Publicado en: LA LEY 1988-B, 326 DJ 1988-2, 190 Cita online: AR/JUR/243/1987).

Tal como surge de fojas 21 la actora denunció como hecho nuevo un pago que, por la suma de $113,231,71, recibió de la demandada, a través del cheque que en copia acompañó y que se ha agregado a fojas 22.

En esa misma presentación, imputó el pago a intereses y parte de capital, por una suma total de $202.910,85, por lo que deducido el pago realizado de $113.231,85 arrojo como resultado un capital adeudado de $89.679,14 calculados al 16 de marzo de 2016 según la liquidación que efectuara, comprensiva de capital e intereses calculados desde el vencimiento de cada factura hasta febrero de 2016 (última tasa del BPN conocida), imputando expresamente (punto III de la presentación) el pago recibido en primer lugar a intereses y luego a pago parcial del capital reclamado.

Por tanto considero acreditado que toda vez que la demandada no efectuó imputación alguna al momento de realizar el pago,

resulta procedente que la actora haga uso de ese derecho como lo hizo.

En este sentido se ha resuelto que "Si el acreedor aceptó la existencia de pagos pero no su imputación, a tenor de lo previsto por los arts. 776 y 777 del Código Civil, esos pagos deben ser considerados a cuenta debiendo imputarse primero a intereses y luego a capital, pues el deudor no puede imponer por su cuenta, un pago de intereses sin solventar el capital (art. 744, Cód. Civil) (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H "Banco de la Provincia de Bs. As. c. Giancarli, Pablo Adrián", 06/11/2007, La Ley Online AR/JUR/10018/2007) y que "A diferencia de lo ocurre cuando la imputación la realiza el deudor, el acreedor debe hacerla en el mismo momento en que percibe el pago, dado que si no ha sido ejercida la facultad de imputar el pago por el deudor, el derecho respectivo pasa al acreedor, quien debe dejar constancia de la imputación en el recibo de pago o en algún acto concomitante, porque su derecho debe ser ejercido al tiempo de recibir el mismo (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de 2a Nominación de Córdoba "Mussa, Alfredo Carlos s/ quiebra propia simple" 23/06/2015 La Ley online: AR/JUR/31198/2015).

Consecuentemente, he de proponer al Acuerdo se acoja la apelación interpuesta y se revoque la sentencia apelada y consecuentemente se haga lugar a la demanda condenando a la accionada al pago de la suma de $89.679,14 (pesos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y nueve con catorce /100) en concepto de saldo de capital adeudado con más los intereses calculados conforme Tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén desde el 28.2.16 hasta la fecha de su efectivo pago, con costas a la demandada (artículo 68 del Cód. Procesal) a cuyo fin se regularán los estipendios profesionales en la forma de estilo (arts. 6, 7, 9, 11 15, 20 y concordantes de la ley 1594).

Es mi voto.

A su turno, la Dra. Gabriela B. Calaccio, dijo:

Por compartir íntegramente los fundamentos expuestos por el vocal preopinante, así como la solución propiciada, adhiero a su voto.

Por lo expuesto, constancias de autos, de conformidad con la doctrina y jurisprudencia citadas, y la legislación aplicable, esta Sala 2 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 contra la sentencia definitiva de primera instancia y, en consecuencia, elevar el importe de condena a la suma de pesos ochenta y nueve mil seiscientos setenta y nueve con catorce centavos ($89.679,14) en concepto de saldo de capital adeudado, con más los intereses a calcularse conforme tasa activa del Banco de la Provincia de Neuquén desde el 28.2.16 hasta la fecha de su efectivo pago.

II.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la parte demandada vencida, y regular los honorarios del Dr. ... en el veintiocho por ciento (28%) de lo que, oportunamente, le corresponda percibir por su intervención en igual carácter en la instancia de grado (Cfr. arts. 6, 10 y 15 de la L.A.). Al importe resultante deberá adicionarse el porcentaje correspondiente a la alícuota del I.V.A. en caso de que el letrado acredite su condición de 'responsable inscripto' frente al tributo.

III.- Protocolícese digitalmente, notifíquese y, oportunamente, remítanse al Juzgado de origen.

Dra. Gabriela B. Calaccio - Dr. Dardo W. Troncoso

Dra. Mariel Lázaro - Secretaria de Cámara

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

"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO C/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO" - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 178302/2017) – Sentencia: S/N – Fecha: 23/02/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de amparo.

DERECHO A LA INFORMACION. ESTADO REQUERIDO. OMISION DE INFORMAR. ARBITRARIEDAD.

REGIMEN PROVINCIAL DE HOGARES DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE. PROTECCION INTEGRAL. FUNCIONES DE LA DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE.

1.- Corresponde declarar procedente la acción de amparo interpuesta por las Defensoras de los Derechos del Niño y del Adolescente contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén por la omisión arbitraria en la que incurre al no aportar la información pública por ella requerida, respecto al estado de cumplimiento e implementación de la Ley 2955. que crea el Régimen Provincial de Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes, en el marco de la Ley 2302, de protección integral de los derechos del niño y del adolescente, y la Ley Nacional 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en tanto, si bien la administración pública, contesta el requerimiento realizado en estos autos –una vez iniciada la vía judicial- lo hace en forma parcial y no invoca causales eximentes de dicha conducta ni fundamenta la misma, y sin perjuicio de responder en forma incompleta los datos solicitados conforme surge del informe examinado, no cuestiona la validez del derecho invocado consintiendo de esta forma con la pretensión de la actora.

2.- La Ley 2955 prevé la Organización y clasificación de los hogares, condiciones para trabajar en los hogares, el persones de los hogares, describe las autoridades y funciones de cada uno. Esta información resulta indispensable para que la Defensoría pueda cumplir con su función, específicamente con lo dispuesto en los artículos 49 inc. 7 y 5 y por la presente acción peticionan que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social brinde la información requerida.ante la vulneración del derecho a la información, mediante la ilegítima omisión del Estado, deviene necesario brindar efectiva protección a los intereses colectivos en juego. Es por ello que dados los requisitos necesarios para abrir la instancia judicial a través de la vía del amparo, corresponde declarar la procedencia del mismo.

3.- La vía proceal del amparo es la única eficiente cuando la conculcación del derecho al acceso a la información se convierte en obstáculo para la consagración de otros derechos reconocidos por la Carta Magna.

4.- La vía del amparo se encuentra expresamente prevista en la ley nacional ley 27275 de acceso a la Información Pública, cuyo objeto es garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, fundada en los siguientes principios de transparencia y máxima divulgación, gratuidad, entre otros.

5.- El derecho a la información tiene como fundamento, uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta una república que es la publicidad de los actos de gobierno (C. Nac. art. 1) que implica la obligación de comunicar a los administrados, en forma efectiva, las decisiones que han tomado quienes ocupan cargos públicos, ya sea en los poderes de gobierno, ejecutivo, legislativo o judicial, como de aquellos que integran organismos públicos de contralor.

Texto completo:

Neuquén, 23 de Febrero del año 2017

VISTOS: los autos caratulados "DEFENSORÍA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL ADOLESCENTE C/ PODER EJECUTIVO PROVINCIAL S/ ACCION DE AMPARO" (Expte Nro. 79221 / 2016)

RESULTA: Que en fecha 26/10/16, se presentan las Dras. Nara Oses y Marcela Robeda Defensoras de los Derechos del Niño y del Adolescente, en cumplimiento de las funciones previstas en el artículo 47 de la Constitución Provincial y 49, incisos 1 y 3 de la ley provincial de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Adolescente, ley 2302, e interponen acción constitucional de amparo contra el Poder Ejecutivo de la Provincia de Neuquén por la omisión arbitraria en la que incurre al no aportar la información pública por ella requerida, respecto al estado de cumplimiento e implementación de la Ley 2955.

Que esa información resulta indispensable para que la Defensoría pueda cumplir con su función, específicamente con lo dispuesto en los artículos 49 inc. 7 y 5 y por la presente acción peticionan que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social brinde la información requerida.

Sostienen la admisibilidad del proceso constitucional, pues no existe otro medio judicial más idóneo para procurar la reparación de la omisión lesiva emanada de la Provincia de Neuquén.

Alegan que dicha defensoría ha requerido a través de dos oficios, la información sobre el estado actual de la implementación de la Ley 2955, sin haber obtenido una respuesta satisfactoria.

Reiteran que es imprescindible dicha información a fin de garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos a los niños, niñas y jóvenes que viven en Hogares de nuestra provincia, dado que en caso de constatar un incumplimiento a la Ley 2955 podrán interponer las acciones necesarias para concretar su implementación.

Agregan que en la actualidad es imposible hacerlo, ya que no pueden saber si los Hogares cuentan con el personal que detalla la mentada ley, y si estos cumplen con los requisitos de idoneidad y especialización exigidos por la misma.

Formulan una descripción de los hechos, exponiendo que con fecha 10 de Mayo del corriente año, la Defensora Marcela Robeda, solicitó a la Subsecretaria de Niñez del Ministerio de Salud y Desarrollo Social, mediante el Oficio 578/2016, la designación de Equipos Técnicos para los Hogares, dado que del relevamiento efectuado por el Equipo Interdisciplinario de la Defensoría de los Derechos del Niño N°2 surgía que los únicos establecimientos que contaban con las duplas completas eran los Hogares Malén, Yampay y la Fundación Fedra. Allí se especificó que ya se había requerido eso mismo mediante oficio 298/2016.

El 29 de Agosto, en la respuesta a dicho oficio, la Subsecretaria de Familia, Lic. Dora Okstein, acompaña informe de la Lic. Marcela Rodríguez, de la Dirección General de Niñez, del 23 de agosto de 2016, donde dice que siguen sin poder cubrirse los equipos del Hogar Misericordia, Hogar de Admisión y Hogar Yampai. La respuesta sólo se refirió a los Hogares de Niños, dado que el responsable de los Hogares de Adolescentes, quien era por entonces el Licenciado Juan Heredia Guzmán no respondió.

Continúan relatando que, el día 16 de Septiembre remitieron un oficio al Ministro de Salud y Desarrollo Social, Dr. Ricardo Corradi Diez, a efectos de requerirle información respecto a la implementación de la Ley 2955. Allí se especificó que en los Hogares de la ciudad de Neuquén no están completos los Equipos Técnicos, ni han sido designados subdirectores para los hogares, que la ley es muy exhaustiva respecto a los funciones que deben cumplir el personal de los hogares, tanto directores, como subdirectores, equipo técnico, talleristas, educadores, personal de cocina y de mantenimiento.

Que se indicó también que debe garantizarse la aplicación del artículo 7 de la ley, referido a las condiciones que deben presentar quienes trabajan en los Hogares, el acceso a esa tarea sea por concurso de antecedentes y oposición, la formación previa en la temática de niñez y adolescencia, la certificación de aptitud psicofísica y social, así como de no estar inscriptos en el registro de deudores alimentarios, ni haber cometido determinados delitos.

Refieren que se destacó que la ley establece que el personal debe ser evaluado y supervisado al menos una vez al año, de acuerdo al artículo 12. Finalmente, que los chicos que se encuentran institucionalizados presentan en todos los casos situaciones de gran vulnerabilidad, por lo que consideran urgente dedicarles el máximo esfuerzo para que puedan ser restituidos sus derechos.

Sostienen que pese a ello, el oficio no ha sido contestado.

Fundan su legitimación activa en el art. 47 de la constitución Provincia que reconoce a las niñas, niños y adolescentes como "sujetos activos de derechos", les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultanea de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño- la que incorpora al texto constitucional- y sustenta el principio de prioridad absoluta.

Además, determina que: "El Ministerio Público, a través de órganos especializados competentes promueve por si o promiscuamente todas las acciones útiles y necesarias para la protección y promoción de derechos de niños y adolescentes, privilegiando su interés superior."

Por su parte, el artículo 49 de la Ley de Protección Integral del Niño y Adolescente N° 2302 en sus incisos 1, 3, 4 y 5 instituye como

funciones de éste Ministerio Público las de defender los derechos de los niños y adolescentes por sobre cualquier otro interés, debiendo promover y ejercer las acciones para ello, ya sean amparos, hábeas data o hábeas corpus, en defensa de los intereses sociales e individuales no disponibles relativos al niño y adolescente.

Fundan la admisibilidad de la acción porque el acto lesivo emana de autoridad pública, revistiendo palmariamente el carácter de ilegítimo y arbitrario, ello por cuanto la Provincia de Neuquén esta obligada a otorgar esa información, para que la Defensoría pueda cumplir con su misión de velar por la protección de los Derechos de los Niños.

Refieren que el requisito de actualidad, está presente la permanencia del acto lesivo al tiempo de interponer la acción el amparo.

Afirma que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social omite brindar la información que se le ha requerido y que la cuestión planteada indudablemente no requiere mayor debate y prueba ya que la omisión en el cumplimiento de la ley surge palmariamente, y en consecuencia, resulta más que suficiente el debate y amplitud probatoria regulado por el procedimiento previsto en la ley de amparo provincial. Afirma que la omisión de la autoridad pública es lesiva del derecho fundamental de acceso a la información pública.

Finalmente refiere que se trata de la única vía idónea para obtener una respuesta satisfactoria a esta petición, en palabras de la Constitución Provincial, artículo 59, que permita la tutela judicial efectiva.

Expresan que el derecho tutelado es el acceso a la información pública, con expresa consagración en el Derecho Internacional, tanto en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13), como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 19) y en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo XIX).

Apuntan que la Ley 27275 de Acceso a la Información Publica, es un gran avance en orden a la transparencia, control de gestión estatal y garantización de los derechos humanos fundamentales y que si bien esta Ley regirá en el ámbito nacional dentro del plazo de un año de su promulgación, es importante destacar que entre tanto conservan plena vigencia los decretos 1173 y 117.

Los principios más importantes son los siguientes: Presunción de publicidad; Transparencia y máxima divulgación; Informalismo; Máximo acceso; Máxima premura; Alcance limitado de las excepciones; In dubio pro petitor y Facilitación.

Cítan el art. 37 de la Ley 2302, que establece en su inciso 4 e) que la autoridad de aplicación de la Ley tiene como función cumplir con las disposiciones legales a favor de la niñez y adolescencia, debiendo denunciar ante los organismos judiciales las infracciones a las leyes vigentes en la materia.

Afirman que la ley 2955 no se está implementando adecuadamente, por ello solicitaron la información necesaria para poder iniciar las acciones para garantizar los derechos de los niños que viven en Hogares, sin obtener respuesta por parte del Ejecutivo.

Consideran indispensable contar con la información peticionada, dado que en caso de confirmar que no se cumple con las disposiciones de la Ley 2955, podrá interponer acciones para la protección de los derechos de incidencia colectiva de los niños institucionalizados, en los términos del art. 49 inc. 3.

Exponen que el art. 37 inc. 6 establece la obligación del organismo de aplicación de la ley de dar a conocer a través de los medios de comunicación, los programas y acciones que desarrolla y debe propiciar la participación de la sociedad en programas a desarrollar (inc. 12).

Alegan que la aplicación de la Ley 2955 favorece la protección integral de los niños y adolescentes que viven en Hogares por situaciones de vulnerabilidad y es por ello que necesitan contar con personal cualificado e idóneo que aborden su situación, que trabajen con ellos y sus familias durante su estadía en el hogar.

Describen que el art. 3 de la Ley de Hogares establece que los mismos tienen por finalidad brindar cobertura integral a los requerimientos básicos esenciales pero esta finalidad se convierte en letra muerta si el Estado no dota a las instituciones de los recursos necesarios para poder funcionar adecuadamente.

Y continúan diciendo que el legislador Provincial estableció requisitos indispensables para proteger a los niños institucionalizados, por lo que la demandada debe cumplir con su obligación legal.

Citan jurisprudencia internacional y nacional: En el caso “Claude Reyes y otro V.S. Chile” del año 2006, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que los Estados partes de la Convención tiene la obligación de garantizar el derecho de acceso a la información pública, por lo que condenó al Estado por incumplir con el art. 13 de la Convención Americana, dado que Chile no había adoptado las disposiciones internas necesarias para garantizar ese derecho.

En el ámbito interno, citan a la Corte Suprema de Justicia de la Nación también ha dictado fallos trascendentes que convalidan el derecho de acceso a la información pública, en el caso “Garrido c. EN-AFIP, de presente año, donde reiteró que para ser legitimado activo basta con ser “integrante de la comunidad” En el caso “Asociación por los Derechos Civiles c/ PAMI” del año2012 estableció que es sujeto pasivo de esta obligación aun los organismos que en términos estrictos no sean entes estatales.

Solicitan que el Ministerio de Salud y Desarrollo Social brinde la siguiente información:

1) Nomina de las personas que trabajan en Hogares, detallando sus datos personales y especificando en qué hogar prestan funciones.

2) Acompañe certificado de aptitud psicofísica y social de cada uno de ellos

3) Acredite la formación y capacitación en la temática de niñez y adolescencia, e idoneidad en la función de cada una de las personas que trabajan en los hogares

4) Indique si las personas que prestan funciones en los hogares han sido designadas a través de concurso de antecedentes y oposición.

5) Acompañe constancias que acrediten que los trabajadores no se encuentran comprendidos en las inhabilidades previstas por el citado art. 7, específicamente si:

a) Están inscriptos en el Registro Provincial de Deudores Alimentarios y Morosos.

b) Están inscriptas en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria.

c) Tengan antecedentes penales y/o contravencionales, según el Certificado de Antecedentes personales expedido por la Policía Provincial y Federal.

6) Respecto de cada uno de los Hogares, detalle si cuentan con el personal que exige el artículo 8º, es decir:

a) Un Director.

b) Un Subdirector.

c) Un equipo técnico de profesionales compuesto por asistente social y psicólogo.

d) Personal administrativo.

e) Educadores de niñas, niños y adolescentes.

f) Talleristas de desarrollo integral.

g) Profesores de enseñanza escolar.

h) Personal de cocina.

i) Personal de mantenimiento.

7) Indique si los talleristas de desarrollo integral y los profesores de enseñanza escolar han sido aportados por el Consejo Provincial de Educación. conforme art. 8 de la Ley 2955)

8) Si cada uno de los directores cuenta con título universitario o terciario afín a la actividad o, en su defecto, si posee experiencia laboral en tareas o actividades análogas, acreditando cada una de estas circunstancias con la debida documentación (conforme art. 9 de la Ley 2955)

9) Si cada uno de los subdirectores cuenta con especialización en temas de infancia y, en caso de no contar con ello, con experiencia laboral relacionada con la temática, acreditando cada una de estas circunstancias con la debida.

10) Si los Educadores cuentan con título secundario y poseen capacitación en la temática de la niñez y adolescencia y/o experiencia de trabajo acreditada con niñas, niños y adolescentes. Acreditando cada una de estas circunstancias con la debida documentación.

11) Si la selección de los Educadores se ha realizado a través de mecanismo de selección que garanticen que cuentan con el perfil adecuado para ello, teniendo en cuenta que el art. 9 de la Ley 2955 señala que los educadores deben demostrar compromiso, solidaridad, empatía, autocontrol, capacidad de relacionarse de manera positiva con el otro y apertura para vincularse afectivamente con las niñas, niños y adolescentes albergados.

12) Si los menús de comida programados para cada Hogar se realizan con el asesoramiento de un profesional de la nutrición, tal y como lo exige el art. 9 de la Ley 2955, acompañando documentación suscripta por el nutricionista seleccionado.

13) Informe los cronogramas de horarios de los trabajadores de cada Hogar, a efectos de constatar si se cumple con lo dispuesto por el Artículo 10, el cual dispone que cada Hogar debe contar, como mínimo, con un educador por turno cada cuatro/cinco niños.

14) Acompañe los informes que den cuenta del cumplimiento del Artículo 11 de la Ley 2955, que dispone que el personal debe ser evaluado y supervisado, al menos, una vez al año, mientras se desarrolla en su función, en su aptitud biopsicosocial, a través de una comisión de profesionales externa que la autoridad de aplicación debe conformar para ese fin. Indique asimismo los nombres de los profesionales que han integrado esas Comisiones.

15) Indique si el Ministerio a su cargo realiza las supervisiones técnicas a los equipos de profesionales que se desempeñan en los Hogares, conforme lo exige el art. 11 de la Ley 2955. En caso que se hayan realizado esas tareas acompañe nómina de profesionales que efectuaron el control e informes que han presentado.

16) Informe si, en cumplimiento del Artículo 12, han diseñado capacitaciones para el personal de los Hogares, si las mismas se han llevado a la práctica indicando fechas, temas abordados y profesionales encargados de dar los cursos.

17) Respecto de cada uno de los hogares, informe si los mismos cuentan con la estructura edilicia que exige el Artículo 12, es decir:

a) Una oficina para la Dirección del establecimiento.

b) Una sala de estar.

c) Un área común para actividades recreativas o lúdicas.

d) Un área de cocina.

e) Sanitarios para las niñas, niños y adolescentes.

f) Sanitarios para el personal.

g) Dormitorios, de acuerdo con la cantidad y el sexo de la población alojada.

h) Un depósito para comestibles.

i) Un depósito para ropa.

j) Un espacio para realizar actividades físicas. En caso que no cuenten con dichos espacios indique las acciones concretas que se están llevando a cabo para contar con ellos. Se indique asimismo si se encuentran en buen estado de conservación, acompañando fotografías y un informe suscripto por un profesional idóneo en materia de seguridad.

18) Informe respecto de cada Hogar si los niños desarrollan actividades físicas y deportivas en clubes y centros deportivos, detallando nombre de cada niño y lugar al cual asisten.

19) Informe si cada uno de los Hogares cuenta con las medidas necesarias para que puedan acceder niñas, niños y adolescentes con discapacidades.

20) Informe si cada uno de los hogares cuenta con las medidas de seguridad, exigidas en el artículo 16, acompañando fotografías y un informe suscripto por un profesional idóneo en materia de seguridad.

21) Teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 2955 establece que el Poder Ejecutivo debe garantizar las partidas presupuestarias específicas para el cumplimiento de la Ley, solicito que informen:

a).- Cuál es la partida presupuestaria anual que se ha destinado a los hogares.

b).- ¿Existe una partida presupuestaria para cada hogar?

c).- ¿Cuál es la autoridad administrativa que decide sobre el manejo de esos fondos.?

Ofrece prueba, hace reserva de la cuestión federal y peticiona se condene a la Provincia de Neuquén a brindar la información detallada en el acápite IX en el plazo perentorio de 30 días, bajo apercibimiento de aplicación de astreintes.

A fs. 14 se declara admisible la acción y se confiere traslado a la contraria e intervención al Fiscal.

A fs. 20 se presenta el Dr. Alejandro Díaz y Virginia Raquel Gonzalez, en el doble carácter de apoderados y patrocinantes de la Provincia de Neuquén y contesta el traslado conferido solicitando el rechazo de la acción.

Solicitan el rechazo de la demanda en todos sus términos, refiere que la vía idónea no es el amparo ya que se solicita únicamente información sobre la implementación de la ley 2955 y no consiste en peticiones relativas a las cuestiones de implementación en si mismas, que debiendo tramitarse en un amparo por mora administrativa. Reservan el derecho de ampliar la contestación cuanto se corra el traslado a la Fiscalía de Estado.

Niega que la vía sea idónea, que el actor tenga la acción procesal, niega que exista ilegalidad manifiesta y que existan derechos constitucionales en peligro.

Señala la improcedencia de la vía por cuanto ésta es excepcional, solo admisible cuando no existen otros procesos judiciales o administrativos idóneos que permitan obtener la protección del derecho o garantía en situaciones extremas.

Refiere que dar curso al presente afectaría el derecho a la igualdad de otros administrados que, acuden a las vías ordinarias para hacer valer sus intereses sin ordinarizar la vía del amparo.

Afirma que no basta solo con afirmar que el proceder denunciado entrañe la restricción de un derecho, sino además que carezca del mínimo respaldo normativo tolerado. en cada caso el juez puede valorar si el acto lesivo reviste a la entidad requerida para descalificarlo totalmente y merecer el proceso de amparo.

Cita jurisprudencia.

Por último realiza reserva de Caso Federal. Funda en derecho y cita jurisprudencia. Ofrece prueba.

A fs. 25/80 se agrega informe adjuntado por la Dra. Virginia Gonzalez. Sobre Fundación Fedra, Hogar Conviviendo, Hogar convivencia, Hue Lihue, Hogar Amancay, listado partida presupuestaria de Hogares, Nomina Personal Hogar Misericordia, nomina personal hogar Admisión y Yampai.

Corrido el traslado pertinente, la parte actora contesta a fs. 83 y ssgs., detallando punto por punto cuales son los puntos contestados y cuales se omitieron.

A fs. 91 se presenta el Dr. Raúl Miguel Gaitan Fiscal de Estado Provincial y ratifica la contestación de demanda introducida en autos.

A fs. 92 se reanuda el llamado de autos para dictar sentencia.

CONSIDERANDO: La presente acción interpuesta por las Defensoras de los Derechos del Niño y del Adolescente, cabe analizar en primer término la procedencia de la vía intentada evaluando para ello diversos puntos tales como, falta de otros procedimientos que puedan subsanar la lesión denunciada, el derecho vulnerado, la omisión lesiva.

La vía elegida: Debo adelantar que considero adecuada la vía escogida, ya que posee idoneidad para consagrar y proteger los derechos fundamentales que se pretender hacer valer en la misma.

Respecto a la acción de amparo el Dr. Augusto Morello ha expresado "...la identidad del nuevo amparo y su forma de funcionar: directa, principal, con verdadera vocación de constituirse en un engranaje de tutela judicial efectiva, independiente del prisma que da colorido a las acciones procesales.

El amparo es más y mejor que cualesquiera de ellas o de los remedios instrumentales de que se dispone" MORELLO, A. M., "El proceso justo en el marco del modelo del acceso a la justicia", ED, 161-1041; ídem, "El modelo de justicia en la Constitución de la provincia de Buenos Aires", JA, 1995-I-918. y MORELLO, A. M., VALLEFIN, Carlos, "El amparo. Régimen procesal", Ed. Platense, 1995, 2ª ed.; ídem, "Posibilidades y limitaciones del amparo", ED, 22/11/95.

Siendo que el amparo constituye una acción emergente del plexo constitucional (art. 43 de la Constitución Nacional y 59 de la Constitución Provincial) se convierte en el instrumento garantizador de los derechos fundamentales de los hombres, por ello habiendo denunciado la actora la lesión de derechos de raigambre constitucional considero idóneo el carril que transita, toda vez que la cuestión discutida no requiere mayor debate o prueba.

Esta vía procesal es la única eficiente cuando la conculcación del derecho al acceso a la información se convierte en obstáculo para la consagración de otros derechos reconocidos por la Carta Magna.

A mayor abundancia, la vía del amparo se encuentra expresamente prevista en la ley nacional ley 27275 de acceso a la Información Pública, cuyo objeto es garantizar el efectivo ejercicio del derecho de acceso a la información pública, promover la participación ciudadana y la transparencia de la gestión pública, fundada en los siguientes principios de transparencia y máxima divulgación, gratuidad, entre otros.

Esta norma, prevé como vía de reclamo, además de las administrativas, y sin exigir el agotamiento de la vía administrativa el trámite del amparo (art. 14 ley 27575)

A nivel provincial la recientemente sancionada en Neuquén, Ley 3044, cuyo art. 1 establece: La presente Ley regula los mecanismos de acceso a la información pública, estableciendo el marco general para su desenvolvimiento, sin perjuicio de las normas específicas sobre la materia.

El art. 11 de la citada norma provincial, prevé la habilitación de la vía judicial idónea vencido el plazo de diez días de recibida la interpelación requiriendo la información pública.

Por estos argumentos, entiendo que la vía elegida es idónea para garantizar el derecho del acceso a la información pública.

El derecho lesionado y la tutela judicial efectiva: Sabido es que el derecho a la información es primordial en toda sociedad democrática ya que a través del mismo se hacen exigibles otros derechos.

Se trata de un derecho que tiene sus fuentes constitucionales y supraconstitucionales. En cuanto a las primeras, la publicidad de los actos de gobierno deriva del art. 1 de la CN, la expresión acceso a la información pública se encuentra en el art. 38 de la carta Magna que regula la actividad de los partidos políticos, el art. 41 regula la obligación de las autoridades de proveer información sobre el medio ambiente, el art. 42 confiere el derecho de información de los usuarios y consumidores y el 43 otorga el derecho a acceder a los datos personales que obran en los registros públicos.

Respecto a las segundas se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos de Derechos del Hombre en su art. 13 dispone que toda persona tiene derecho a la libre expresión y a "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística o por cualquier otro procedimiento de su elección."

La CIDH "… ha considerado que dicho artículo protege el derecho que tiene toda persona a solicitar el acceso a la información bajo el control del Estado con las salvedades permitidas bajo el régimen de restricciones de la Convención. Consecuentemente, dicho artículo ampara el derecho de las personas a recibir información y la obligación positiva del estado de suministrarla en forma tal que la persona pueda tener acceso …' El acceso a la Información Pública. Una introducción. Carlos Vallefín- Ed. Ad. Hoc 2009. pag 58.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están de acuerdo en que, a nivel nacional, este derecho se encuentra tácitamente

reconocido en diversas cláusulas constitucionales.

En nuestra provincia, se encuentra reconocido en el art. 25 de la Carta Magna Neuquina que, en su parte pertinente reza “No será trabado el libre acceso a las fuentes de información”.

De esta manera, se ha afirmado la importancia del acceso a la información para asegurar la participación y el control de la gestión pública al sostener que "La Ley Suprema confiere al derecho de dar y recibir información una especial relevancia, que se hace aun más evidente para con la difusión de asuntos atinentes a la cosa pública o que tengan trascendencia para el interés general" (Pérez Arriaga, Antonio c. Arte Gráfica Editorial Argentina S.A.", 02/07/93, Fallos 316:1623 (LA LEY, 1993-E, 83).

Este derecho tiene como fundamento, uno de los principios fundamentales sobre los que se asienta una república que es la publicidad de los actos de gobierno (C. Nac. art. 1) que implica la obligación de comunicar a los administrados, en forma efectiva, las decisiones que han tomado quienes ocupan cargos públicos, ya sea en los poderes de gobierno, ejecutivo, legislativo o judicial, como de aquellos que integran organismos públicos de contralor.

Es así, que ha sido legislado y reglamentado a nivel nacional y provincial mediante el dictado de las Ley 27275 de Acceso a la Información Publica, y la Ley 3044, esta última en diciembre de 2016.

Del análisis integral de estos derechos y garantías, surge que la efectivización del acceso a la información requerida tiene como fin último la consagración de otros derechos reconocidos por todo el plexo normativo internacional, nacional y provincial.

Entre ellos se encuentra la protección integral de la niñez y adolescencia consagrados en el art. 47 de la Constitución Provincial donde reza “La Provincia reconoce a las niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derechos, les garantiza su protección y su máxima satisfacción integral y simultánea, de acuerdo a la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la que queda incorporada a esta Constitución, en las condiciones de su vigencia.

El Estado legisla y promueve medidas de acción positiva tendientes al pleno goce de sus derechos, removiendo los obstáculos de cualquier orden que limiten de hecho su efectiva y plena realización.

El Ministerio Público a través de órganos especializados y los demás órganos competentes, promueve por sí o promiscuamente, todas las acciones útiles y necesarias para la protección y promoción de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, privilegiando su interés superior.”

La información requerida en el presente caso, es la relativa a la implementación y cumplimiento de la ley 2955 que crea el Régimen Provincial de Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes, en el marco de la Ley 2302, de protección integral de los derechos del niño y del adolescente, y la Ley Nacional 26.061, de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Dentro de su articulado prevé la Organización y clasificación de los hogares, condiciones para trabajar en los hogares, el persones de los hogares, describe las autoridades y funciones de cada uno

La finalidad de esta ley es regular el cumplimiento de la medida excepcional de protección brindando cobertura integral a los requerimientos básicos esenciales (alojamiento, alimentación, educación, atención integral de la salud, recreación, apoyo afectivo y psicológico, entre otros) de niños, niñas y adolescentes que se encuentren separados de su medio familiar. (art. 3 ley 2955)

En atención a sus propósitos, esto es, la cobertura integral y contención de niños, niñas y adolescentes que se encuentran separados de sus familias, es prioritario que el cumplimiento del Régimen de Hogares sea debidamente controlado por la Defensoría de los derechos del niño de conformidad con la función encomendada por el art. 49 inc. 7 y 5 de la ley 2302.

Es así que el acceso a la información sobre la organización, plantel, preparación y cumplimiento de funciones de las personas que integran el sistema de Hogares de la Provincia, es fundamental para poder articular otras acciones o tomar medidas de resguardo de los derechos de sus tutelados, en este caso, niñas y niños en situaciones de extrema vulnerabilidad. Por ello deben garantizarse los carriles judiciales y administrativos para remover los obstáculos para obtener los datos requeridos y, eventualmente velar por su cumplimiento.

Examinando ahora la respuesta del Estado Provincial demandado, detallaré una por una las pretensiones a los efectos de constatar si se ha cumplido con la información requerida:

1) Nomina de las personas que trabajan en Hogares, detallando sus datos personales y especificando en qué hogar prestan funciones. Se encuentra agregada a fs. 26/27 la del Hogar Yampai, a fs. 38/39 la correspondiente a Hogares de Zapala, a fs. 41 del Hogar Misericordia, a fs. 53 del Hogar Amancay, a fs. 64/69 del Hogar Convivencia, Malen, Amancay, Conviviendo, Hue Lihue, Trabajadores en Dirección General de Adolescencia, Libertad Asistida, Niños en situación de calle y Centro la Sirena y a fs. 72/74 se reitera Proyecto Conviviendo

2) Certificado de aptitud psicofísica y social de cada uno de ellos: no se cumplió.

3) La formación y capacitación en la temática de niñez y adolescencia, e idoneidad en la función de cada una de las personas que trabajan en los hogares: Este punto se encuentra incompleto, conforme surge de las fojas señaladas en el punto 1); se detallaron

en todos los casos el nivel alcanzado de instrucción pero sin especificar si se encuentran capacitados en la temática de la niñez y adolescencia.

Únicamente en relación o de la Agente Flores María Elizabeth del Hogar Casa de Admisión se acreditaron cursos específicos en la temática (fs. 30/34).

Y respecto del personal la realización de un taller de ternura y buen trato a fs. 36. Respecto de todos los demás Hogares no se adjuntaron constancias de formación y capacitación.

4) Indique si las personas que prestan funciones en los hogares han sido designadas a través de concurso de antecedentes y oposición: No fue informado.

5) Acompañamiento de constancias que acrediten que los trabajadores no se encuentran comprendidos en las inhabilidades previstas por el citado art. 7, específicamente si: a) Están inscriptos en el Registro Provincial de Deudores Alimentarios y Morosos. b) Están inscriptas en el Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria, por haber cometido: Delitos contra las personas c) Tengan antecedentes penales y/o contravencionales, según el Certificado de Antecedentes personales expedido por la Policía Provincial y Federal.

No fue informado.

6) Respecto de cada uno de los Hogares, detalle si cuentan con el personal que exige el artículo 8º: fue contestado en los informes detallados en el punto 1.

7) Indique si los talleristas de desarrollo integral y los profesores de enseñanza escolar han sido aportados por el Consejo Provincial de Educación. (conforme art. 8 de la Ley 2955) Solo informó que cuentan en Hogar Yampai y Amancay fs. 26 y 53. Cumplido parcialmente.

8) Si cada uno de los directores cuenta con título universitario o terciario afín a la actividad o, en su defecto, si posee experiencia laboral en tareas o actividades análogas, acreditando cada una de estas circunstancias con la debida documentación: no se cumplió.

9) Si cada uno de los subdirectores cuenta con especialización en temas de infancia y, en caso de no contar con ello, con experiencia laboral relacionada con la temática, acreditando cada una de estas circunstancias con la debida documentación. Se informó pero surge que los hogares no cuentan con subdirector.

10) Si los Educadores cuentan con título secundario y poseen capacitación en la temática de la niñez y adolescencia y/o experiencia de trabajo acreditada con niñas, niños y adolescentes. Acreditando cada una de estas circunstancias con la debida documentación. No se adjuntó documental, únicamente la referida al Taller de Ternura y Buen Trato del Hogar Admisión Fs. 36.

11) Si la selección de los Educadores se ha realizado a través de mecanismo de selección que garanticen que cuentan con el perfil adecuado para ello, teniendo en cuenta que el art. 9 de la Ley 2955 señala que los educadores deben demostrar compromiso, solidaridad, empatía, autocontrol, capacidad de relacionarse de manera positiva con el otro y apertura para vincularse afectivamente con las niñas, niños y adolescentes albergados.

No se informó.

12) Si los menús de comida programados para cada Hogar se realizan con el asesoramiento de un profesional de la nutrición, tal y como lo exige el art. 9 de la Ley 2955, acompañando documentación suscripta por el nutricionista seleccionado. Se agregaron los menús semanales de los hogares, sin informar si se encuentran respaldados por profesional de nutrición. Hogar Yampai fs. 28, Admisión fs. 37, Hogar Misericordia fs. 43, Amacay Fs. 52, Convivencia fs. 55/56, Hue Lihue fs. 63, Conviviendo 75/76, Fundación Fedra fs. 78. Informado parcialmente.

13) Informe los cronogramas de horarios de los trabajadores de cada Hogar, a efectos de constatar si se cumple con lo dispuesto por el Artículo 10, el cual dispone que cada Hogar debe contar, como mínimo, con un educador por turno cada cuatro/cinco niños. No se encuentra informado satisfactoriamente, únicamente obra sobre Hogar Convivencia fs. 57 y Conviviendo fs. 71. Informado parcialmente.

14) Acompañe los informes que den cuenta del cumplimiento del Artículo 11 de la Ley 2955, que dispone que el personal debe ser evaluado y supervisado, al menos, una vez al año. No se encuentra informado.

15) Indique si el Ministerio a su cargo realiza las supervisiones técnicas a los equipos de profesionales que se desempeñan en los Hogares, conforme lo exige el art. 11 de la Ley 2955. No se encuentra informado.

16) Informe si, en cumplimiento del Artículo 12, han diseñado capacitaciones para el personal de los Hogares. No fue informado.

17) Respecto de cada uno de los hogares, informe si los mismos cuentan con la estructura edilicia que exige el Artículo 12 y en caso de no contar con dichos espacios indique las acciones concretas que se están llevando a cabo para contar con ellos.

No fue informado.

18) Informe respecto de cada Hogar si los niños desarrollan actividades físicas y deportivas en clubes y centros deportivos, detallando nombre de cada niño y lugar al cual asisten (art. 13 de la ley 2955) Informado parcialmente.

19) Informe si cada uno de los Hogares cuenta con las medidas necesarias para que puedan acceder niñas, niños y adolescentes con discapacidades (Artículo 15) No se informó.

20) Informe si cada uno de los hogares cuenta con las medidas de seguridad, exigidas en el artículo 16, acompañando fotografías y un informe suscripto por un profesional idóneo en materia de seguridad.

No se informó ni adjuntó documental.

21) a).- Cuál es la partida presupuestaria anual que se ha destinado a los hogares.

Se contesto a fs. 46/49.

b).- ¿Existe una partida presupuestaria para cada hogar? Se informo a Fs. 46/49.

c).- ¿Cuál es la autoridad administrativa que decide sobre el manejo de esos fondos.? No se informó.

De todo lo expuesto se puede concluir, que la actora ha demostrado con claridad cual ha sido la conducta omisiva por parte de la administración, lo que conlleva a la conculcación del derecho a la información que se intenta resguardar.

Conducta de la administración: En el caso de autos la Defensoría del Niño y el Adolescente, solicita información relativa a la implementación de la Ley 2955 llamada Régimen Provincial de Hogares de Niñas, Niños y Adolescentes conforme surge de los oficios presentados por dicho organismo en fecha 10 de mayo de 2016 y 16 de septiembre de 2016.

Del análisis realizado en el acápite anterior surge que conducta de la demandada, si bien contesta el requerimiento realizado en estos autos –una vez iniciada la vía judicial- lo hace en forma parcial y no invoca causales eximentes de dicha conducta ni fundamenta la misma.

Asimismo, y sin perjuicio de responder en forma incompleta los datos solicitados conforme surge del informe examinado, no cuestiona la validez del derecho invocado consintiendo de esta forma con la pretensión de la actora.

Esta conducta importa una omisión en el actuar estatal que lesiona los derechos y principios a los que he hecho referencia. Por ello, nos encontramos ante una omisión arbitraria y lógicamente lesiva por parte de la Autoridad pública.

Bidart Campos sostiene: “Muchas veces hablar del acto lesivo o de acto reclamado, puede dar la impresión de que se quiere designar un hecho positivo, que se comete mediante una actividad determinada. Sin embargo en el concepto de acto lesivo, como ya lo adelantáramos, hay que involucrar también los hechos negativos, es decir las abstenciones y omisiones que provocan perjuicio en detrimento de un derecho o de una libertad. No siempre la contravención emana de un acto positivo; también se puede causar daño por la inacción, retardando, suspendiendo u omitiendo la realización de un acto...” (Régimen Legal y Jurisprudencia del Amparo).

La omisión en que ha incurrido la demandada deviene inconstitucional mereciendo la misma protección que los actos inconstitucionales conforme lo expresa el art. 1 de la ley 1981.

La negativa u omisión de la provincia a brindar la totalidad de la información contradice la publicidad de los actos de gobierno, principio inherente al sistema republicano, adoptado por la Constitución de la Provincia.

De lo expuesto se colige que ante la vulneración del derecho a la información, mediante la ilegítima omisión del Estado, deviene necesario brindar efectiva protección a los intereses colectivos en juego. Es por ello que dados los requisitos necesarios para abrir la instancia judicial a través de la vía del amparo, corresponde declarar la procedencia del mismo.

Las costas se impondrán a la Provincia demandada vencida.-

Por lo expuesto, normas constitucionales y legales y doctrina citadas,

FALLO:

I- Haciendo lugar a la acción de amparo deducida, y en su mérito deberá la parte demandada, en el término de treinta días (30) de notificada de la presente, brindar la información integral requerida por las Sra. Defensoras de los Derechos del Niño y del Adolescente, enumerada en la demanda y que no ha sido contestada en autos de conformidad con lo constatado en los considerandos.

Ello bajo apercibimiento de imponer astreintes ante el incumplimiento.

II)- Imponiendo las costas a la parte demandada vencida (art. 68 del C.P.C. y C.).

III) Regular los honorarios de los Dres....en la suma de pesos .... en conjunto (art. 36 ley 1595) IV) Regístrese y notifíquese electrónicamente.

Dra. MARIA GABRIELA AVILA - Juez

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

"B. C. R. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA" - Juzgados de Familia, Niñez y Adolescencia N° 2 - I Circunscripción Judicial – (Expte.: 50763/2011) – Sentencia: S/N – Fecha: 30/03/2017

DERECHO DE FAMILIA: Persona humana.

RESTRICCIONES A LA CAPACIDAD. PERSONAS CON DISCAPACIDAD MENTAL. EXCLUSION DEL SUPUESTO DE INACAPACIDAD. MEDIDAS DE APOYO AL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD. EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL. ACCESO A LA JUSTICIA. FALCULTADES DEL JUEZ. DEBIDO PROCESO.

1.- Toda vez que se advierte que la persona con discapacidad de autos ha desarrollado nuevas habilidades y adquirido nuevas herramientas que le permiten desenvolverse en el medio familiar y social con mayor autonomía, corresponde con fundamento en Código Civil y Comercial, la ley de Salud Mental 26.657, así como a los lineamientos establecidos por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad- aprobada por nuestro país mediante la ley 26.378- y de jerarquía supralegal, revisar la sentencia que declaró su incapaciad, en los términos del art. 141 del antiguo Código Civil, en base a su diagnóstico de retraso mental moderado, en función a las habilidades adquiridas hasta ese momento, y, como consecuencia de su reevaluación excluirla del supuesto de incapacidad en el que fuera incluida, previsto actualmente en el art. 32 última parte del C.C.yC.; restringir su capacidad de realizar actos de administración y disposición de bienes, de actuar en juicio y de prestar consentimiento informado, estableciendo que sea acompañada por una figura de apoyo en la realización de los mismos.; restringir la capacidad de ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo, determinando que sea asistida por una figura de apoyo en el otorgamiento del consentimiento expreso que el art. 645 del C.C.yC. requiere para la realización de los actos allí enumerados, en el otorgamiento del consentimiento requerido a los progenitores en el ámbito de la salud, en el ámbito educativo y en términos generales, en cualquier cuestión en la que se le requiera que como madre preste consentimiento, como requisito previo y esencial, para que su hijo realice algún acto o actividad; determinar que su madre, se constituya como figura de apoyo, debiendo acompañarla en la realización de los actos para los que se ha restringido su capacidad, asistiéndola para que ella comprenda los alcances del acto y ella misma decida en consecuencia. La presencia de la figura de apoyo en la realización de cualquiera de los actos previamente mencionados, constituye una condición de validez, más no requiere el otorgamiento de su propio consentimiento; determinar que todo el grupo familiar se constituya como sistema de apoyo para acompañarla, asistirla y supervisarla en los aspectos diarios de su vida, procurando el desarrollo de sus capacidades, el cuidado de su persona y la inclusión en ámbitos sociales; hacer saber al sistema de apoyo que especialmente deberá

garantizar que ella ejerza plenamente la maternidad, participando activamente de las decisiones vinculadas al desarrollo de su hijo y asumiendo las responsabilidades de su crianza, sin ser desplazada de su rol de madre en ningún momento y brindándole la asistencia que resulte apropiada a cada aspecto y etapa que su hijo transite; disponiéndose la revisión de la presente resolución en el término de tres años.

2.- El supuesto de incapacidad que la normativa vigente ha mantenido, resulta ser excepcional y debe restringirse únicamente a los casos en los que se presenta una imposibilidad absoluta de expresar la voluntad en todo tipo de actos y no existe una red de apoyo eficaz, de modo que la solución jurídica aparece como la única forma de brindar protección a la persona. Fuera de este supuesto, los lineamientos generales contenidos en la CDPD y en el actual Código Civil imponen la obligación de establecer los apoyos que cada caso necesita para la realización de actos puntuales pudiendo determinarse incluso, los actos que requieren la representación de un tercero. En base a ello, considero que R. necesita acompañamiento de un tercero en la toma de decisiones de trascendencia en la vida de su hijo, pues en lo que concierne a su cuidado personal- en los términos del art. 648 del CCC-, ella es autónoma, asumiendo incluso sin la presencia de una tercero, los cuidados cotidianos propios de la crianza de un niño, tales como alimentarlo, cambiarlo, bañarlo. De modo que el acompañamiento que R. necesita se circunscribe a la toma de decisiones vinculadas a aspectos de trascendencia para la vida de su hijo y a la realización de los actos que como consecuencia de esas decisiones, deban realizarse.

3.- La discapacidad es una condición variable y no estática, que depende en gran medida de la vinculación de la persona con su entorno.

3.- La ley de salud mental en un primer momento, y actualmente el C.C.yC., determinaron la obligación de reevaluar en forma periódica la restricciones a la capacidad que se dispusieran respecto de una persona, con el fin de efectuar todos los ajustes legales que pudieren resultar adecuados a esas modificaciones que van operando como consecuencia de la interacción de una persona con alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, con su entorno.

4.- Al considerar las dificultades que R. presenta para desenvolverse autónomamente en algunos aspectos así como los cuidados y las necesidades que un hijo requiere en las distintas etapas de su crecimiento, se impone la necesidad de establecer apoyos que asistan a R., en la medida de sus limitaciones, para que pueda ejercer autónomamente la responsabilidad parental de su hijo. Es decir que, las restricciones a la capacidad jurídica dispuestas en relación a R. no implican la suspensión de la capacidad de ejercer la responsabilidad parental de su hijo- en el sentido de impedir su ejercicio- sino la determinación de los apoyos y ajustes razonables para que ella pueda asumir los deberes y derechos que como madre le corresponden sobre la persona de su hijo, para su protección, desarrollo y formación integral. Esta solución aparece como la más adecuada tanto para ella como para el niño, quien tiene derecho no sólo a desarrollarse en el seno de su familia y en contacto directo con su madre, sino a establecer un adecuado vínculo materno filial en el que ella sea quien asuma personal y principalmente su cuidado, protección y educación, en pleno ejercicio de su rol materno.

5.- En situaciones en los que se ven involucradas personas en condiciones de vulnerabilidad por presentar alguna deficiencia física o intelectual que les dificulta o la comprensión, el derecho al acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas, aparece como un complemento necesario de la garantía del debido proceso.

Texto completo:

Neuquén, 30 de Marzo del año 2017.

AUTOS Y VISTOS: Estos autos caratulados: "B. C. R. A. S/ CAPACIDAD JURIDICA", Exp. 50763 del año 2011 del Registro del Juzgado de Familia N° 2, secretaria única a mi cargo, traídos a despacho para dictar la revisión de la sentencia, de los que

RESULTA: Vienen estas actuaciones para emitir pronunciamiento relativo a las capacidades de la Sra. R. A. B. C. con motivo de la reevaluación que se efectuara en autos, en el marco de lo previsto en el art. 40 del C.C.yC.

Conforme surge de fs. 36/38, el 16 de mayo de 2012 se declaró la incapacidad de la Sra. B. C., en los términos del art. 141 del antiguo Código Civil, en base a su diagnóstico de retraso mental moderado y en función a las habilidades adquiridas hasta ese momento, se designó a la Sra. A. L. C. U. su madre como curadora.

Con la entrada en vigencia del C.C.y C., en fecha 15/02/2016 a fs. 106 se dispuso la revisión de la sentencia y en consecuencia, la reevaluación de sus capacidades y la asignación de un asesor letrado para que la asista durante el proceso (art.31).

A fs. 108, R. A. se presentó con el patrocinio de la Dra. Alejandra Vidal, titular de la Defensoría Pública Civil N° 8.

A fs. 110 se ordenó la realización de una evaluación interdisciplinaria, la que se realizó en el mes de junio del año 2016 por la Licenciada en servicio Social, María Inés Parada, la Licenciada en psicología Silvana García y el médico psiquiatra Diego Zunino, agregándose el informe correspondiente a fs.119/120.

A fs. 121, se corrió traslado del mismo a la interesada y a su curadora.

A fs. 126 se mantuvo entrevista con la Sra. B. C. quien concurrió acompañada por su madre, en presencia del Ministerio Público.

A fs. 129 y 131 dictaminaron los Ministerios Público y Fiscal.

CONSIDERANDO: I.- Entrando en análisis de la cuestión traída a resolver, comenzaré por señalar que las evaluaciones realizadas serán merituadas en función a la a la normativa vigente contenida en el Código Civil y Comercial, la ley de Salud Mental 26.657, así como a los lineamientos establecidos por la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad- aprobada por nuestro país mediante la ley 26.378- y de jerarquía supralegal.

Ese es el marco normativo de toda decisión a adoptar en torno a la discapacidad y a las cuestiones de capacidad jurídica, en base al cual se introduce una nueva visión, que parte de la base de entender que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias (físicas, mentales, intelectuales o sensoriales) y las barreras debidas a la actitud y el entorno (art. 1), desplazando de ese modo el modelo médico por un modelo social y de derechos.

Como consecuencia de esta visión, se entiende que la discapacidad es una condición variable y no estática, que depende en gran medida de la vinculación de la persona con su entorno.

Siguiendo esa línea, la ley de salud mental en un primer momento, y actualmente el C.C.yC., determinaron la obligación de reevaluar en forma periódica la restricciones a la capacidad que se dispusieran respecto de una persona, con el fin de efectuar todos los ajustes legales que pudieren resultar adecuados a esas modificaciones que van operando como consecuencia de la interacción de una persona con alguna deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, con su entorno.

Entrando en estudio del caso particular, surge que en el año 2012 la Sra. R. A. B. C. fue declarada incapaz en los términos del art. 141 del C.C., al evaluarse que presentaba un diagnóstico de retraso mental moderado- de característica crónica y con pronóstico desfavorable, y que necesitaba de asistencia, cuidado y control permanentes por parte de terceros, pues, entre otros aspectos, no había adquirido la lectoescritura, ni conocía el valor del dinero.

Desde entonces a la fecha, se advierte que si bien el diagnóstico de R. se mantiene, el cuadro no ha involucionado pese al pronóstico desfavorable que en su momento fuera informado por los profesionales médicos en autos.

Por el contrario, si se compara la situación evaluada antes del dictado de la sentencia de incapacidad con la situación actual de la interesada, se aprecia que la Sra. B. ha desarrollado nuevas habilidades y adquirido nuevas herramientas que le permiten desenvolverse en el medio familiar y social con mayor autonomía. Ello es producto de su esfuerzo personal y el de su familia, así como de la participación en espacios educativos y recreativos: sostiene desde hace varios años la concurrencia a la escuela taller del municipio, ha asistido a clases de costura y de actividad física. Surge de la evaluación interdisciplinaria agregada en autos (fs.

119/0), que R. tiene 30 años de edad, vive con su hijo B. A. B., de 5 años, su madre A. C. U. y hermanos.

Se desenvuelve con mínima supervisión en la vida doméstica, realizatareas sencillas, tiene hábitos de higiene y cuidado personal de su cuerpo y de los espacios. Convive de forma armoniosa con sus familiares y entabla lazos afectivos con ellos, preocupándose especialmente por las necesidades de su hijo, a quien atiende personalmente con la ayuda de su madre.

En su hogar, su comportamiento es tranquilo, colabora con tareas sencillas (lavado, barrido) y suele realizar mandados a negocios cercanos del barrio, siempre con algún tipo de acompañamiento, no cocina.

R. concurrió a una Escuela Taller dependiente del municipio neuquino, actividad que era de su agrado y en donde aprendió a sumar y a escribir su nombre.

Se vincula socialmente con grupos de pares, ya que practica fútbol en el club barrial, al que concurre por sus propios medios.

Es capaz de movilizarse sola en colectivo, en trayectos cortos en donde se orienta sin dificultad.

Actualmente su salud es estable, con controles en centros de Salud Pública. R. siempre ha vivido con su familia, requiriendo la supervisión de terceros. No obstante, podría vivir sola con acompañamiento domiciliario, en caso de faltar sus referentes afectivos.

Presenta conciencia de sus limitaciones: delega en su madre las decisiones importantes acerca de su cuidado y de los de su hijo. Comprende indicaciones médicas sencillas pero no se encuentra en condiciones de tomar decisiones relevantes.

Su modo de funcionamiento se sostiene en un ambiente protector, el que es brindado por su madre principalmente. Sus actividades sociales y de inserción comunitaria requieren de una mirada externa ya que se presenta vulnerable a los factores de riesgo del medio social.

Podría votar, aunque como es extranjera, no se interesa por modificar su situación de ciudadanía.

Los profesionales concluyen en que R. B. presenta autonomía en el plano de las tareas diarias, tales como higiene y cuidado personal, y es capaz de desenvolverse en lugares acotados de manera independiente. Sin embargo, para cuestiones que revisten mayor complejidad, requiere de la asistencia y supervisión de su madre y demás familiares. Ya sea en el cuidado de su hijo, o en la toma de decisiones relevantes para sí misma o para el pequeño, como para la administración de sus bienes y dinero, ya que sólo comprende la posibilidad de efectuar pequeñas compras cotidianas.

De acuerdo al estado actual de salud, y por la situación familiar vigente, se considera que las evaluaciones forenses deberían llevarse a cabo cada tres años como plazo máximo establecido por ley.

En la audiencia mantenida en sede, R. mencionó aspectos de su vida cotidiana, en los que dio cuenta de su vínculo con B. y de las responsabilidades que asume en su cuidado y crianza. Al respecto relató que lo baña, le cocina así como también que se queda a cargo de él cuando su madre debe salir. Su madre hizo saber que ella es la principal referente de apoyo y que sus otros hijos acompañan.

Al revisar los elementos médicos, psicológicos y sociales de la situación de R. en función al derecho vigente, considero que su caso no encuadra en el supuesto excepcional previsto por el art. 32 en su última parte, el que establece que por excepción y cuando una persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyo resulte ineficaz, puede declararse su incapacidad y designarse un curador.

R. se comunica perfectamente con el entorno familiar y social, transmite sus deseos y pensamientos sin problemas, tiene un hijo pequeño con el que se vincula adecuadamente, interactuando con él desde un lugar maternal.

Debe tenerse en cuenta que el supuesto de incapacidad que la normativa vigente ha mantenido, resulta ser excepcional y debe restringirse únicamente a los casos en los que se presenta una imposibilidad absoluta de expresar la voluntad en todo tipo de actos y no existe una red de apoyo eficaz, de modo que la solución jurídica aparece como la única forma de brindar protección a la persona. Fuera de este supuesto, los lineamientos generales contenidos en la CDPD y en el actual Código Civil imponen la obligación de establecer los apoyos que cada caso necesita para la realización de actos puntuales pudiendo determinarse incluso, los actos que requieren la representación de un tercero.

En este sentido, señala Rivera sobre la restricción de capacidad que “En principio se la considerará una persona capaz, aunque con incapacidad para ejercer por sí sola determinados actos que se especifiquen en la sentencia (art. 24 inc. c), Allí el juez fijará las funciones de los apoyos que se designen, quienes en el ejercicio de su función deberán actuar de modo de promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida. El apoyo no debe sustituir la voluntad de la persona protegida por aquello que el apoyo pudiera considerar que es más beneficioso de acuerdo al punto de vista de éste. La posibilidad de que los apoyos puedan ejercer funciones de representación para algunos actos (art. 101 inc. c) no afecta tal conclusión, puesto que la representación que en estos casos se otorga al apoyo lo es para que actúe de acuerdo a la voluntad, deseos y preferencias de la persona protegida. Los alcances de las funciones de los apoyos surgen del art. 43 y han sido

incorporados al sistema del Código en virtud de lo normado en el art. 123 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad."

En función a ello, entiendo que la protección que R. requiere se alcanza mediante un sistema de restricción a la capacidad y de apoyos que la asistan principalmente en la toma de decisiones de trascendencia en su vida y en la de su hijo.

Siguiendo esa línea, considero adecuado restringir su capacidad de realizar actos de administración y disposición de bienes, de actuar en juicio y de prestar consentimiento informado, determinando que para estos actos R. cuente con el apoyo de su madre.

De modo que para administrar y disponer de bienes- entre los que por supuesto se incluye el dinero- presentarse y actuar en juicio así como otorgar su consentimiento y/o autorización en cuestiones vinculadas a la salud, deberá estar acompañada por su madre, quien como figura de apoyo la asistirá, orientará y aconsejará para que ella comprenda los alcances del acto y ella misma decida en consecuencia.

La presencia de la figura de apoyo en la realización de cualquiera de los actos previamente mencionados, constituye una condición de validez, aun cuando no importe el otorgamiento de consentimiento de parte de la progenitora.

En cuanto al cuidado de su salud, desenvolvimiento cotidiano y vinculación con el entorno social, entiendo adecuado establecer un sistema de apoyo integrado tanto por la madre como por los hermanos de R., tendiente a acompañarla, asistirla y supervisarla en la medida de sus necesidades.

II- Sentado ello, merece una consideración aparte el ejercicio de la responsabilidad parental, pues la cuestión involucra tanto los derechos de R. como persona con discapacidad como los de su hijo B., como niño.

Los intereses de ambos se encuentran especialmente protegidos por el sistema normativo provincial, nacional e internacional, por lo que es necesario alcanzar una solución jurídica que contemple los derechos de los dos en igual medida.

La cuestión será merituada y resuelta en base a la Convención sobre los Derechos del Niño, la que declara a la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y bienestar de todos sus miembros, y reconoce el derecho del niño a preservar su identidad (art. 8). Asimismo, determina la obligación de velar por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos y por qué mantenga relación personal y contacto directo con ambos regularmente, salvo que ello contradiga su interés superior (art. 9). Como contrapartida, establece la obligación de prestar la asistencia apropiada a los progenitores para el desempeño de sus funciones, en lo que respecta a la crianza del niño (art. 18).

De igual manera resulta también aplicable lo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que declara a la familia como elemento natural y esencial de la sociedad, así como también determina el deber de los Estados de el de proteger al niño y su familia y reconoce el derecho a la vida familiar y a fundar una familia sin discriminación (conf. arts. 11, 17, 19 y 24).

Estas directivas impartidas a los Estados por ambos instrumentos, también ha sido objeto de particular atención de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la que ha destacado en reiteradas oportunidades la importancia del disfrute de la convivencia del hijo con sus padres, de los lazos familiares, del fortalecimiento y asistencia del núcleo familiar por el poder público, y de la excepcionalidad de la separación del niño de su grupo de origen (cf. "Forneron e hija vs. Argentina", sentencia del 27/04/2012, esp. párr. 48, 116, 117, y 123; "Chitay Nech y otros vs. Guatemala", sentencia del 25/05/2010, en esp. párr. 101, 157 y 158; "Gelman vs. Uruguay", sentencia del 24/02/2011; en esp. párr. 125; y Opinión Consultiva n° 17 relativa a la Condición Jurídica y los Derechos Humanos de los Niños [OC-17/02], esp. párr. 65 a 68, 71 a 77 y 88; y párr. 4 y 5 de las conclusiones finales del informe).

En la órbita nacional, la ley 26.061, recoge expresamente el derecho del niño a crecer y desarrollarse en su familia de origen y a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres (art. 11). En igual sentido se pronuncia la ley 2.302 en el ámbito provincial, al determinar la obligación del Estado de garantizar al niño y al adolescente, cualquiera sea la situación en que se encuentre, su contención en el grupo familiar y en su comunidad a través de la implementación de políticas de prevención, promoción, asistencia e inserción social (art. 8)

Por otro lado y desde otro ángulo, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagra explícitamente como principios generales del sistema: la autonomía individual- que incluye la prerrogativa de tomar las propias decisiones y la independencia de las personas-, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades y la accesibilidad.

Puntualmente en su artículo 23, dedicado al respeto por el hogar y la familia, dispone que "... los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con (...) la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás". A tal fin deberán garantizar la prestación de "...la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos...".

Por su parte el Código Civil y Comercial, además de contemplar expresamente el deber de interpretar las reglas y resolver las cuestiones conforme con la Constitución Nacional y los tratados sobre Derechos Humanos en los que la República sea parte, establece la capacidad general de ejercicio de la persona humana como regla fundamental sobre la que se asienta el régimen de restricciones a la capacidad, estableciendo que las limitaciones son de carácter excepcional y siempre en beneficio de la persona (art. 31).

En congruencia con ello, determina la obligación de establecer los apoyos necesarios y ajustados a cada caso, para promover la autonomía de la persona y favorecer las decisiones que respondan a sus preferencias y conveniencia (art. 32).

Siguiendo estos lineamientos principales, el régimen jurídico de la responsabilidad parental recoge las reglas generales de presunción de la capacidad y de excepcionalidad de las restricciones, al considerar la limitación de la capacidad como una causal de suspensión de su ejercicio, única y exclusivamente, cuando un juez evalúe y determine que en el caso particular existen causas graves de salud que impidan su ejercicio.

Así, el art. 702 del CCC establece los casos en los que se suspende el ejercicio de la responsabilidad parental, contemplando como uno de los supuestos, la declaración por sentencia firme de la limitación a la capacidad por razones graves de salud mental que impidan al progenitor dicho ejercicio.

Como bien explica Mizrahi, “En efecto, la suspensión de la responsabilidad parental sólo operará cuando se declare mediante sentencia judicial la limitación a la capacidad, previa acreditación de que la afección le impide al progenitor dicho ejercicio. Quiere decir que se evaluará cada caso concreto- experticias mediante- para decidir si efectivamente el padre está impedido de ejercer sus funciones. Con acierto, entonces, como bien se dijo, esta causal ha sido readecuada a los principios que emanan del modelo social de la discapacidad, conforme a la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y la ley nacional de salud mental 26.657. El criterio reinante es que la limitación de la capacidad de la persona no ha de implicar necesariamente la imposibilidad de ejercer la responsabilidad parental. Este nuevo paradigma impone al juez al momento de la declaración de la imitación a la capacidad, determinar si en ese supuesto específico existen razones queimpidan el ejercicio de la responsabilidad parental.” (Mizrahi, Mauricio Luis, Responsabilidad parental, Ed. Astrea, año 2015, pág. 509).

Sentado el marco normativo en base al cual se resolverá la cuestión y enfocándome en las particularidades del caso, considero que las restricciones dispuestas previamente sobre la capacidad jurídica de la Sra. B. C. no justifican la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B..

No obstante, al considerar las dificultades que R. presenta para desenvolverse autónomamente en algunos aspectos así como los cuidados y las necesidades que un hijo requiere en las distintas etapas de su crecimiento, se impone la necesidad de establecer apoyos que asistan a R., en la medida de sus limitaciones, para que pueda ejercer autónomamente la responsabilidad parental de su hijo.

Es decir que, las restricciones a la capacidad jurídica dispuestas en relación a R. no implican la suspensión de la capacidad de ejercer la responsabilidad parental de su hijo- en el sentido de impedir su ejercicio- sino la determinación de los apoyos y ajustes razonables para que ella pueda asumir los deberes y derechos que como madre le corresponden sobre la persona de su hijo, para su protección, desarrollo y formación integral.

Esta solución aparece como la más adecuada tanto para ella como para el niño, quien tiene derecho no sólo a desarrollarse en el seno de su familia y en contacto directo con su madre, sino a establecer un adecuado vínculo materno filial en el que ella sea quien asuma personal y principalmente su cuidado, protección y educación, en pleno ejercicio de su rol materno.

Al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso “l., J. M. s/ protección especial” (07/06/2016), al señalar que “(...) la existencia de necesidades de estímulo y contención no puede constituir por sí, un argumento válido para despojar a una persona con retraso madurativo de la oportunidad de ejercer plenamente sus derechos fundamentales.

Antes bien, es la presencia de esas necesidades la que impele al sistema universal de derechos humanos para imponer a la autoridad pública la carga positiva de prestar los apoyos y ajustes razonables.”

En función a lo desarrollado y en base a la evaluación interdisciplinaria que se efectuara en autos, considero que R. necesita acompañamiento de un tercero en la toma de decisiones de trascendencia en la vida de su hijo, pues en lo que concierne a su cuidado personal- en los términos del art. 648 del CCC-, ella es autónoma, asumiendo incluso sin la presencia de una tercero, los cuidados cotidianos propios de la crianza de un niño, tales como alimentarlo, cambiarlo, bañarlo.

De modo que el acompañamiento que R. necesita se circunscribe a la toma de decisiones vinculadas a aspectos de trascendencia para la vida B. y a la realización de los actos que como consecuencia de esas decisiones, deban realizarse.

Así, deberá ser asistida por una figura de apoyo en el otorgamiento del consentimiento expreso que el art. 645 del CCC requiere en para la realización de los actos allí enumerados. También en el otorgamiento del consentimiento requerido a los progenitores en el

ámbito de la salud- para la realización de tratamientos, prácticas e intervenciones médicas, se encuentre en riesgo su vida o no-, en el ámbito educativo -inscripciones, salidas, viajes, entre otros-, y en general para cualquier acto que pudiese lesionar gravemente sus derechos.

En términos generales y para mayor claridad, en cualquier cuestión en la que se le requiera a la Sra. B. que como madre de B. preste su consentimiento, como requisito previo y esencial, para que su hijo realice algún acto, ejerza algún derecho, sea incorporado a un ámbito determinado, participe de alguna actividad y/o reciba atención de médica.

En línea a lo ya dispuesto, considero que la Sra. A. L. C. U. su madre resulta la persona idónea para asumir esta función, por ser un referente positivo de apoyo y contención, tanto para ella como para B..

Concretamente su rol será el de acompañar, orientar y asistir a R. en el proceso de toma de decisión de cualquier cuestión de trascendencia vinculada a la crianza, la educación y la salud de B.. Puntualmente, en los actos previamente señalados- que importen la emisión de consentimiento expreso de R.como progenitora- la figura de apoyo tendrá la obligación de estar presente en el acto, como condición de validez del mismo, más no de expresar su propio consentimiento.

Como ya se dijera antes, la figura de apoyo no reemplazará ni sustituirá a la Sra. B., sino que se limitará a asistirla y acompañarla en la realización de estos actos específicos.

Sin perjuicio de ello, con el fin de garantizar también el resguardo del interés del niño, considero necesario otorgarle a la figura de apoyo las facultades que prevé el art. 644 del CCC, en su segundo párrafo, a quienes ejercen la responsabilidad parental de progenitores adolescentes.

Si bien el Código Civil y Comercial contempla un supuesto que no es absolutamente equiparable a la situación de R., y en el caso particular, la asistencia de la figura de apoyo no implica el asentimiento de su parte, considero aplicable concederle la facultad de aposición a aquellos actos que considere perjudiciales para el niño, de modo que la cuestión pueda ser resuelta el ámbito judicial por el procedimiento más breve.

En igual sentido, la figura de apoyo estará autorizada a proceder cuando la progenitora del niño omita actuar en ese sentido en algún aspecto involucre o afecte su adecuado desarrollo.

Finalmente, como última cuestión vinculada al ejercicio de la maternidad y la responsabilidad parental, es necesario que el sistema de apoyo garantice y potencie la participación activa de R. en las decisiones vinculadas al desarrollo de su hijo y la asunción de las responsabilidades de su crianza, sin ser desplazada de su rol materno en ningún momento. Por el contrario, R. deberá ser acompañada en el ejercicio de la maternidad, recibiendo la asistencia que resulte apropiada a cada aspecto y etapa que su hijo transite.

Deben dedicarse los máximos esfuerzos al acompañamiento de R. en este aspecto, tanto en resguardo de su derecho a la vida familiar y al ejercicio de la maternidad sin discriminación alguna, como del interés superior de su hijo, quien por sobre todo, tiene derecho a crecer junto a su madre.

III.- La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad hace referencia a los “ajustes razonables” -entendidos como modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida- para garantizar a las personas con discapacidades goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales (art. 2). En igual sentido, el C.C.yC. establece la obligación del juez de asegurar la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento que el caso particular requiera.

En situaciones en los que se ven involucradas personas en condiciones de vulnerabilidad por presentar alguna deficiencia física o intelectual que les dificulta o la comprensión, el derecho al acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás personas, aparece como un complemento necesario de la garantía del debido proceso.

Con fundamento en ello y siguiendo los lineamientos contenidos en las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad así como la política judicial propuesta por la Corte Suprema de Justicia al respecto, entiendo necesario destinar un capítulo de esta resolución a procurar la efectiva comprensión por parte de la Sra. B. C. del contenido y los alcances de las restricciones a su capacidad jurídica así como del rol de la figura de apoyo y del sistema de apoyo.

En primer término, R. es importante que sepas, que estamos contentos de que estés mucho mejor que en el año 2012. Cuando tuviste las entrevistas con el médico y la asistente social, dicté la sentencia de incapacidad que ordenaba, que tu madre podía realizar actos en tu nombre.

En ese momento se pensó por razones de tu salud, que era mejor para tu vida que tu madre fuera tu curadora, o sea, que realizara actos en tu nombre (como si fueras vos).

Ahora existen nuevas leyes que nos mandan a revisar esas decisiones ya que la vida de la gente, también se modifica.

Hoy tu salud, tus actividades diarias y lo que necesitas, pueden haber cambiado con el paso del tiempo.

Las nuevas entrevistas que tuviste con la sicóloga, la asistente social y el médico, me cuentan de todos los avances que tuviese en este tiempo, con relación a cómo te desenvuelves en tu casa, en el club, con tu hijo B..

Así como me lo pudiste contar vos y tu madre cuando estuvieron en el juzgado, a mí y a las Doctoras que nos acompañaron, tu abogada y el Ministerio de Incapaces.

Todos los avances que tuviste en este tiempo, me llevan a pensar que ya no será necesario que otra persona decida y firme por vos, en este caso tú madre.

De ahora en adelante, vas a ser vos quien tome las decisiones contando con el apoyo tu madre, quien ya no será tu "curadora", sino tu "figura de apoyo".

Esto no solo es un cambio de nombre, sino de función, o sea que define que deberá hacer ahora para ayudarte, pensándolo bien, es lo que hace habitualmente todos los días en tu vida, pero solo que ahora habrá determinados actos que para que tengan valor, será obligatorio que ella esté presente, para ayudarte a comprender y luego serás vos quien decida.

Por ejemplo cuando tengas que tomar una decisión importante en tu vida, (decidir una operación), ella deberá estar presente para acompañarte, ayudarte a entender las consecuencias de algo que tengas o quieras hacer, o sea, lo bueno y lo malo de eso.

A partir de ahora, las decisiones las vas a tomar vos, vas a firmar y ella te va a explicar y aconsejar antes.

Con relación a cuándo será obligatorio, te voy a explicar con algunos ejemplos: 1) Para cobrar la pensión y decidir en que lo vas a gastar, que puedes comprar o vender o si tiene que pedir prestado dinero a esos actos se los llaman "actos de administración y disposición".

2) Para iniciar algún trámite ante un juez, también eso se llama "actuar en juicio".

3) Para hacer algún tratamiento médico, operarte, o cuando los médicos te pidan que tienes que firmar para que ellos puedan hacer un tratamiento, también eso se llama "consentimiento informado".

Fuera de estos tres tipos de actos, R., contarás siempre con el apoyo de tu madre y del resto de los miembros de la familia, quienes tendrán la tarea de estar atentos a tus necesidades, de darte consejo y acompañarte día a día. Tu familia será tu "sistema de apoyo".

En relación a B., puntualmente sobre el miedo que me dijiste en la audiencia que tenías que los separen, es importante que sepas que tu situación de persona que requiere de apoyos no es razón que te impida criarlo como hasta ahora, y es importante que sepas, que lo hiciste muy bien.

Como toda madre, tienes derecho a cuidarlo y también tienes responsabilidades y obligaciones para con él. También B., como niño, tiene derecho a crecer junto a su madre y a ser bien cuidado y atendido por ella.

Por ello, te tengo que decir que vas a seguir cuidando y criando a tu hijo, pero siempre contando con la ayuda de toda su familia, de todo el sistema de apoyo.

Es decir, por ejemplo, que seguirás ocupándote de alimentarlo, de bañarlo, de cuidarlo, de jugar con él, de enseñarle. Tu familia deberá estar presente en la crianza de B., colaborando sin correrte de tu lugar de mamá, ayudando, pero sin ocupar tu lugar.

Nos contaste en la audiencia que cuando tienes que tomar alguna decisión importante de B., te sientes más segura apoyándose en tu madre, ahora seguirá así.

Pero cuando algunas decisiones sean muy importantes, y hasta que B. sea mayor de edad, o sea cumpla 18 años, será necesario y obligatorio que tu madre -como figura de apoyo- esté presente para acompañarte, ayudarte a comprender y aconsejarte para que vos tomes la mejor decisión para tu hijo.

La mayoría de las veces, será para cuestiones en las que te van a pedir una autorización firmada.

Así, tu madre deberá acompañarte y estar presente para que vos decidas:

1) autorizar a tu hijo para casarse; 2) autorizarlo para entrar a la policía a trabajar o al ejército o para ser sacerdote. 3) autorizarlo a viajar o a vivir fuera del país; 4) autorizarlo a participar de algún juicio o trámite ante un juez y 5) administrar los bienes que él pudiera tener.

De igual manera, tu madre deberá acompañarte y estar presente cuando te pidan autorización en la escuela a la vaya B., o para algún tratamiento médico que te pidan que haya que firmar.

Te vuelvo a repetir para que sea entendido con claridad, tu madre como "figura de apoyo", no decide por vos, te ayuda, te explica y te aconseja , tanto en las decisiones de tu vida como en las de B. debe estar presente, pero serás vos la que decide.

Por último, si tienes alguna duda, en relación a los alcances de estas restricciones a tu capacidad y a lo que el apoyo tiene que hacer, puedes consultar con la Dra. Vidal que es tu asesora letrada, que te fue asignada durante este proceso para asistirte.

En función a lo expuesto, normativa, doctrina y jurisprudencia citada, RESUELVO: I.- Excluir a R. A. B. C., DNI … del supuesto de incapacidad en el que fuera incluida, previsto actualmente en el art. 32 última parte del C.C.yC. II.- Restringir su capacidad de

realizar actos de administración y disposición de bienes, de actuar en juicio y de prestar consentimiento informado, estableciendo que sea acompañada por una figura de apoyo en la realización de los mismos. III.- Restringir la capacidad de ejercicio de la responsabilidad parental respecto de su hijo B. B., determinando que sea asistida por una figura de apoyo en el otorgamiento del consentimiento expreso que el art. 645 del C.C.yC. requiere para la realización de los actos allí enumerados, en el otorgamiento del consentimiento requerido a los progenitores en el ámbito de la salud, en el ámbito educativo y en términos generales, en cualquier cuestión en la que se le requiera a la Sra. B. que como madre preste consentimiento, como requisito previo y esencial, para que su hijo realice algún acto o actividad. IV.- Determinar que la Sra. A. L. C. U., DNI …, se constituya como figura de apoyo, debiendo acompañar a R. en la realización de los actos para los que se ha restringido su capacidad, asistiéndola para que ella comprenda los alcances del acto y ella misma decida en consecuencia. La presencia de la figura de apoyo en la realización de cualquiera de los actos previamente mencionados, constituye una condición de validez, más no requiere el otorgamiento de su propio consentimiento. V.- Determinar que todo el grupo familiar se constituya como sistema de apoyo para acompañarla, asistirla y supervisarla en los aspectos diarios de su vida, procurando el desarrollo de sus capacidades, el cuidado de su persona y la inclusión en ámbitos sociales. VI.- Hacer saber al sistema de apoyo que especialmente deberá garantizar que R. ejerza plenamente la maternidad, participando activamente de las decisiones vinculadas al desarrollo de su hijo y asumiendo las responsabilidades de su crianza, sin ser desplazada de su rol de madre en ningún momento y brindándole la asistencia que resulte apropiada a cada aspecto y etapa que su hijo transite. VII.- Disponer la revisión de la presente resolución en el término de tres años. VIII.– Citar a la Sra. R. A. B. C. y a la Sra. A. L. C. U. a audiencia el día 19 de abril de de 2017 a las 13.00 hs. a fin de proceder a la lectura y explicación de los alcances de la resolución. IX.- Disponer la inscripción de la presente en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, el RPI y RPA, a cuyos efectos, ofíciese. X- Regístrese y notifíquese.

Dra. Maria Gabriela Avila – Juez

Dra. Maria Dolores Franco - Prosecretaria

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

“MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD” – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4794/2014) – Acuerdo: 01/17 – Fecha: 14/03/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

ORDENANZA MUNICIPAL. INTENDENTE. CONCEJALES. REELECCION INDEFINIDAD. CONVENCION AMERICANA DE LOS DERECHOS HUMANOS. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLITICOS. CONSTITUCION NACIONAL. CONSTITUCION PROVINCIAL. EJERCICIO DE LOS DERECHOS POLITICOS. PERIODICIDAD DE LOS CARGOS ELECTIVOS.

Corresponde hacer lugar al planteo de inconstitucionalidad de la enmienda a la Carta Orgánica del Municipio de Cutral Có, dispuesta por Ordenanza 2418/13 -en tanto habilita la reelección indefinida en los cargos de intendente y concejales- por cuanto vulnera los parámetros constitucionales fijados en el artículo 305 de la Constitución Provincial, en donde se restringe la posibilidad de “reelección indefinida”, inclinándose la manda constitucional claramente por la alternancia en los cargos públicos como una previsión de fortalecimiento de la salud republicana. Es decir, como se advierte del debate que precedió a la incorporación del artículo 305 de la Constitución Provincial y de su letra, se deriva su designio, que no es otro que asegurar la alternancia en la titularidad de los diferentes departamentos no sólo del Gobierno

Provincial, sino también de sus equivalentes municipales.

Texto completo:

ACUERDO N° 1. En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia del Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, integrado por los Sres. Vocales Doctores RICARDO TOMAS KOHON, OSCAR E. MASSEI, EVALDO DARIO MOYA y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia en los autos caratulados: "MORAÑA CARLOS ALBERTO C/ MUNICIPALIDAD DE CUTRAL CÓ S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", EXPTE. N° 4794/2014, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fojas 08/20, Carlos Alberto Moraña se presenta y, en su carácter de Concejal Titular del Concejo Deliberante de Cutral Có, interpone acción autónoma de inconstitucionalidad, en los términos de la ley 2130 respecto de la Ordenanza N° 2418/13 de la Municipalidad de Cutral Có, sancionada por mayoría en la sesión ordinaria celebrada el 12 de diciembre de 2013 por el Concejo Deliberante de la dicha ciudad.

Manifiesta que la sanción obedeció a un proyecto enviado por el Departamento Ejecutivo, que propiciaba una enmienda a la Carta Orgánica Municipal (COM).Transcribe la Ordenanza 2418/14, que, en su parte pertinente, dice: "Artículo 1º: Enmiéndase el artículo 36 de la Carta Orgánica Municipal, el que queda redactado con el siguiente texto:

Artículo 36: La titularidad del Departamento Ejecutivo y administrativo municipal será desempeñado por un ciudadano designado con el título de Intendente Municipal. El Intendente será el candidato del partido político que obtenga la mayor cantidad de votos en las elecciones convocadas al efecto. Durará cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones. Podrá ser reelegido.

Artículo 2: Enmiéndase el artículo 48 de la Carta Orgánica Municipal, el que queda redactado con el siguiente texto:

Artículo 48: Los Concejales durarán cuatro (4) años en sus funciones y podrán ser reelegidos. El cuerpo se renovará en su totalidad al expirar aquel término.

Artículo 3: comuníquese al Poder Ejecutivo."

Expresa que el texto original del artículo 36 reza:

"La titularidad del Departamento Ejecutivo y Administrativo Municipal será desempeñada por un ciudadano designado con el título de intendente municipal.

El intendente será candidato del partido político que obtenga la mayor cantidad de votos en las elecciones convocadas al efecto. Durará cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones. Podrá ser reelecto por un nuevo período inmediato posterior, no pudiendo volver a ser reelegido para ese cargo sino con el intervalo de un período legal."

Asimismo, refiere que el original artículo 48 establece que "Los concejales durarán cuatro (4) años en sus funciones y podrán ser reelectos por un (1) período más. Para ser nuevamente elegidos, deberá transcurrir un período completo. El Cuerpo se renovará en su totalidad al expirar aquel término."

Afirma que, a través de la Ordenanza cuestionada se ha producido la reforma de la Carta Orgánica estableciéndose la reelección indefinida de intendentes y concejales, en franca violación con el artículo 305 de la Constitución Provincial, y de la misma Carta Orgánica Municipal.

En acápite aparte aclara que la Ordenanza individualizada mediante el número 2418 ha quedado promulgada por el transcurso del tiempo, ya que el Intendente no dictó el Decreto en tal sentido ni vetó la norma dentro de los plazos previstos en el artículo 75 de la Carta Orgánica Municipal. Afirma que la norma no ha sido publicada, pero que ello sólo incide en su eficacia más no en su validez.

A continuación, se explaya sobre el fundamento de la acción intentada.

Así, explica que la Ordenanza impugnada viola puntualmente el artículo 305 de la Constitución de la Provincia que establece que nadie puede ser reelegido en el mismo cargo, sea provincial o municipal, por más de un período constitucional consecutivo.

Refiere al fundamento que el entonces Intendente municipal expusiera en las consideraciones del proyecto enviado, el que transcribe:

"… La prohibición de reelección afecta los principios democráticos del sistema representativo de gobierno, porque impide a determinados ciudadanos ser candidatos a ocupar algún cargo electivo, por la mera circunstancia de haber ocupado el mismo cargo durante dos períodos y porque impide al pueblo el ejercicio pleno de su derecho a decidir su propio gobierno. Así, se afecta un derecho fundamental como es el de ser elegido, derecho que está asegurado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). El primero de ellos, desde la sanción de la Constitución Provincial, no fue modificado por enmienda de

1994, ni por la reforma de 2006 y establece en su artículo 21: "…2) Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país. 3) La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público…" .

Razona que, a la luz de lo expresado en los fundamentos del proyecto de enmienda, la Constitución Nacional antes y después de la reforma de 1994, resultaría violatoria de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, lo que, a su juicio, es absurdo.

Alega que la Ordenanza 2418/13 viola, además, los artículo 16 y 22 de la Constitución Provincial, ya que establece una suerte de privilegio a favor del entonces Intendente, Ramón Solano Rioseco y tres de los Concejales que votaron favorablemente, a saber Francisco Alberto Quevedo, Osvaldo Daniel Giménez y María Elena Paladino. Más aun, afirma que su parte, podría ser reelegido nuevamente, pese a que se encuentra cursando su segundo mandato. Estima que esta situación es claramente discriminatoria respecto del resto de los ciudadanos que fuera del ejercicio del poder, se encuentran imposibilitados de expresarse.

Señala que, en sus fundamentos, al citar Pactos Internacionales, el entonces Intendente incurrió en una omisión, dado que no mencionó el artículo 23.1 inciso c) de la Convención Americana de Derechos Humanos y del artículo 25 inciso c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en ambos casos establecen el derecho político de acceder en condiciones de igualdad a las funciones públicas.

Refuta el fundamento esgrimido relativo a que los límites impuestos a la reelección atentan contra el "derecho a elegir" del pueblo con cita de jurisprudencia del Máximo Tribunal Nacional que interpretó que las normas que limitan la reelección no vulneran principio alguno de la Constitución (vgr. "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c. Provincia de Santiago del Estero s/acción declarativa de certeza" y la causa "Ortiz Almonacid").

Argumenta que la voluntad popular respecto de la reelección fue plasmada en la Carta Orgánica dictada por los convencionales elegidos democráticamente aplicando el sistema de representación proporcional.

Refiere que otro de los argumentos brindados por el entonces Sr. Intendente, para fundamentar la enmienda, fue el de la "autonomía Municipal", en la inteligencia de que el artículo 305 de la Constitución Provincial vulnera la autonomía municipal que deben asegurar las Provincias, en virtud del artículo 123 de la Constitución Nacional.

Al respecto, puntualiza que el artículo 123 de la Constitución Nacional obliga a las Provincias a reconocer la autonomía municipal fijando su alcance y contenido, el que puede variar en cada Provincia, lo que permite a nuestra Constitución Provincial fijar el límite establecido en su artículo 305.

Señala que debe considerarse expresamente que la enmienda votada tendría inmediata aplicación para las próximas candidaturas, y en cuanto tal, permitiría la reelección del Intendente y algunos concejales que han sido electos bajo el sistema anterior, del cual no se agraviaron en su momento.

Posteriormente, se explaya respecto de las vulneraciones que la Ordenanza 2418 realiza al texto de la Carta Orgánica Municipal (COM).

a) Señala que la enmienda vulnera el artículo 7 apartado A inciso f) de la COM.

Dice que el Convencional local sujetó el régimen electoral municipal al establecido en la Constitución Provincial, y así lo expresó en su Carta Orgánica, en la Parte Dogmática.

Razona que, aun cuando no se hubiese plasmado en el texto originario de la COM la prohibición de reelección con el intervalo de un período para postularse nuevamente, hoy sería aplicable la limitación en orden a la remisión fijada en el artículo 7, y por supuesto, por disposición expresa del artículo 305 de la C.P.

b) Violación al artículo 195 de la COM.

Indica que el artículo 195 de la COM establece la posibilidad de introducir reformas por simple enmiendas, pero prevé:

"Por simples enmiendas que no alteren los derechos y garantías establecidos en la presente Carta, ni su espíritu, el Consejo deliberante podrá resolverlas con el voto de las dos terceras partes (2/3) de la totalidad de sus miembros debiendo ser ratificadas por la Honorable Legislatura Provincial. El presente Capítulo no podrá ser modificado por enmienda."

Analiza los fundamentos del proyecto de enmienda que fuera aprobado por Ordenanza 2418 y, se detiene a considerar dos aspectos en particular: 1.- Si la modificación introducida a la COM es, sustancialmente, de aquellas habilitadas para ser realizada mediante enmienda y 2.- la necesidad o no de ratificación por la Legislatura Provincial.

Respecto a la primera cuestión, estima que la modificación sobre la posibilidad de reelección indefinida de ciertas candidaturas es una cuestión de fondo, que debía ser resuelta por reforma de la Carta Orgánica Municipal.

Respecto a la segunda cuestión, indica que la mayoría de las constituciones provinciales que permiten la introducción de reformas mediante enmiendas, sujetan las mismas a que sean aprobadas luego por consenso popular. Mas, en el caso de la Carta Orgánica de Cutral Có, dicha previsión no existe, y con la interpretación propiciada por los impulsores de la enmienda –respecto a la

innecesariedad de ratificación legislativa de la misma (art. 195 última parte)-, se podría lograr una modificación de la COM con sólo un voto más que la mayoría simple –es decir, con el voto concurrente de sólo 6 concejales-.

Advierte que, de convalidarse tal interpretación, en Cutral Có resultaría más fácil modificar la Carta Orgánica por enmienda que sancionar la ordenanza de presupuesto, decidir la municipalización de servicios públicos o contraer empréstitos, etc. ya que el artículo 69 de la COM exige para estos casos doble lectura con audiencia pública entre ambas sesiones.

c) Violación del artículo 66 de la COM.

Refiere que el art. 66 de la COM prevé "Los concejales deberán abstenerse de tratar y votar disposiciones que les afecten en lo personal, a excepción de aquellas que les hagan por igual con los demás ciudadanos".

Alega que cuatro de los nueve concejales que participaron en la sesión donde se sancionó la Ordenanza 2418/13, están cumpliendo su segundo mandato –entre los cuales se incluye-.

Supone que, si la reforma queda en pie, aquellos concejales que votaron a favor de la enmienda, se verían beneficiados por la misma en forma especial, dado que estarían en condiciones de presentarse nuevamente como candidatos a esos cargos electivos. Lo mismo aplica para quienes, votaron la enmienda y se encuentran cumpliendo su primer mandato legislativo, dado que la reforma los habilita a renovar sus candidaturas en forma ilimitada.

Agrega a todo lo expuesto que la enmienda tuvo un trámite exprés: fue presentada y aprobada en el término de una semana, lo que imposibilitó una amplia difusión sobre su contenido y un adecuado debate respecto a su necesidad.

Formula algunas observaciones relativas a la necesidad de admisión de la demanda aun cuando no haya sido publicada la normativa que impugna. Ofrece prueba, plantea caso federal y hace reserva de peticionar oportunamente la suspensión preventiva de la normativa.

II.- A fojas 22/24 obra dictamen del Sr. Fiscal General quien propicia que, de acreditarse la publicación de la normativa se declare la admisión de la acción.

De lo contrario, propicia la inadmisibilidad.

A fs. 26 se requiere al Municipio -como medida previa- se adjunte copia certificada de la Ord. 2418/13 y se informe si la misma ha sido publicada en el Boletín Oficial de la Provincia u análogo comunal.

A fs. 44 el Municipio demandado adjunta copia de la Ordenanza impugnada e informa que ha sido publicada en el B.O. del 16/05/2014, cuya copia acompaña.

Consecuentemente, mediante RI N° 5/14, se declara la admisión formal de la acción. Se corre traslado al Municipio y al Sr. Fiscal de Estado.

III.- A fs. 70/83 la Municipalidad de Cutral Có, mediante apoderado y con patrocinio letrado se presenta y contesta demanda, solicitando se rechace la acción intentada con costas a la contraria.

Luego de realizar un repaso respecto de los argumentos brindados por el accionante, defiende la constitucionalidad de la enmienda dispuesta por Ordenanza 2418/13.

Al respecto, comienza por referirse al marco normativo bajo el cual tuvo lugar la sanción de la Ordenanza 2418.

Afirma que el art. 195 de la COM, se encuentra plenamente vigente, en su redacción original, oportunamente aprobada por la Convención Constituyente Municipal de Cutral Có.

Refiere que la ley 2125 fue declarada inconstitucional por este Tribunal Superior de Justicia, en ejercicio de su jurisdicción originaria, con efectos abrogatorios (causa "Arens" Ac. 580/99) porque la Legislatura Provincial se excedió en las facultades que le confería el entonces vigente art. 188 de la C.P., limitadas al control preventivo de constitucionalidad del conjunto de las disposiciones de las cartas locales, sin potestades para enmendar o modificar norma alguna de las sancionadas por la Convención Municipal.

Advierte que el texto original del artículo 188 de la C.P. sufrió modificaciones, la última fue en la reforma de 2006. Como consecuencia de ello, dice, la Legislatura Provincial sólo puede formular observaciones, pero no aprobar ni rechazar la carta orgánica aprobada por los convencionales constituyentes municipales.

A continuación, refiere al artículo 195 de la COM, y precisa que la normativa prohíbe la modificación de la COM mediante "enmienda", en tres supuestos: a) cuando pueden afectarse derechos o garantías establecidos en la COM, b) cuando se altere el "espíritu" de la COM y c) si se refiere al capítulo XII de su propia reforma. En estos casos, aclara, la modificación debe hacerse mediante la convocatoria de una Convención Constituyente municipal.

Explica que, los incisos 1 y 3 no presentan dudas sobre su aplicación, pero distinta es la situación que se da con el supuesto especificado en el inciso 2), el que interpreta, debe ser analizado en cada caso concreto. Sostiene que, la potestad de analizar si la modificación propuesta vulnera el "espíritu" de la COM o no, es una facultad que le cabe al Concejo Deliberante, que es el órgano

encargado de aprobar las enmiendas mediante la aprobación por mayoría agravada de dos tercios totales del cuerpo.

Se interroga sobre la posibilidad de que el criterio utilizado por el Poder Legislativo comunal para determinar que la reforma propuesta no es contraria al espíritu de la COM y por ello puede ser aprobada por enmienda, puede ser revisado por este Tribunal, arribando a la conclusión de que dicha potestad no está entre sus facultades ya que estima que el control que le cabe al Poder Judicial recae sobre los aspectos formales de la ley, pero no abarca el análisis sobre si las modificaciones pueden ser introducidas por enmienda, ni tampoco la razonabilidad de las mismas. Lo contrario, dice, importaría sustituir la valoración política que sólo le cabe al Legislativo.

Controvierte la doctrina sentada en el fallo Crocco (Ac. 308/94), donde se sentó el principio contrario, dado que afirma, ello importa una clara afectación al sistema democrático y violenta el principio de división de los poderes que impide que cualquiera de ellos se arrogue atribuciones de los otros.

Por ello, estima que si la mayoría agravada del Concejo Deliberante valoró que la sanción de la enmienda impugnada no alteraba el espíritu de la COM, ese juicio es definitivo y no es revisable.

Argumenta en torno a la innecesariedad de ratificación legislativa, dado que estima inaplicable la última parte del artículo 195 de la COM porque la facultad de la Legislatura Provincial de ratificar las COM fue derogada en la última reforma constitucional.

Controvierte la alegada violación del artículo 66 de la COM, en tanto afirma que de aceptarse la interpretación que formula el accionante, los concejales nunca podrían modificar ninguna norma electoral, porque siempre los afectaría en lo personal.

Señala que el sentido de la norma no es impedir que los Concejales voten y sancionen normas generales, destinadas a reglar la conducta de un número indeterminado de personas en el ámbito de validez material, temporal y espacial del ordenamiento jurídico, sino que participen de la sanción de normas de carácter especial o particular que los afecten directamente.

Refuta la pretensa vulneración del artículo 7 apartado A inciso f) de la COM, en la inteligencia de que lo allí previsto sólo se trata de una declaración, porque no se refiere a un ningún derecho individual ni a una forma de hacerlo efectivo sino a una “manifestación de ánimo o de la intención”, lo que le resta carácter de norma jurídica por ausencia de amenaza de sanción para el caso de incumplimiento.

Interpreta que no podría ser de otro modo, dado que la propia COM establece normas electorales diferenciadas de las que establece la C.P. como por ejemplo, las que crean la Junta Electoral Municipal y fijan sus atribuciones, bajo las cuales se han desarrollado las elecciones municipales por más de 20 años.

Indica que la frase “régimen electoral” que prevé el artículo 7 de la COM, se refiere al conjunto de normas que rigen la actividad electoral, esto es, lo relativo a electores o a elecciones pero está referido a aquellas normas que acuerdan las atribuciones del cargo, y otras cuestiones generales, como la de sus requisitos, residencia, reemplazo, etc. las que estima se enmarcan en el sistema de gobierno.

Bajo estos postulados, concluye que la Ordenanza 2418/13 no se encuentra referida al régimen electoral, sino al sistema de gobierno y por ello, no vulnera la previsión del artículo 7 de la COM.

Desestima por inconsistente el argumento del “tratamiento exprés” de la normativa, dado que se cumplieron con todos los pasos necesarios para la sanción de la normativa.

Reconoce que el texto de la COM regla la reelección de modo distinto de lo que prescribe el texto constitucional provincial en su artículo 305, pero afirma que tal cláusula es inconstitucional por vulnerar la autonomía municipal (prevista en el art. 123 de la Cimera Nacional) y los Pactos Internacionales de igual jerarquía.

Argumenta en torno al concepto de autonomía municipal, concluyendo que en este orden de gobierno, a quien corresponde, por principio, establecer su organización institucional es al Municipio. De suerte tal que, estima, la norma de la Constitución neuquina que regula la materia, excede su ámbito propio para penetrar en la jurisdicción reservada a los municipios con plena autonomía que, en el caso de Cutral Có, se traduce en la vigencia de su Carta orgánica.

Asimismo, afirma que el artículo 305 de la C.P. trasgrede los instrumentos jurídicos internacionales sobre derechos políticos y electorales con jerarquía constitucional, a saber: a) la Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 21, b) la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. 20, c) la Convención Americana de Derechos Humanos, art. 23 y d) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 25; en tanto garantizan los derechos de a) de participar en el gobierno del país, directamente o por representación, b) de ser elegidos o acceder, en condiciones de igualdad, al ejercicio de las funciones públicas, cuyo desempeño constituye un deber, c) que tales derechos no sean restringidos en forma indebida.

Con base en ello, afirma que el artículo 305 de la C.P. vulnera el derecho de elegir y de ser elegido.

Manifiesta que la posibilidad de reelección ilimitada no afecta el principio republicano de gobierno, dado que la periodicidad en los mandatos no se altera, desde que aun con elección consecutiva, ésta siempre será periódica. Destaca que en el derecho

constitucional comparado, ambas soluciones son admisibles y tienen efectiva vigencia.

Por el contrario, dice, la limitación a la reelegibilidad afecta al sistema democrático, porque condiciona el derecho del ciudadano de elegir libremente y de presentarse como candidato para ser elegido.

Afirma que la circunstancia que impide al Intendente municipal y a cuatro concejales en función (y sólo a ellos) que puedan presentarse como candidatos a su reelección, los coloca en clara situación de desigualdad respecto de los demás ciudadanos, vulnerando el artículo 16 de la C.P.

Finalmente, asevera que el artículo 305 de la C.P. no es razonable desde que no guarda adecuada proporción con los fines propios del sistema democrático, sistema que surge y se funda en la soberanía del pueblo, que lleva ínsito, por ser de su esencia, el autogobierno ciudadano.

Por ello, solicita que este Cuerpo declare que la Ordenanza Nro. 2418/13 está legítimamente vigente, y resulta plenamente aplicable porque la norma que podría infringir, el artículo 305 de la C.P. es inconstitucional y no resulta aplicable a la Municipalidad de Cutral Có.

Hace reserva de caso federal y formula petitorio.

IV.- A foja 55/6 la actora solicita la suspensión de la vigencia de la Ordenanza 2418/13, en los términos del artículo 6 y sgtes. de la Ley 2130.

A fs. 84 el Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén toma intervención.

Previa contestación del traslado de la cautelar por el Municipio demandado (fs. 91/92) y producido el dictamen del Sr. Fiscal General (fs. 94/102) se dicta la R.I. Nro. 1/15 por medio de la cual se dispone la suspensión de la vigencia de la Ordenanza Nro. 2418/13, previa caución juratoria del accionante, la que es prestada a fs. 111.

V.- A fs. 113 se declara la cuestión como de puro derecho y se pasan los autos en vista Fiscal.

A fs. 114/123 el Sr. Fiscal General emite su dictamen, propiciando se acoja la demanda y se declare la inconstitucionalidad de la Ordenanza 2418/13, con los efectos previstos en el artículo 16 de la C.P.

Funda su conclusión en la existencia de colisión con el artículo 305 de la C.P. que tuvo por finalidad lograr la “alternancia en los cargos electivos” como forma de limitar el poder político, lo cual encastra a la perfección y es congruente con el sistema Nacional y el de la gran mayoría de las Provincias argentinas.

Bajo esas directivas, concluye, es indiscutible que una norma que enmienda una Carta Orgánica ha de respetar todo el marco constitucional provincial, de la misma forma en que éste debe necesariamente adecuarse y conformarse con la Constitución Nacional, porque la Constitución Provincial es a las Cartas Orgánicas, lo que la Constitución Nacional es las normas fundamentales provinciales.

VI.- A foja 124 se dicta la providencia de autos, y encontrándose firme y consentida coloca las actuaciones en condiciones de dictar sentencia.

VII.- Conforme se ha expedido este Tribunal en reiteradas oportunidades, cada vez que le toca ser árbitro final de la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales provinciales, la tarea aparece ardua y compleja, habida cuenta que la resolución que se adopte, trasciende la esfera particular de los involucrados directamente en el proceso, para influir sobre la comunidad toda. Sin lugar a dudas, toda declaración de inconstitucionalidad, constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia.

“Hasta arribar a ese extremo (declaración de inconstitucionalidad), el itinerario a seguir debe dejar margen a una interpretación conciliadora que permita entender a la norma con un alcance 'no inconstitucional', o sea, a la inversa, con un alcance que la engarce congruente y satisfactoriamente en y con la Constitución, porque con ello se preserva el orden jurídico constitucional y porque esta postura guarda coherencia con el precepto general que regla la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos; que hace que quien alegue la inconstitucionalidad de una norma deba probarlo" (cfr. en igual sentido, Linares Quintana, "La constitución interpretada", p. XIX, Ed. Depalma, 1960).

En esta última línea, la interpretación constitucional supone partir de la base que la Constitución es un todo armónico no escindible, que no puede fraccionarse en su intelección.

Así, como toda Constitución formal, el texto local se presenta, al decir de Bidart Campos, como un complejo normativo que obliga a interpretarla como conjunto, esto es, a correlacionar y coordinar unas normas con otras, por formar todas ellas parte de una unidad normativa (o plexo) coherente; presenta, además, a sus cláusulas o normas, con una generalidad y apertura tales, que habilitan la realización de opciones legislativas múltiples, extremo que si bien es cierto no autoriza a afirmar que cualquier solución es compatible con la Constitución, evidentemente determina un amplio campo de elección entre las posibles alternativas.

La pretensión ha sido deducida por el actor en el específico y extraordinario ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad,

caracterizada por la derogación con alcance general de la norma contraria a la Constitución Provincial (art. 16 de la Constitución Provincial).

El particular efecto abrogatorio que se acuerda al pronunciamiento determina que el examen constitucional deba ser aún más riguroso y estricto, en punto a la verificación del cumplimiento de los recaudos formales y sustanciales establecidos en la Constitución y reglamentados por la Ley 2130.

En este orden, para que proceda la "acción de inconstitucionalidad" (enmarcada en el sistema de control concentrado y no difuso de constitucionalidad), debe ser claro que la norma que se impugna es violatoria de la Constitución Provincial.

Luego, es decisiva la demostración de la violación constitucional y que ésta lo sea, no con relación a cualquier manda, sino a una expresamente contenida en la Norma Fundamental Provincial porque de lo que se trata justamente es de mantener la supremacía de la Constitución Provincial. Nuestra Ley Suprema Provincial ha establecido un sistema de abrogación consecuente con el principio de supremacía de la Constitución.

Desde esta perspectiva, se analizará el planteo formulado por el actor.

VIII.- Este Tribunal, desde sus inicios, en distintas oportunidades, ha enfrentado la misión de ejercer el control constitucional que exige esta especialísima acción respecto de procesos que llevaban ínsita reformas o enmiendas a Cartas OrgánicasMunicipales- vgr. "Baca Cau" (480/95), "Berbel" (Ac. 447/96), "Aspitia" (Ac.649/00)-, o de la Constitución Provincial –ej. "Crocco" (Ac. 308/94), "Asociación de Magistrados" (Ac. 5/16)-.

Cabe traer a colación, en particular, el análisis efectuado en el precedente "Aspitia" (Ac. 649/00), donde el Tribunal debió ejercer su jurisdicción constitucional originaria respecto de una enmienda efectuada a una Carta Orgánica –en ese caso, del Municipio de Zapala- y para ello, analizó si la autonomía municipal podía ser erigida como valladar respecto del control sobre el ejercicio del poder constituyente derivado.

En dicha oportunidad, el Tribunal expresó "Alejados ya del primigenio perfil autárquico acordado a los municipios, en cuanto merecieran la calificación de simples delegaciones de los mismos poderes provinciales, circunscriptos a fines administrativos, previstos por la Constitución Nacional como entidades del régimen provincial y sujetos a su propia legislación (cfr. CSJN in re "Rivademar c.Municipalidad de Rosario), a partir de la reforma del año 1994, nítidamente se contornea como una autoridad jurídico política; una comunidad natural con vida propia e intereses específicos, traduciéndose la exigencia establecida en el art. 5 de nuestra Carta Magna, consistente en asegurar su régimen municipal, en la necesidad de implementar, en cada jurisdicción, la institución del municipio con un status que lo diferencie del resto de la administración provincial, y dotado de atribuciones suficientes para llevar a cabo el gobierno y administración de los asuntos comunales.

Desde éste vértice debe destacarse, que aún antes de la consagración expresa de la autonomía municipal en el artículo 123 de la Constitución Nacional, en el ámbito local, la inclinación natural del constituyente lo fue en claro favor de ésta, plasmándose en la estructuración del régimen municipal previsto en los artículos 11 y 184 de la Constitución Provincial.

Concretamente, al hablar de autonomía, nos estamos refiriendo a los distintos aspectos que el concepto engloba, tales como el político, o sea, la posibilidad de elegir a sus autoridades; el económico-financiero y administrativo, que implica tanto la libre recaudación e inversión de las rentas como la prestación de los servicios públicos y las demás funciones sin dependencia de otro orden gubernamental, como así también el institucional, es decir, la facultad de sancionar sus propias normas locales, pero siempre –huelga decirlo- dentro de los límites fijados por las constituciones provinciales.

Ahora bien, como dijera, nuestra Constitución consagra la autonomía municipal, dividiendo a las comunas en orden a la cantidad de habitantes, en tres categorías, acordando a las incluidas en la primera de ellas –tal el caso del municipio zapalino- la facultad de dictarse su propia carta orgánica.

En este orden de ideas, y como ya lo señalara este Cuerpo, "la carta orgánica de un municipio constituye a nivel de la comunidad local, lo que la Constitución lo es a los distintos estados provinciales y a la unión de todos ellos en el Gobierno Federal. Esto quiere decir, que las cartas orgánicas son esas normas fundamentales que estructuran la vida comunitaria y el gobierno de la misma, exponiendo los lineamientos básicos que traducen, en términos jurídicos, lo que la sociedad quiere y pretende de su gobierno local y de la convivencia social..." (cfr. Acuerdo 447/96 "Berbel Marcelo y Otros s/Acción de Inconstitucionalidad").

Reconocido así el goce de cierto grado de autodeterminación local a los municipios, que ejercido dentro de los lineamientos y límites que establece el ordenamiento provincial pasa a configurar la autonomía municipal, mutatis mutandis, las cartas orgánicas municipales se encuentran en la misma situación en que se hallan las constituciones provinciales en relación a la nacional, y como lógico correlato de ello, nos sitúa en el ámbito del Poder Constituyente de tercer grado, tal el municipal.

Perfilada así la cuestión, arribamos al segundo interrogante a dilucidar, esto es, lo relativo a si es posible la declaración de inconstitucionalidad de la enmienda, planteo que tiene delineada su suerte a partir del criterio sustentado por este Tribunal Superior

de Justicia, en autos: “Baca Cau Luis Alberto s/ Acción de inconstitucionalidad” (Expte. B-159.890/95).

Tal como claramente lo desarrolla Cueto Rúa, la pregunta ofrece dos matices diferenciales, encontrándose ambos controvertidos en autos: a) ¿Es posible declarar inconstitucional una reforma introducida a la Constitución (en el caso carta orgánica, aclaro) ajustándose estrictamente al procedimiento que la misma señala aunque la reforma contradiga sustancialmente los “principios” jurídicos que la informan? ; b) ¿Es posible declarar inconstitucional una reforma introducida a la Constitución por Convención Constituyente, apartándose del procedimiento que la Constitución señala?

Como ya lo adelantara, a partir del precedente citado, la respuesta afirmativa se impone. Es que como lo sostuviera en dicha oportunidad este Tribunal, “...toda reforma constitucional que se haga violando tanto los límites procedimentales como los sustanciales, es inconstitucional, y así puede ser declarada judicialmente...” agregándose “...en lo que toca a nuestro derecho público provincial, puede decirse, que no sólo la justicia puede declarar la inconstitucionalidad, sino que debe hacerlo si así correspondiere en virtud de la disposición expresa del art. 30 de la C.P., que estatuye que “toda ley, ordenanza, decreto u orden contrarios a esta constitución, no tienen ningún valor y los jueces deben declararlos inconstitucionales”, agregando luego en su segundo apartado la sanción de caducidad de la norma inconstitucional cuando así sea declarada por este Tribunal Superior de Justicia en ejercicio de su jurisdicción originaria; tal el control jurisdiccional que hoy nos convoca...”

Podemos así afirmar que el control judicial de constitucionalidad de la enmienda a una carta orgánica como texto constitucional de tercer grado, encuentra su justificación y razón de ser, en la circunstancia de que estando el ejercicio del poder constituyente derivado circunscripto a determinados límites, no es concebible que sean desconocidos, so pena de configurarse un sistema jurídico que sin control, mal podría ser considerado como derecho fundamental comunal.

Por ello -y aún sin desconocer que quizás el punto más conflictivo de la teoría del poder constituyente sea el relativo a sus límites, por la indudable connotación política que en muchos casos la tarea constituyente encierra- entiendo que en tales casos cabe la intervención judicial, encargada de efectivizar el control, mediante la declaración de inconstitucionalidad de la reforma o enmienda, cobrando así plena operatividad su prístino rol de guardián de la Constitución.“

Compartiendo este Tribunal los claros conceptos vertidos en el precedente citado, cabe concluir que la cuestión planteada es justiciable y, en virtud de ello, corresponde avanzar en el análisis de la validez constitucional de la controvertida enmienda.

IX.- El conflicto constitucional traído a resolución se encuentra circunscripto a determinar si la enmienda a la Carta Orgánica del Municipio de Cutral Có, dispuesta por Ordenanza 2418/13 -en tanto habilita la reelección indefinida en los cargos de intendente y concejales- vulnera los parámetros constitucionales fijados en el artículo 305 de la Constitución Provincial o, si la autonomía municipal, puede erigirse como valladar que imposibilita extender la manda de la Carta Fundamental provincial a la comuna.

El planteo actoral se estructura en un doble eje argumental.

Desde el punto de vista procedimental, sostiene que la utilización de la enmienda prevista en el artículo 195 COM, se presenta como un procedimiento erróneo, puesto que la naturaleza sustancial de su objeto, excede los límites impuestos por dicho precepto al contrariar el espíritu de la carta.

Más allá de ello, y ya desde el aspecto sustancial, entiende que la reforma –tal la califica- en orden a su objeto sería igualmente inconstitucional, al exceder la esfera de la autonomía municipal por contrariar la Constitución Provincial, en su artículo 305 que prescribe: “Nadie puede ser reelegido en un mismo cargo, sea provincial o municipal, por más de un (1) periodo constitucional consecutivo. No se considerará en ningún caso el mandato ejercido para completar un período constitucional. Sólo podrán ser reelegidos nuevamente luego de transcurrido un (1) periodo constitucional”.

Asimismo, controvierte el contenido de la enmienda por vulnerar, a su juicio, otras cláusulas de la propia Carta Orgánica que modifica.

Ahora bien, si como se señalara, debemos situarnos en el campo de la teoría del Poder Constituyente, se impone partir de la premisa de que dicho poder, en su faz “constituida” o “derivada”, es esencialmente limitado, por cuanto a diferencia del originario –aparte de las restricciones que puedan surgir del derecho natural- está sujeto al procedimiento, a las condiciones y hasta a las prohibiciones que establezca el texto constitucional que le da origen.

Bajo este prisma, corresponde a este Tribunal Superior de Justicia, en pos de la tutela de la supremacía constitucional, realizar una intelección de las disposiciones de la Ordenanza 2418/13 cuestionadas, a los fines de determinar la pertinencia o no de las censuras endilgadas a las mismas.

X.- La forma republicana de gobierno se caracteriza por una serie de elementos que la doctrina suele describir a través de las siguientes notas: a) división de poderes, b) elección popular de los gobernantes, c) periodicidad en el ejercicio del gobierno, d) publicidad de los actos de gobierno, e) responsabilidad por esos mismos actos, f) igualdad de los individuos.

Sistematizando tales características, la república requiere el origen o la formación de los órganos del poder (gobernantes) a través

de la elección por parte del pueblo; la renovación temporaria; el control popular de la gestión gubernativa, que presupone el conocerla (publicidad) y el hacerla responsable (cfr. Bidart Campos, Germán J. “Lecciones elementales de política”, 5 ed. Ediar, Bs. As. 1996, pg. 255).

Respecto al señalado extremo de “periodicidad”, se ha sostenido que en una república las funciones de gobierno se ejercen por períodos breves, siendo ésta una característica del sistema (cfr. LoñFelix y Morello, Augusto M. Lecturas de la Constitución, Lexis Nexis, Abeledo Perrot, Bs. As. 2004, p. 755).

Mas, si profundizamos en el esquema constitucional neuquino los constituyentes no sólo quisieron asegurar la “periodicidad de los cargos electivos”, como requisito sustancial de la forma republicana de gobierno, sino que además, se inclinaron por la “alternancia” en su formulación.

Señala al respecto Sabsay que “La alternancia en el ejercicio del poder constituye uno de los principios fundamentales de la democracia. Su razón de ser se basa en la necesidad de evitar todo continuismo al frente del gobierno que importe una personalización del poder contraria al espíritu del Estado de Derecho. Este requisito adquiere particular importancia cuando se hace referencia al Poder Ejecutivo. Es precisamente en el interior del órgano administrador donde la inobservancia de esta regla puede provocar las situaciones más reñidas con los principios republicanos. El fenómeno se acentúa en el presidencialismo, ya que esta forma de gobierno sólo reconoce mecanismos absolutamente excepcionales para el acortamiento de los mandatos presidenciales que se encuentran en curso de cumplimiento.” (Sabsay, Daniel Alberto “El presidencialismo y la reelección presidencial”, A.A.D.C. Conferencia brindada en las Jornadas de Derecho Constitucional, Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 8 y 10 de Abril de 2015, publicado en: aadconst.org.ar/revistadigital/wp-content/uploads/2015/06/Sabsay.pdf).

Perez Hualde complementa tal concepto al expresar que “carece de sentido una mayoría sin la presencia de una minoría que cuente efectivamente con la posibilidad de ejercicio de su espacio de existencia democrático. La “periodicidad” complementada necesariamente por la posibilidad efectiva de “alternancia” en el poder, que excluye o que, en cualquier caso, limita –por lo menos- necesariamente a la reelección, es un recurso y una estrategia para asegurar valores democráticos y republicanos y para contribuir con su presencia efectiva a la configuración del régimen del Estado donde ella funciona.” (Pérez Hualde, Alejandro, “La reelección”, Suplemento Constitucional 2013 (febrero). LL 2013-A-870).

Estas directrices son las que motivaron al constituyente neuquino a introducir, en la reforma de 2006, la cláusula del artículo 305, mediante la cual se restringe la posibilidad de “reelección indefinida”, inclinándose claramente por la alternancia en los cargos públicos como una previsión de fortalecimiento de la salud republicana.

Así, en el debate constituyente, la convencional Lozano (MPN) miembro informante del Despacho de Comisión, destacó: “Mediante la propuesta de reforma que se presenta al recinto de esta Convención Constituyente, el Despacho General de la Comisión de Reforma Política, Poder Judicial y Órganos de Control ha aconsejado que ningún ciudadano pueda ser reelecto más de una vez en forma consecutiva para ejercer funciones en cargos electivos, ya sea provinciales o municipales.

La introducción al nuevo texto constitucional de tal propuesta, cuenta con una fundamentación de carácter política como también de índole moral, en mérito de las consideraciones que expondré a continuación.

El ejercicio de la política no puede ni debe estar escindida de la ética, dado que la misma integra uno de los pilares de las repúblicas en general y de los modelos democráticos en particular. La moral y la política no son meros elementos de estudios de gabinete, por el contrario, hacen a las fundaciones de los pueblos que se precien de respetar sus tradiciones sin abandonar su proyección permanente al futuro.

Por otra parte, lo anterior responde al clamor de las sociedades que en la actualidad han agudizado sus reclamos de transparencia, equidad y moderación en la actividad política. En definitiva, lo que se procura es el más auténtico y amplio ejercicio de las libertades republicanas.

Las mujeres y hombres que hacemos de la política la manifestación más apasionada e íntima de todos nuestros anhelos en pos de la salvaguarda y el afianzamiento de la democracia como de nuestras ideas con el respeto sobre las posturas de los adversarios, no implica que en determinados estadios se deba perdurar indefinidamente en el tiempo. Por ello es que se traduce, por una parte, en un estancamiento de los diferentes planteles de las dirigencias más nobles que pugnan por alcanzar en las estructuras partidarias a través de las candidaturas respectivas que les permita acceder a cargos electivos dentro del sistema de gobierno algún lugar destacable en que puedan demostrar talentos y valentías.

Y, por el otro, de continuarse en las actuales condiciones se produce el inexorable anquilosamiento de la vida republicana que debe ser dinámica, cambiante y pujante, generando en algunos casos situaciones de verdaderos feudos, con el dominio absolutista de algunos y su contracara, que es la dependencia de las comunidades que resulta intolerable para la salud de cualquier dirigencia política. Las libertades como el ejercicio de los derechos políticos no deben ser utopías, sino realidades. Por tal motivo, cuando se

reanudó nuestra vida democrática, hace más de veinte años, se establecieron ciertos parámetros que con el transcurso del tiempo han requerido de ciertos reajustes modificándose algunas normas para estar a la altura de los tiempos que corren. Prueba de ello, es que en nuestra Provincia del Neuquén, en el año 1994, mediante una enmienda a nuestro texto constitucional, se dispuso entre otras modificaciones abandonar la injusta y arbitraria composición de la Legislatura, ya que como se recordará el primigenio artículo 66, inciso 4), establecía textualmente: “Las bases a las que se ajustará la Ley Electoral serán las siguientes: Al partido que obtenga la mayoría de los sufragios se le otorgarán las tres quintas partes de las bancas, las dos quintas partes restantes se otorgarán al partido que lo siga en cantidad de sufragios”, lo que resultaba a todas luces antidemocrático, en virtud de que se dejaba a sectores diversos de la sociedad sin representantes en la Legislatura, impidiéndoseles expresar sus ideas tanto políticas como la de participar en las decisiones de cuestiones relacionadas con temas que hacen a la cotidianeidad de la vida de todos y cada uno de los ciudadanos, máxime cuando uno de los principios rectores de nuestro sistema es que el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes, conforme lo establece el artículo 22 de la Constitución nacional. En tanto que el artículo 17 de nuestro texto constitucional provincial dispone: “Nadie podrá atribuirse la representación ni los derechos del pueblo ni peticionar en su nombre”.

La potestad que otorga la ciudadanía a sus representantes no sólo debe tener el límite que el Derecho por medio de las distintas normas impone, sino que además debe ir acompañado con una restricción en el tiempo, ya que contar con la posibilidad de una reelección para el cargo electivo en particular le confiere el margen de actuación suficiente para que el dirigente en cuestión haya tenido las oportunidades más que necesarias para demostrar y concretar sus proyectos y promesas electorales formuladas a la ciudadanía.

La reforma propuesta, si me permite expresar, es una vuelta más de tuerca en atención a que avanza consagrando la jerarquización de la actividad política y horizontaliza las hasta ahora rígidas estructuras electorales. Con esa incorporación se propugna la constante renovación impidiendo que diferentes estadios permanezcan estancos generando, en la mayoría de los casos, el agotamiento de las estructuras políticas y el alejamiento de las nuevas clases de dirigentes, en razón de que se encuentran imposibilitados de acceder a candidaturas que les permitan esbozar sus proyectos políticos.”

Cabe destacar que el actual artículo 305 fue incorporado conforme fuera votado, por unanimidad, en el seno de la Comisión de Reforma Política, Poder Judicial y Órganos de Control, despacho firmado por los convencionales Castiglioni, Salvatori, Novoa, Cerda, Gentile, Ortíz, Prieto, Menestrina, Lozano, Mazzone, Nahuel, Otharán. Asimismo, el Presidente de la Comisión de redacción, Convencional Hugo Nelson Prieto, avaló su texto, conforme surge de la transcripción del debate constituyente (cfr. Reunión 5, 2a. SESION ORDINARIA, del 2 de febrero de 2006).

Luego, como se advierte, del debate que precedió a la incorporación del artículo 305 de la Constitución Provincial y de su letra, se deriva su designio, que no es otro que asegurar la alternancia en la titularidad de los diferentes departamentos no sólo del Gobierno Provincial, sino también de sus equivalentes municipales.

Ello responde a la convicción de que la adopción del principio democrático de alternancia en el mando se postula como un mecanismo adecuado para evitar la perpetuación de las personas en la ocupación de cargos gubernativos electivos (cfr. TSJ Córdoba "Córdoba -Dpto. Capital- Frente Grande...", Auto N° 96 de fecha 30/12/2010).

Desde esta plataforma, no existe margen para justificar la procedencia de la enmienda realizada a la Carta Orgánica de la ciudad de Cutral Có, en tanto permite la reelección indefinida para las candidaturas de Intendente y Concejales, en abierta violación al principio de periodicidad y alternancia en el ejercicio de los cargos electivos, previsto en el artículo 305 de la C.P.

XI.- En función de lo expuesto, no es admisible sostener –como lo hace la demandada en su responde- que las normas limitadoras de la reelección son lesivas de principios constitucionales, ya que, justamente, buscan preservar uno de los caracteres fundantes de nuestro sistema de gobierno establecido por la Constitución.

Ya la Corte Suprema de Justicia de la Nación, tuvo oportunidad de expedirse sobre el punto, al señalar que "la exigencia de un intervalo de un período para posibilitar la reelección no vulnera ninguno de los principios constitucionales que hacen a la estructura del sistema adoptado por la Constitución Nacional, ni los derechos políticos que reconocen a los ciudadanos esta Ley Fundamental y los tratados y convenciones sobre derechos humanos que, con igual jerarquía, incorpora a la Carta Magna el art. 75, inc. 22 de la reforma introducida en 1994, pues la forma republicana de gobierno -susceptible, de por sí, de una amplia gama de alternativas justificadas por razones sociales, culturales, institucionales, etc.- no exige necesariamente el derecho de los gobernantes a ser nuevamente elegidos" ("Partido Justicialista de la Provincia de Santa Fe c/ Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa", Sentencia del 6/10/1994, Fallos 317:1195).

En esta línea se inscribe el voto del Dr. Petracchi en "Ortiz Almonacid” cuando señala que “las normas que limitan la reelección de quienes desempeñan autoridades ejecutivas no vulneran principio alguno de la Constitución Nacional, siendo uno de los pilares

fundamentales —sino el más— del sistema democrático adoptado por nuestra Constitución, el límite de la duración de las funciones presidenciales" (Fallos 322:385)

XII.- El análisis de la cuestión bajo el prisma de la igualdad no doblega la conclusión a la que se arribara, desde que constituye jurisprudencia constante de nuestro Máximo tribunal "que la garantía de la igualdad ante la ley consagrada por el art. 16 de la Constitución Nacional no obsta a que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considera diferentes, con tal que la discriminación no sea arbitraria ni importe ilegítima persecución o indebido privilegio de personas o grupo de personas, aunque su fundamento sea opinable" (CSJN Fallos 310: 849, 943, 1080; 311: 1042, 1451, 2781; 312: 812, 840).

Explica con claridad Sabsay, que "en materia de derechos políticos debe distinguirse claramente entre el sufragio activo y el sufragio pasivo. Respecto al primero el derecho vigente debe asegurar a todos los ciudadanos su calidad de electores, siempre que no se dé alguna de las causales excepcionales de edad, nacionalidad, incapacidad, etc., de manera de poder sufragar en los distintos comicios de elección de autoridades. Mientras que en lo que hace al derecho a ser elegido, pueden darse requisitos distintos de fuente constitucional según cual sea el cargo que se aspire ocupar. Por ejemplo cuando se trata de evitar que la misma persona pueda acceder al poder ejecutivo de manera continuada e ilimitada en el tiempo. Pues bien, el límite de tiempo acá actúa como uno de los elementos que definen el perfil institucional del órgano en cuestión, el que ha sido establecido en aras de satisfacer el interés general de la comunidad. El mandato constitucional de ningún modo está dirigido a proscribir, sino que ha puesto el acento en el interés general de los ciudadanos a ser gobernados de conformidad con los postulados de la democracia, y no en el de ellos como potenciales candidatos a ser electos y reelectos para un determinado cargo" (cfr. artículo cit.).

Sobre la base de ello, solo se configuraría una violación al principio de igualdad, si se le impidiera el acceso a un cargo a algún candidato hallándose en idéntica situación que otro.

Ello no acontece en el caso de autos toda vez que la Constitución veda de igual forma a todos aquellos que hayan ejercido un cargo provincial o municipal por más de un periodo constitucional consecutivo, a ser nuevamente elegido para dicho cargo. Y, ni siquiera la prohibición es absoluta, sino que exige como requisito habilitante para ser elegido nuevamente, que "hubiera transcurrido un periodo constitucional completo".

Esta limitación relativa, es sólo de tipo funcional, en tanto no se proscribe a ningún candidato, sino sólo se inhibe la posibilidad de presentarse nuevamente y en forma inmediata a aquellos que ya hayan ejercido el cargo por dos periodos consecutivos.

XIII.- Desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no puede afirmarse que la restricción constitucional neuquina importe una vulneración de un derecho sustancial que conlleve la responsabilidad internacional del Estado Argentino.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha señalado que "el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos persigue la efectiva operatividad de los derechos políticos en la jurisdicción interna de los estados y por tal motivo garantiza el derecho electoral activo y pasivo prohibiendo cualquier arbitrario cercenamiento. Más de sus disposiciones no es posible extraer un intento de prescribir como deben ser las estructuras concretas de poder en esos estados, ni menos aún, una directiva que autorice o vede la reelección."

Y agregó que "el establecimiento y aplicación de requisitos para ejercitar los derechos políticos no constituyen perse, una restricción indebida ya que esos derechos no son absolutos y pueden estar sujetos a limitaciones (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, sentencia del 23 de junio de 2005). En razón de ello, se admite la validez de su reglamentación en la medida en que ésta observe los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática (Corte Interamericana, fallo cit.")" (CSJN U. 58.XLIX. "Unión Cívica Radical de la Provincia de Santiago del Estero c/ Santiago del Estero, Provincia de s/ acción declarativa de certeza").

La obligación que se deriva del art. 23.1 de la Convención Americana de los Derechos Humanos, en cuanto establece el derecho de participar en la dirección de los asuntos públicos, se encuentra referida a la obligación positiva que tienen los Estados partes en diseñar un sistema que permita la elección de los representantes para que conduzcan los asuntos públicos. Pero, de ello no se deriva que se imponga un sistema electoral determinado, ni una modalidad determinada de ejercer los derechos de votar y ser elegido.

Por su parte, el artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, cuya redacción es similar a las disposiciones de la Convención Americana, también establece parámetros amplios en los que se refiere a la regulación de los derechos políticos por parte de los Estado firmantes.

Conforme lo expresa Bidart Campos, "Tales tratados regulan derechos políticos y electorales, pero no diseñan una estructura de poder. Las normas constitucionales que vedan o limitan las reelecciones no lastiman ni el derecho a ser elegido de quienes no pueden serlo, ni el derecho a elegir de los que desearían la reelección, ni los derechos humanos emergentes de tratados

internacionales, ni el poder electoral del pueblo que confiere legitimidad de origen a los gobernantes, ni la igualdad constitucional prohibitiva de discriminaciones arbitrarias, ni el derecho de los partidos a proponer candidaturas al electorado" (cfr. Bidart Campos, Germán J. ED 153:1041).

En mérito a tales consideraciones se colige que la Ordenanza 2814/13 en tanto incorpora por enmienda a la Carta Orgánica de la Municipalidad de Cutral Có, la posibilidad de reelección indefinida para los cargos de Intendente y concejales, contraviene los claros términos del artículo 305 de la Constitución Provincial, y su finalidad, cual es facilitar la alternancia en los cargos electivos con el propósito de lograr el fortalecimiento del sistema democrático y de las instituciones del gobierno provincial y de sus municipios.

En función de ello, corresponde acoger la pretensión de declarar la inconstitucionalidad de la Ordenanza N° 2814/13 de la Municipalidad de Cutral Có, en tanto transgrede la manda del artículo 305 de la Constitución Provincial, acordándole el efecto previsto en el artículo 16 de la Constitución Provincial a partir de su publicación en el Boletín Oficial.

La solución propuesta resulta definitoria en términos de validez constitucional, de suerte que me exime de continuar el análisis sobre aspectos –de orden procedimental- cuestionados por el accionante, así como sobre la procedencia del confronte que propone respecto de los términos de la propia Carta orgánica que modifica.

XIV.- En cuanto a las costas, estimo que la cuestión debatida revestía aristas particulares que pudieron dar lugar a ambos litigantes a creerse con derecho, propongo que las mismas sean soportadas en el orden causado (art. 68 segunda parte del C.P.C.C., aplicable por reenvió del 11 de la ley 2130). MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMÁS KOHON, dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Oscar E. Massei, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA, dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que votara en primer término, por lo que voto en igual sentido. MI VOTO.

La Señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: por compartir ampliamente los fundamentos y conclusiones a las que arriba el Doctor Oscar E. Massei, es que voto en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSU LARUMBE, dijo: por adherir al criterio del Dr. Massei, es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1°) DECLARAR la inconstitucionalidad, en los términos del segundo párrafo del artículo 16 de la Constitución Provincial, de la Ordenanza N° 2814/13, dictada por el Honorable Concejo Deliberante del Municipio de Cutral Có la cual quedará abrogada a partir de la publicación de la presente sentencia en el Boletín Oficial (artículo 10 de la Ley 2130); 2°) Determinar que las costas sean soportadas en el orden causado (artículo 68 segunda parte del CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

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

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Presidente.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"ASOCIACIÓN NEUQUINA DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD" – Tribunal Superior de Justicia – Sala Procesal Administrativa – (Expte.: 4126/2013) – Acuerdo: 02/17 – Fecha: 15/03/2017

DERECHO CONSTITUCIONAL: Acción de inconstitucionalidad.

DERECHOS Y GARANTIAS CONSTITUCIONALES. PROFESIONES LIBERALES. TRABAJO

INDEPENDIENTE. TRABAJO EN RELACION DE DEPENDENCIA. CODIGO FISCAL. DIRECCION PROVINCIAL DE RENTAS. INGRESOS BRUTOS. DECLARACION INOFICIOSA.

1.- Como fuera advertido en el Acuerdo 1380/07 "Kreitman", si "el objeto de la acción autónoma de inconstitucionalidad es obtener la abrogación o caducidad de una norma y los efectos de la sentencia operan hacia el futuro, es condición para su procedencia que el precepto que se cuestione sea derecho vigente: ninguna utilidad tendrá el pronunciamiento que abrogue una norma ya caduca".

2.- Corresponde rechazar el planteo de inconstitucionalidad de los artículos 4° inc. g), 7° párrafos 2 y 5, 8° a), c), d) y e) de la Ley 2837 y del artículo 1° de la Ley 2838 (modificatorio de los artículos 182, 184 y ccs. del Código Fiscal) y las normas reglamentarias que dicte la Dirección Provincial de Rentas, peticionada por los Colegios Profesionales en donde sostienen que el tratamiento diferenciado en materia de tributación de ingresos brutos de los profesionales liberales que trabajan de manera independiente y de los profesionales que trabajan en relación de dependencia, vulnera el derecho a la igualdad; toda vez que no corresponde el pronunciamiento del Cuerpo sobre la Ley 2837 por encontrarse actualmente derogada, ni sobre la Ley 2838 en tanto que no se relaciona con los agravios alegados y cuya abrogación resultaría inoficiosa frente a los intereses perseguidos por la parte actora.

Texto completo:

ACUERDO N°_2. En la ciudad de Neuquén, Capital de la Provincia del mismo nombre, a los quince días del mes de marzo del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo el Tribunal Superior de Justicia con la Presidencia de su titular Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE, integrado por los señores Vocales Titulares, Doctores RICARDO TOMAS KOHON, OSCAR E. MASSEI, EVALDO DARIO MOYA y MARIA SOLEDAD GENNARI, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias Doctora LUISA A. BERMUDEZ, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: "ASOCIACIÓN NEUQUINA DE ANESTESIA, ANALGESIA Y REANIMACIÓN Y OTROS C/ PROVINCIA DEL NEUQUEN S/ ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD", Expte. Nº 4126/13, en trámite ante la mencionada Secretaría de dicho Tribunal y conforme al orden de votación oportunamente fijado, el Doctor OSCAR E. MASSEI dijo: I.- A fs. 90/102 se presentan los Presidentes de la Asociación Neuquina de Anestesia, Analgesia y Reanimación, el Círculo de Kinesiólogos del Neuquén, el Círculo Odontológico de Neuquén, el Colegio de Abogados y Procuradores de Neuquén, el Colegio de Arquitectos del Neuquén-Regional I, el Colegio de Bioquímicos de Neuquén, el Colegio de Escribanos de la Provincia del Neuquén, el Colegio de Martilleros y Corredores Públicos de la Provincia de Neuquén, el Colegio de Médicos Veterinarios de Neuquén, el Colegio de Psicólogos de Neuquén-Distrito I, el Colegio de Farmacéuticos de la Provincia de Neuquén, el Colegio Médico de Neuquén, el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia del Neuquén, el Colegio de Profesionales del Turismo de la Provincia del Neuquén, el Colegio de Abogados y Procuradores de Zapala, el Colegio de Abogados y Procuradores de Junín de los Andes y el Colegio de Abogados y Procuradores de Chos Malal, con patrocinio letrado, inician la acción autónoma regulada por la Ley 2130, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los artículos 4° inc. g), 7° párrafos 2 y 5, 8° a), c), d) y e) de la Ley 2837 y el artículo 1° de la Ley 2838 (modificatorio de los artículos 182, 184 y ccs. del Código Fiscal) y las normas reglamentarias que dicte la Dirección Provincial de Rentas, a fin de hacer exigibles dichos tributos y en cuanto disponen que los profesionales que ejercen su profesión en forma independiente deben tributar Ingresos Brutos a la tasa que se determina en las leyes atacadas.

Sostienen que se vulneran derechos y garantías constitucionales de razonabilidad, equidad, igualdad, proporcionalidad, propiedad y legalidad, y se provoca un serio perjuicio a quienes en forma personal ejercen su profesión en forma liberal recibiendo como contraprestación de ello emolumentos u honorarios.

En punto a la legitimación activa, indican que a cada una de las entidades actoras les cabe la representación de los profesionales que la integran, así como, la defensa de sus intereses y derechos. Invocan la causa "Aromando" en relación con la amplia legitimación allí establecida cuando se debaten derechos de incidencia colectiva y, agregan que, el agravio constitucional y el

interés que las motiva, resulta afectado tanto como profesionales en ejercicio liberal de la actividad y como ciudadanos en cuanto se afecta su propiedad.

Justifican la temporaneidad de la acción desde el vértice de la afectación patrimonial (art. 3 de la Ley 2130) y, también, desde la trascendencia de la cuestión (a tal efecto, se cita un precedente de este Tribunal).

En el punto V fundamentan la acción promovida.

En primer lugar, realizan una descripción de las normas que se fueron dictando hasta llegar a la obligación que impone la reforma del Código Fiscal por las Leyes 2837 y 2838.

En esa faena, comienzan con el Código Fiscal en su antigua redacción y con las modificaciones de las Leyes 1916, 1952, 2050 y 2058 en su texto ordenado por la Resolución de la Dirección Provincial de Rentas 665/97.

Transcriben lo dispuesto en la Parte Especial Libro Segundo, el art. 164, 165, 169, 171 y 183 para señalar que, en un principio, el ejercicio particular y personal de profesiones liberales estaba exento del pago de Ingresos Brutos.

Dicen que dicha regulación se mantuvo inalterable hasta que en la Ley 2680 se decidió gravarlas, pero no en forma inmediata sino a futuro.

Exponen que, a partir de la Ley 2795 (publicada el 6/1/12), se modificó la inicial exención sin gravar expresamente las profesiones liberales al establecer la alícuota del cero por ciento (0%) para el ejercicio de profesionales liberales universitarias, desarrolladas en forma personal.

Sostienen que, tal como lo hacía en las anteriores redacciones, el Código Fiscal distinguía entre lo que era el “desarrollo personal de la actividad profesional” y lo que consideraba “un proceso de capitalización” (en la que se tenía en cuenta la organización jurídica adoptada, la cantidad de personal ocupado, el monto invertido en bienes de uso, capital de trabajo, el régimen de distribución de los ingresos y la forma de soportar las pérdidas), aclarando que, para la procedencia de la alícuota 0% los profesionales debían emitir facturación por los servicios prestados en forma individual.

Manifiestan que, a partir de la sanción de las Leyes 2837 y 2838, aún cuando se mantuvieron ciertas condiciones, se modificó sustancialmente la situación de los profesionales liberales al disponer, en el art. 181 que “el ejercicio habitual y a título oneroso… del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras o servicios, o de cualquier otra actividad…estará alcanzado con un Impuesto sobre los Ingresos Brutos, con arreglo a las disposiciones del presente y las que se establezcan en leyes tributarias especiales…” (transcribe íntegro el art. 181).

Agregan que el art. 182 establece que “se considerarán también actividades alcanzadas por este impuesto las siguientes operaciones, realizadas dentro de la Provincia en forma habitual o esporádica: a) profesiones liberales. El hecho imponible está configurado por su ejercicio no existiendo gravabilidad por la mera inscripción en la matrícula respectiva”.

Transcriben el inc. g) del artículo 4° de la Ley 2837 (alícuota del 3% para el ejercicio de profesiones liberales universitarias detallándose los servicios allí comprendidos), el art. 7° y el art. 8°.

De todo ello, extraen que se está frente a un nuevo gravamen respecto de los honorarios, emolumentos, beneficios o ingresos que, por ejercer la profesión liberal, percibe cada uno de los asociados, colegiados o matriculados de las instituciones actoras.

Sin embargo, dicen, sin ningún justificativo, se distingue entre quien desarrolla su profesión en relación de dependencia y quien lo hace en forma liberal, estableciendo en el art. 182 que los primeros no deben tributar a pesar de ejercer en forma habitual y a título oneroso la misma profesión (médico, abogado, arquitecto, escribano, etc.), imponiéndoselo a los segundos por el hecho de prestar el servicio en forma independiente.

Consecuentemente, afirman, la misma tarea o actividad, si es ejercida en forma independiente tributa, pues la Ley la considera “ejercicio de la profesión liberal” y queda eximida cuando la clasifica como “trabajo personal”.

A partir de conceptualizar ambas denominaciones “profesión liberal” y “trabajo personal”, fundamentan que no existe diferencia entre ellas, agregando que ello adquiere relevancia de cara al principio de legalidad tributaria.

Acuden, además, a la exposición de motivos que obra en el proyecto de Ley remitido el día 7/11/12, transcribiendo algunos pasajes, para sostener que, independientemente de la legalidad del tributo, la modificación sólo se debió a la necesidad de alcanzar la recaudación prevista en el presupuesto.

Indican que, en el expediente E-046/12, no se dio ningún fundamento para comprender la razón de la distinción efectuada, más que la mera voluntad de los legisladores; afirman que es irrazonable tratar de distinguir lo que resulta una misma cosa: el ejercicio de la profesión liberal es en esencia trabajo personal de quien estudió para adquirir los conocimientos y ejercer una profesión.

Todo ello, dicen, vulnera el art. 22 (“Igualdad y remoción de obstáculos”) y el art. 143 (”Principios Tributarios”), ambos de la Constitución Provincial, y el art. 16 de la Constitución Nacional.

Insisten en que no existe diferencia entre el trabajo personal y el ejercicio de la profesión liberal, ya que, en ambos, el eje es una

actividad personal, intelectual, física e individual y, por ello, de cara a las disposiciones constitucionales, dicen que la discriminación efectuada no resiste análisis de validez.

Alegan, que la falta de justificación surge diáfana cuando el mismo legislador justificó el gravamen en la necesidad de alcanzar un presupuesto, en pos de lo cual, a fin de gravar cierta actividad –en una actividad personal- establece hacerlo respecto de la "liberal" y eximirla cuando la misma es prestada en relación de dependencia.

Desde otro orden, fundamentan lo que consideran una "doble imposición" a partir de los compromisos asumidos por la Provincia en el marco de la coparticipación federal.

Enuncian los caracteres que identifican a los impuestos al consumo, dentro de los cuales incluyen al impuesto sobre los ingresos brutos: indirectos, trasladables, potestad provincial y nacional conjunta. De allí, diferencia a los impuestos a la renta –a las ganancias-, como tributos directos, no trasladables, potestad provincial delegada a Nación.

Desde dicha perspectiva, asientan la doble imposición que sufren algunos profesionales, que no tienen posibilidad de trasladar el impuesto a los ingresos brutos a sus clientes, lo cual lo convierte en un gravamen asimilable al impuesto a las ganancias.

Dan como ejemplo, los profesionales de la salud, que tienen sus valores de prestación impuestos por sus clientes principales (obras sociales), y los que trabajan en ámbitos judiciales, cuyas retribuciones son determinadas por el Juez interviniente –en muchos casos fijadas legalmente-.

Apuntan, que dichos profesionales deben restar el monto del impuesto de sus honorarios, sin poder trasladarlo a la siguiente etapa.

Abundan en consideraciones en este sentido y citan precedentes jurisprudenciales donde se ha invalidado la pretensión tributaria, por constituir supuestos de "doble imposición", cuando el impuesto a los ingresos brutos no era susceptible de traslación.

En el pto. VIII de la demanda, discurren en torno al "carácter alimentario" de los ingresos que se perciben por el ejercicio de la profesión, que consideran que no es una actividad comercial con fines de lucro.

A partir de lo dispuesto por el art. 1627 del Código Civil, explican que el crédito por honorarios comporta una prestación de tipo alimentaria, desde que se trata de la contraprestación que reciben los profesionales independientes por el ejercicio de su actividad y, dicen, no difiere sustancialmente de los sueldos y salarios que perciben quienes trabajan en relación de dependencia.

Por lo tanto, sostienen, en ambos casos se debe dispensar la misma protección jurídica, resultando la privación de la retribución repugnante al espíritu de justicia.

En este sentido, traen a colación el art. 21 de la Constitución Provincial, en tanto remite a la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y transcriben sus cláusulas vinculadas con la igualdad ante la Ley, la inviolabilidad de la propiedad privada, el derecho al trabajo y a la remuneración digna.

Concluyen en que son claras las mandas constitucionales en el sentido de que el gravamen es inaceptable, contexto en el que subrayan la disposición del art. 37 de la Constitución Provincial referido al derecho al trabajo y la protección que deben dispensarle las leyes para asegurar las condiciones de una existencia digna.

Mencionan que el artículo 144 de la Constitución Provincial manda a eliminar paulatinamente los impuestos que graven el trabajo artesanal, lo que se contrapone con la decisión de imponer un nuevo tributo a quienes realizan su labor en forma "artesanal".

Ofrecen prueba, solicitan una medida cautelar y hacen reserva de caso federal.

II.- A foja 170 se presentan como actoras la Asociación de Fonoaudiólogos del Neuquén, la Asociación de Endoscopía Digestiva del Neuquén, el Colegio de Profesionales del Arte de Curar Zona Sud, Asociación de Urología del Comahue, la Asociación Norpatagónica de Cirugía Infantil y la Sociedad de Ginecología y Obstetricia de Neuquén.

A fs. 180/181 se amplía la demanda, incorporando, en calidad de actores, al Colegio de Abogados y Procuradores de Cutral Có y Plaza Huincul y al Colegio de Profesionales del Arte de Curar de Cutral Có.

A fs. 195, la Sociedad de Cirugía del Comahue, solicita que se la incorpore como parte accionante, además de los ya presentados.

Todos los nuevos actores hacen suya la presentación inicial.

III.- Corrido el traslado a la contraria y previa vista al Sr. Fiscal, se rechaza la medida cautelar intentada a fs. 219/228. A fs. 240/242 se declara la admisibilidad de la acción (RI N° 9/14), corriéndose traslado de la demanda a la Provincia del Neuquén y al Fiscal de Estado (fs. 246).

IV.- A fs. 248/259 la demandada contesta el planteo solicitando el rechazo de la acción intentada, con costas.

Niega y rechaza todos y cada uno de los hechos esgrimidos, y la aplicación del derecho que hace.

Comienza relatando que los actores inician su presentación invocando legitimación por el precedente "Aromando" y por el art. 43 de la Constitución Nacional. Solicita que el Tribunal efectué el control de legitimación activa suficiente de oficio ya que fuera planteado expresamente por la contraria.

Se refiere a cuestiones que identifica como de índole formal, que a su entender obstan a la procedencia de la acción prevista en la

Ley 2130.

Afirma que la parte actora debió intentar demostrar la supuesta transgresión constitucional provincial de las normas que cuestiona, no obstante se limita a enunciar y transcribir los supuestos derechos constitucionales vulnerados.

Alega que la supuesta inconstitucionalidad no surge del confronte de las normas atacadas con la Constitución. Indica que la hipotética inconstitucionalidad es una cuestión fáctica, que debería ser objeto de prueba y que ello no se compadece con ésta especialísima acción, en la que se debe hacer un análisis comparativo abstracto entre la Constitución y las normas atacadas.

Argumenta que se pretende sustentar esta acción, en gran medida, en la supuesta violación a la Constitución Nacional, citando fallos de la CSJN. Asimismo, considera ajeno a la presente acción la invocación que realiza la actora de leyes nacionales y el Código Civil.

Luego, rebate los fundamentos traídos por la actora.

En primer lugar, se refiere al principio de igualdad. Sostiene que el "principio de igualdad fiscal" se encuentra contemplado en el art. 16 CN cuando dispone que "la igualdad es la base de los impuestos y las cargas públicas", y que este debe asociarse a otras garantías constitucionales como la de "proporcionalidad" y "equidad".

Afirma que esa vinculación de principios permite concluir que la igualdad que refiere la Constitución, como base de los impuestos, es aquella que surge de la capacidad de contribuir a los fines y mantenimiento de las cargas públicas del Estado por cada uno de los habitantes que la habitan. Que la capacidad contributiva es fundamental para comprender el principio, puesto que se consideran iguales a quienes se encuentran en iguales condiciones y ello supone que distintas situaciones patrimoniales generen tratamientos disímiles, sin considerarse arbitrario ni injusto.

Rechaza el planteo de la demanda, en cuanto asimila la situación en que se encuentran aquellos profesionales universitarios que ejercen la misma de manera independiente, actividad que pudiera encuadrarse bajo la figura contractual de la locación de servicios, de aquellos que trabajan en relación de dependencia.

Cita doctrina laboralista que se encarga de definir el concepto de relación de dependencia entendido como un vínculo jurídico entre dos sujetos, empleado y empleador. Alega que el trabajo que un profesional pueda desempeñar dentro del marco de una relación laboral en la que responde de manera dependiente frente a su empleador no es asimilable analógicamente a la labor que un profesional pueda desarrollar cuando trabaja de manera independiente.

Dice que, entonces, no es dable atribuir carácter discriminatorio ni arbitrario al distinto tratamiento fiscal que el legislador ha querido brindar mediante el establecimiento de la exención que aquí se cuestiona.

Se detiene sobre la significancia de las exenciones en el derecho fiscal.

Explica que se entiende por "exención" a aquellas situaciones o hechos previstos taxativamente y de manera excepcional en la ley, que una vez producidos, anulan las consecuencias normales de la generación del hecho imponible y por lo tanto modifican su resultado normal que es el nacimiento de la obligación tributaria en cabeza del sujeto pasivo. Por lo tanto, la exención interviene el nexo causal entre el hecho gravado y el mandato de pago neutralizando este último.

Sostiene que los principios de generalidad y obligatoriedad propios del derecho tributario obligan a legislar en materia de las exenciones de manera restringida y excepcional.

Afirma que la potestad de eximir o dispensar el pago de tributos por parte del Estado, por causas fiscales o extrafiscales, puede ser por tiempo indeterminado o determinado; y que en cualquiera de los dos casos, la subsistencia de la exención queda condicionada al dictado de una norma posterior que la derogue.

La derogación restituye el nexo causal entre el hecho imponible y la obligación de tributar, restituyendo los efectos normales de la relación jurídica tributaria, lo que no implica afectación de derechos, privilegios o beneficios fiscales que puedan asumirse como adquiridos durante y en ocasión de la misma.

Es por esto que entiende que no resulta procedente el reclamo de las Asociaciones demandantes, que amparándose en la exención, consideran socavados sus derechos por ser contribuyentes "de iure" del impuesto impugnado.

Sobre la doble imposición alegada, comienza realizando una reseña del marco jurídico constitucional que regula el ejercicio de las potestades del estado en sus distintos niveles de gobierno.

Cita los arts. 1, 5 y 123 de la Constitución Nacional y la Ley de Coparticipación Federal. Afirma que las Provincias no han delegado la totalidad de sus potestades tributarias a favor del Estado Nacional, y tal es el caso del impuesto a los Ingresos Brutos.

Argumenta que el impuesto a los ingresos brutos y el impuesto a las ganancias se diferencian por sus elementos estructurales. Desarrolla las características de cada uno.

Cita jurisprudencia de la CSJN y legislación provincial comparada.

Cierra su exposición remarcando que el interés público hace primar el interés colectivo o las conveniencias del mayor número, por

encima de la satisfacción de intereses y conveniencias particulares, y que de hacer lugar a la demanda, se afectaría la regular percepción de los ingresos que hacen al normal desenvolvimiento de la administración y prestación misma del Estado Provincial.
Solicita el rechazo de la acción, con costas.
V.- A fs. 277/296 obra el dictamen del Sr. Fiscal General, quien propicia el rechazo de la acción intentada.
VI.- A fs. 297 se dicta la providencia de autos, que a la fecha se encuentra firme y consentida.
VII.- Toda declaración de inconstitucionalidad –y en particular aquella derivada del control concentrado, como en este caso- constituye una de las más delicadas funciones a cargo de un Tribunal de Justicia.
Los actos legislativos son predicados de una presunción de validez y constitucionalidad, por lo cual, la declaración de inconstitucionalidad se presenta como un recurso o remedio extremo, que debe usarse con suma cautela y cuando resulte imposible efectuar una interpretación compatible y conciliadora con las normas de la Constitución.
Asimismo, es preciso poner de resalto que la cuestión traída a resolver se enmarca en el específico y extraordinario ámbito de la acción autónoma de inconstitucionalidad, caracterizada por realizar un análisis en abstracto de la constitucionalidad de preceptos normativos generales con la finalidad de producir “la caducidad de la ley, ordenanza, decreto y orden en la parte afectada por aquella declaración” (art. 16 de la Constitución Provincial).
La sentencia no tiene otros efectos que el que se acaba de señalar. El control abstracto de constitucionalidad se encuentra, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución Provincial. En caso de admitirse la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada, ello acarreará, como se dijo, la pérdida de vigencia de aquella.
Este efecto es, además, automático, no requiriéndose una declaración posterior o intervención alguna por parte del órgano legislativo competente.
Conforme lo prevé el artículo 16 in fine de la Constitución Provincial y 10 de la Ley 2130 que la regula, la abrogación de los puntos discutidos de las normas tachadas de inconstitucionales, se produce con la mera declaración efectuada por el Tribunal Superior de Justicia en el marco de esta acción, previa publicación en el Boletín Oficial.
Esta acción, así delineada, importa el ejercicio de un rol institucional distinto por parte del Tribunal Superior de Justicia que efectúa un control constitucional actuando su más eminente faz política puesto que, por efecto de sus sentencias, se inmiscuye en la función propia del legislador, anulando las leyes dictadas por el órgano representativo por excelencia.
He aquí la razón fundamental para propiciar la suma prudencia en la utilización de esta facultad constitucional puesto que un ejercicio, que no se circunscribiera a su estricta finalidad, extendería la competencia de este Tribunal a supuestos no previstos o queridos por el constituyente provincial, emplazando al Poder Judicial en el rol de “legislador negativo” con una generalidad que pondría en peligro cierto a la división de poderes, base del sistema republicano de gobierno.
Este Cuerpo debe tener entre sus cometidos esenciales el de lograr un adecuado equilibrio entre el ejercicio de la facultad otorgada por la Carta Magna Provincial en virtud de los artículos 241 inc. a) y 16 y el respeto a la función legislativa, para lo cual, es imprescindible actuar este rol político-institucional en forma restrictiva, habilitándose tal competencia en los supuestos necesarios, condición que no reúne esta causa.
Es indudable que en el diseño constitucional de esta particular y específica acción, el control va unido indefectiblemente al efecto abrogatorio de la ley incompatible. El constituyente ha querido que así fuera, a fin de posibilitar la depuración del sistema infraconstitucional, manteniendo la coherencia lógica de todo el ordenamiento normativo.
La consecuencia abrogatoria entonces, que constituye un elemento propio de la acción intentada -tal como se encuentra reguladacobra especial relevancia en el caso en examen, dado la situación actual y de origen de las normas impugnadas.
Ello así, toda vez que la Ley N° 2837, cuyos artículos 4° (inc. g), 7° (párr. 2 y 5) y 8° (incisos a, c, d, e) son atacados por la parte actora, fue derogada el 12/12/13 por la Ley Impositiva N° 2897 (hoy también derogada por la Ley N° 2982).
Como fuera advertido en el Acuerdo 1380/07 “Kreitman”, si “el objeto de la acción autónoma de inconstitucionalidad es obtener la abrogación o caducidad de una norma y los efectos de la sentencia operan hacia el futuro, es condición para su procedencia que el precepto que se cuestione sea derecho vigente: ninguna utilidad tendrá el pronunciamiento que abrogue una norma ya caduca”.
Es por esto que el pronunciamiento sobre una norma actualmente derogada como lo es la Ley N° 2837,por parte de este Tribunal y en el marco de la vía especialísima intentada, no puede proceder, toda vez que la cuestión en este punto se ha tornado abstracta.
Por su parte, el art. 1 de la Ley N° 2838 también tachado de inconstitucional y hoy vigente, modifica –no sustituye- los arts. 182 y 184 del Código Fiscal (Ley N° 2680).
Como puede repararse del escrito de inicio, la cuestión planteada se suscita respecto a lo dispuesto por los arts. 182 y 184 del Código Fiscal, en tanto que en materia de impuesto sobre los ingresos brutos, el primer artículo mencionado, establece que “se

considerarán también actividades alcanzadas por este impuesto las siguientes operaciones, realizadas dentro de la Provincia en forma habitual o esporádica: a) Profesiones liberales. El hecho imponible está configurado por su ejercicio no existiendo gravabilidad por la mera inscripción en la matrícula respectiva"; y el art. 184 dispone que "no constituyen ingresos gravados con este impuesto los correspondientes a: a) El trabajo personal ejecutado en relación de dependencia, con remuneración fija o variable."

Estos preceptos y los incisos transcriptos, se corresponden con la redacción de la Ley N° 2680 y no con la normativa atacada por la parte actora.

Si bien es cierto que la Ley N° 2838 interviene los artículos mencionados, las modificaciones introducidas por el legislador no recayeron sobre los incisos mencionados, que en definitiva son los que aquí interesan. La Ley N° 2838 incorpora al art. 182 el inc. h) ("las adjudicaciones efectuadas por los fideicomisos a través de la figura del fiduciario, de los inmuebles objeto principal de la adhesión efectuada por el fiduciante adherente o beneficiario de dichos fideicomisos") y sustituye el inc. g) sobre fraccionamiento y venta de inmuebles; y por otro lado sustituye el inc. d) del art. 184 que versa sobre exportaciones.

Como se observa, las modificaciones realizadas al Código Fiscal por la Ley N° 2838 que la actora ataca, en nada se relacionan con los agravios alegados.

Nótese además, que el legislador de la Ley 2838 antes de transcribir los art. 182, y 184 tal como hoy están vigentes, dispuso "modifícanse los arts. 40, (…), 182, 184 (…) de la Ley 2680", lo que permite advertir que la sanción de aquella ley no implicó la sustitución total de los artículos mencionados.

Es por lo anterior, que el análisis de la Ley 2838 cuestionada, carece de interés con respecto a los cuestionamientos realizados por la parte actora, puesto que lo que a ésta le agravia son los incs. a de los arts. 182 y 184 según Ley 2680, y nada se vería modificado de abrogarse el art. 1 de la Ley N° 2838 que, como se dijo, versa sobre temas ajenos a la litis.

En definitiva, en el marco de la acción de inconstitucionalidad intentada, no corresponde el pronunciamiento del Cuerpo sobre la Ley 2837 por encontrarse actualmente derogada, ni sobre la Ley 2838 en tanto que no se relaciona con los agravios alegados y cuya abrogación resultaría inoficiosa frente a los intereses perseguidos por la parte actora.

Recordemos una vez más, que no puede soslayarse la consecuencia trascendental de la procedencia de la acción de inconstitucionalidad, que impone en el análisis de la cuestión un rigor formal que, lejos de resultar inútil, es una manera de garantizar la forma republicana de gobierno y su división de poderes.

VIII.- No obstante el escollo insalvable anterior, debe decirse que lo expuesto más arriba no es el único obstáculo que se vislumbra entre la pretensión final de la parte actora, y la competencia de este Cuerpo en el marco de la acción intentada.

Como se resumiera en la R.I. 17/13 los argumentos centrales de la actora se refieren a: 1) afecta la igualdad ante las cargas públicas que deban pagar el impuesto los profesionales independientes y estén exentos aquéllos que trabajan bajo relación de dependencia; 2) En el caso de los profesionales que no pueden trasladar el costo impositivo a sus clientes, el tributo genera una doble imposición con el impuesto a las ganancias; 3)la actividad de los profesionales liberales se asimila al trabajo artesanal, que la CP manda a desgravar paulatinamente; y 4) los honorarios profesionales no pueden ser afectados porque tienen carácter alimentario y no son producto de una actividad comercial con fines de lucro.

En referencia al punto 1, así planteada la cuestión, el Tribunal debería expedirse, justamente, sobre si el tratamiento diferenciado señalado vulnera el derecho a la igualdad. Sólo eso. Es decir, el pronunciamiento de este Poder Judicial versaría sobre la compatibilidad del tratamiento diferenciado y la Constitución, pero no podría inmiscuirse en el ámbito exclusivo de actuación del Poder Legislativo, quien dentro de las opciones posibles podría optar por la solución que entienda conveniente.

En otras palabras, en última instancia, la decisión sobre la tributación o exención quedaría reservada al legislador, quien en todo caso, debería decidir –en el hipotético caso en el que se advirtiera un tratamiento diferenciado irrazonable e inconstitucional y se abrogara la norma-, sobre si los profesionales comprendidos por las situaciones señaladas (independientes-relación de dependencia) tributan ambos, o se encuentran eximidos.

En segundo lugar, sobre la doble imposición planteada –sólo en ciertos casos y en algunos actores-, como puede advertirse de la normativa citada y los argumentos utilizados, ello exige un análisis del sistema tributario nacional y provincial, que no sólo resulta ajeno a la acción intentada, si no también a la competencia de este Tribunal Provincial.

Finalmente, los puntos 3 y 4, deben ser objeto de prueba y de un estudio casuístico que resultan extraños a la acción por desbordar el análisis abstracto de compatibilidad de las normas impugnadas y la Carta Magna Provincial.

IX.- En cuanto a las costas, cabe apreciar que, por un lado en la derogación de la norma, no ha mediado conducta imputable a alguna de las partes, sino que la abstracción se ha producido por el mero transcurso del tiempo, y por el otro, que las particularidades que presenta el caso y los múltiples argumentos relacionados pudieron incidir en la elección de la vía intentada.

Por ello considero que las costas deben ser impuestas por su orden, toda vez que no hubo pronunciamiento sobre el fondo que permita determinar un vencido. TAL MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor RICARDO TOMAS KOHON, dijo: adhiero al criterio sustentado por el Vocal que me precede en el orden de votos, por lo que me pronuncio en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Vocal Doctor EVALDO DARIO MOYA dijo: comparto la línea argumental desarrollada por el Dr. Massei, por lo que emito mi voto en idéntico sentido. MI VOTO.

La señora Vocal Doctora MARIA SOLEDAD GENNARI dijo: adhiero a la postura sustentada por el Señor Vocal que abre el Acuerdo, por lo que emito mi voto en igual sentido. MI VOTO.

El Señor Presidente Doctor ALFREDO ELOSÚ LARUMBE dijo: por adherir al criterio del Dr. Massei es que voto del mismo modo. MI VOTO.

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, SE RESUELVE: 1º) Rechazar la acción de inconstitucionalidad planteada por la parte actora contra la Provincia del Neuquén; 2º) Imponer las costas por su orden (art. 68 CPCyC, de aplicación supletoria); 3°) Regular los honorarios del Dr. ..., patrocinante de la parte actora, en la suma de $41.250 (arts. 6, 36 y cctes. de la Ley 1.594); 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 Actuaria, que certifica.

Dr. ALFREDO ELOSÚ LARUMBE - Presidente. Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI - Dr. EVALDO DARIO MOYA - Dra. MARIA SOLEDAD GENNARI

Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria

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

"BUSTO GUSTAVO ARIEL C/ MARQUEZ GUSTAVO RODOLFO 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 472731/2012) – Sentencia: 47/17 – Fecha: 23/03/2017

DERCHO CIVIL: Accidente de tránsito.

DAÑOS Y PERJUICIOS. DAÑO FISICO. CUANTIFICACION. DAÑO MORAL. CUANTIFICACION. LEY DE SEGUROS. CONTRATO DE SEGURO. FALTA DE PAGO DE LA PRIMA. DENUNCIA DEL SINIESTRO. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO. PLAZO. ACEPTACION.

1.- En lo concerniente a la cuantificación de la indemnización por daño físico [...] creo que ambas fórmulas – Vuotto (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica") Y Méndez (o Vuotto II)- deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presente las variables de cada caso. En el caso que viene a revisión, se trata de un joven de 20 años a la fecha del siniestro, cuyos ingresos no se encuentran acreditados y, por lo tanto, corresponde estar al salario mínimo vital y móvil a la fecha del accidente, que el recurrente consigna en $1840. Sobre las bases desarrolladas y considerando el grado de incapacidad física determinado por el perito, estimo equitativo, en uso de las facultades establecidas en el art. 165 del CPCC, fijar la indemnización por este rubro en la suma de $180.000.

2.- En el marco del daño moral padecido por el actor a raíz del accidente de tránsito, es dable considerar que nos encontramos frente a la existencia de incapacidad sobreviniente, teniendo

en cuenta las circunstancias acreditadas en la causa, y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, el monto acordado debe ser elevado, estimándolo prudencialmente en la suma de $35.000.

3.- […] la regla general es que el asegurador, siempre que haya una denuncia de siniestro, debe pronunciarse; si no se pronuncia por el rechazo, su omisión tácita importa la aceptación, en los términos del art. 56.

4.- La citada en garantía debe responder en la medida del seguro, pues […] la pericia es clara al indicar que el siniestro fue denunciado con fecha 16/08/2011 y no se ha acompañado, comunicación alguna del rechazo del siniestro por falta del pago de la prima. De hecho, frente al concreto punto de pericia propuesto por la aseguradora, el auxiliar informa: "a la perito contadora no se le suministró documentación relacionada con el eventual rechazo de la cobertura" (…). Consiguientemente, este punto de crítica debe ser acogido y, en base al mismo, revocar el pronunciamiento de grado, en tanto recepta la defensa de no seguro, opuesta por la citada en garantía, con fundamento en la falta de pago.

Texto completo:

NEUQUEN, 23 de marzo de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BUSTO GUSTAVO ARIEL C/ MARQUEZ GUSTAVO RODOLFO Y OTRO S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE" (JNQCI4 EXP Nº 472731/2012) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia que hace lugar parcialmente a la acción, el actor deduce recurso de apelación.

En primer lugar, se queja del rechazo del rubro correspondiente a tratamiento médico futuro, tratamiento psicológico.

Dice que las secuelas psicológicas tienen plena relación de causalidad con el accidente, tal como surge del informe de la perito psicóloga y remite a sus términos.

En segundo lugar, se queja de que se hayan rechazado los daños materiales reclamados y la privación de uso.

Dice que el daño material fue acreditado con el presupuesto acompañado y que el perito indicó que es acorde a los valores de plaza. Hace referencia a un pronunciamiento de la Sala II, del cual se desprende, que cabe presumir la existencia del daño si este se deriva de la mecánica del accidente y estimar su valor.

En cuanto a la privación de uso, indica que no es necesario acreditar que utilizaba el motovehículo para desplegar una actividad rentada, pues la sola afectación al uso particular, presume una pérdida que debe repararse. Señala, en este punto, que el perito determinó que para la reparación se necesitarían al menos 10 días.

En tercer lugar, se agravia del bajo monto reconocido en concepto de daño físico; dice que la indemnización fijada es sensiblemente menor a la que resulta de aplicar la fórmula Méndez, cuyo uso, afirma, viene consagrando esta Sala.

Se queja del monto reconocido en concepto de daño moral, considerándolo reducido y no acorde a los daños sufridos; dice que el accidente provocó un vuelco drástico en su vida, de gozar un perfecto estado de salud, pasó a convertirse en un ser desgraciado y con ideas de autoeliminación.

Por último se queja de que se haya admitido la defensa de la aseguradora.

Indica que el perito consignó que la póliza estaba vigente y que, además, debe considerarse la admisión del siniestro, al haber guardado silencio en el plazo de 30 días de denunciado.

Hace referencia, por otra parte, al deber de información y sostiene que si hay inconvenientes para efectivizar el seguro, la compañía debe dar inmediata noticia al asegurado.

Los agravios son contestados en hojas 365/369 por la citada en garantía, quien requiere que se desestime el recurso interpuesto.

2. Siguiendo el orden de los agravios propuestos, en cuanto al rechazo de los gastos de tratamiento futuro (psicológico), diré que la queja efectuada, no constituye una crítica concreta del razonamiento de la magistrada, en tanto ésta funda su decisión, en la

circunstancia de considerar que la personalidad de base del actor es determinante para las consecuencias padecidas en ese plano. Entiende entonces, que las consecuencias no son directas, sino mediatas.

En este punto, el actor se limita a disentir y a afirmar, que la consecuencia es directa. Sin embargo, las consideraciones que hace en punto al informe pericial, no contrarrestan concretamente el razonamiento de la magistrada.

Es que la mera disconformidad con la sentencia, por considerarla equivocada o injusta, o las generalizaciones y apreciaciones subjetivas que no cuestionan concretamente las conclusiones del fallo apelado, no constituyen una expresión de agravios idónea, en el sentido de resultar apta para producir la apertura de la presente instancia.

En orden a ese objetivo, lo que se exige no es la sola crítica entendida ésta como disconformidad o queja, sino una crítica calificada, una crítica recursiva, la que para merecer dicho adjetivo debe reunir características específicas.

En la crítica efectuada en este aspecto, el recurrente no cumplimenta el requisito del art. 265 del Código Procesal, por cuanto no efectúa un ataque concreto y razonado al fallo recurrido, sino que, por el contrario, sólo deja traslucir una disconformidad con lo decidido.

Por estas razones, este agravio no puede prosperar.

3. En cuanto a los daños materiales y privación de uso, entiendo que más allá de la remisión al pronunciamiento de la Sala II, lo cierto es que, en el caso, es nula la prueba reunida en autos en punto a los daños alegados.

No se ha arrimado fotografía, ni testimonio alguno acerca de la dinámica del accidente o del estado posterior del rodado.

Desde este vértice, el razonamiento de la magistrada no logra tampoco ser desvirtuado, presentando el agravio, igual déficit que el anterior.

3.1. En igual línea de razonamiento, si bien hemos sostenido que la imposibilidad de disponer del vehículo durante el tiempo de duración de los arreglos, origina un perjuicio per se indemnizable como daño emergente, que no requiere pruebas concretas, frente a la falta de acreditación de la existencia y entidad de los daños, la negativa a reconocer la privación de uso es una lógica consecuencia.

En este aspecto, el presupuesto adjuntado –más allá de la razonabilidad de los valores contenidos- no acredita concretamente que se refieran a reparaciones necesarias con relación al vehículo del demandante.

4. En cuanto al daño físico, hemos señalado en reiteradas oportunidades, que el alcance del resarcimiento, la determinación del “cuánto” apropiado a fin de procurar el restablecimiento del perjudicado, es uno de los aspectos de mayor trascendencia en la labor judicial.

Porque indemnizar a la víctima insuficientemente –de asistirle el derecho- es muy injusto. “Sin embargo, y a contrario sensu, dar a la víctima más de lo que corresponde no implica necesariamente un acto de justicia sino de manifiesta arbitrariedad que es inconcebible ya que implicaría tanto como suprimir el daño original para la creación de uno nuevo, ahora, en cabeza del responsable del suceso dañoso… En todos los casos, de corresponder una reparación, debe establecerse el daño y con ello resulta de vital importancia advertir su extensión puesto que será el límite o tope del resarcimiento que el sentenciante no podrá perder de vista… Ello presupone, además, el apego del juez a las circunstancias fácticas del caso, no pudiendo extenderse más allá de lo específicamente demostrado, con un correcto ajuste a la normativa contemplada por el legislador que, entre los principios rectores de este tema, contempla "…la reposición de las cosas a su estado anterior…" (art. 1083 del Código Civil)…” (Debrabandere, Carlos Martín, “La cuantificación del daño y la pérdida de "chance" en el proceso contencioso administrativo”, publicado en: LLCABA 2009 (febrero), 18).

Así, el análisis resarcitorio necesariamente habrá de partir de la siguiente idea rectora: 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.

4.1. A tales efectos, es innegable la utilidad de las fórmulas de matemática financiera, en tanto permiten el control de la decisión adoptada sobre la base de datos objetivos, aunque su utilización debe ser flexible, pudiendo realizarse ajustes o correcciones. Esto significa que la fórmula matemática financiera es una pauta orientadora y no una inflexible o estereotipada.

En tal entendimiento, he sostenido que: “la utilización de la fórmula matemático 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.

Es que tales fórmulas juegan como un elemento más al lado de otras pautas que dependerán de las circunstancias acreditadas en cada caso concreto; en otros términos: son útiles “…para no fugarse -ni por demasía ni por escasez- del área de la realidad y para

brindar, cuanto menos, un piso de marcha apisonado por la razonabilidad y objetividad que pueden extraerse de esos cálculos y sobre el cual caminar con todo el haz de pautas restantes hasta la tarifación buscada…" (cfr. Acciarri, Hugo Irigoyen Testa, Matías, "Fórmulas empleadas por la jurisprudencia argentina para cuantificar indemnizaciones por incapacidades y muertes", publicado en: RCyS 2011-III, en cita del juez Roncoroni)", (Exptes. Nº 343739/06 y 328949/5, entre otros).

En mi criterio, ambas fórmulas que en términos generales se utilizan en el fuero (Vuotto y Méndez) son de utilidad y por ende, pueden servir de guía a la hora de realizar el cálculo de la indemnización a otorgar a la víctima. Pero con las siguientes salvedades:

La fórmula Vuotto "de uso común en la jurisdicción" (genéricamente llamada "matemática" o "polinómica"), solo puede constituir un punto de inicio puesto que si se la utiliza sin contemplar aspectos extralaborales y/o eventuales variaciones en los ingresos, en muchos supuestos arroja un resultado que -en el tiempo actual-, se presenta reducido si se la compara, por ejemplo, con las indemnizaciones que se otorgan en el sistema de la L.R.T.

Una utilización que en algunos casos puede resultar inadecuada, partiría de asumir que un ingreso –o mejor dicho, una contraprestación pecuniaria a la capacidad- se reitera en idéntica magnitud para cada uno de los períodos futuros comprendidos en el cálculo.

Luego, con respecto a la fórmula Méndez (o Vuotto II), las variantes que introduce este método (referidas a la edad productiva, tasa de descuento y ganancia afectada para cada período), no representan, en rigor, una fórmula diferente a la anterior, sino que únicamente constituyen un modo de dar valor a sus variables (puede verse con mayor profundidad, Acciarri, Hugo A. Irigoyen Testa, Matías, "Algunas acotaciones sobre las fórmulas para cuantificar daños personales", RCyS 2011-VI, 22, y Acciarri, "El artículo 1746 como nuevo sistema para calcular indemnizaciones y su diferenciación con los anteriores métodos", DT 2015 (noviembre), 3, IMP 2016-1, 208).

Sin embargo, pese a que la fórmula intenta captar el aumento probable de los ingresos en función de la edad de la víctima, el inconveniente es que se diseña una estrategia en la cual, en definitiva, el ingreso computado sigue siendo único para todo el período.

El autor que vengo citando lo explica con claridad: "La fórmula que divide el ingreso presente por la edad al momento del hecho dañoso y multiplica ese cociente por 60, da por resultado el valor (único) del ingreso para todo el tiempo implicado en el cálculo, desde el primero hasta el último período. Para decirlo informalmente "supone" que ese ingreso máximo (la cota superior de la curva proyectada de ingresos) se replicará uniformemente, año a año, por todo el período de vida productiva".

Por las razones que vengo sosteniendo, es que creo que ambas fórmulas deben ser tomadas como pauta de referencia en un correcto y prudencial balance que, para ser efectuado, debe indefectiblemente tener presente las variables de cada caso. Así, no puede prescindirse de las siguientes consideraciones:

* En la determinación deben computarse aspectos extralaborales: en el caso de las lesiones físicas el 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).

* En supuestos donde el que reclama por incapacidad es un menor de edad, el que aún no ha accedido a su primer trabajo y donde tampoco se encuentra definido todavía el campo en el que se desempeñará, el resarcimiento tiene en mira no la disminución para realizar determinado trabajo sino la de sus posibilidades genéricas que podrán verse disminuidas en el futuro, al intentar ingresar al mercado laboral. Al igual que en la indemnización por pérdida de chance, se trata de indemnizar una posibilidad suficientemente fundada, casi una probabilidad, lo que convierte el daño en cierto (CCC Mar del Plata in re: "Campos de Mediavilla, Flora Enriqueta C/D'Aloia, Daniel Edgardo" s/indemnización de daños y perjuicios; Cc0101 Mp 107578 Rsd-65-99 S; 18/03/1999; Juez: De Carli (sd); Mag. Votantes: De Carli-Font; LD, íd., nº 16)" (citado en "Sánchez, Juan Pablo c/Ticket Neuquén S.R.L. s/Daños y perjuicios", sentencia del 29/04/10).

* En los casos de ingresos desconocidos, si bien esta Alzada ha adoptado como valor de la variable el Salario Mínimo Vital y Móvil vigente a la época de suceso dañoso, es necesario contemplar la posibilidad o chance de que ese ingreso se incremente o varíe en el futuro.

En el caso que viene a revisión, se trata de un joven de 20 años a la fecha del siniestro, cuyos ingresos no se encuentran acreditados y, por lo tanto, corresponde estar al salario mínimo vital y móvil a la fecha del accidente, que el recurrente consigna en $1840.

Sobre las bases desarrolladas y considerando el grado de incapacidad física determinado por el perito, estimo equitativo, en uso de las facultades establecidas en el art. 165 del CPCC, fijar la indemnización por este rubro en la suma de $180.000.

5. En cuanto al daño moral, como se ha señalado en numerosos precedentes de todas las Salas de esta Cámara, debe descartarse la posibilidad de su tarifación, lo que significa que debe efectuarse una diferenciación según la gravedad del daño, las particularidades de la víctima y del victimario, la armonización de reparaciones en casos semejantes, los placeres compensatorios y 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. (cfr., entre otros: Ps:2011-Nº238- Tº VI Fº1167/1171- Sala II, 28/10/11).

Ahora bien, 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 sufridos, es el del perjuicio realmente sufrido; no menos, pero tampoco más.

Así, el análisis de este rubro 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).

Se pueden puntualizar 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).

5.1. Como ha quedado señalado, en el caso de autos se ha acreditado la existencia de secuelas incapacitantes permanentes; se desprende que el actor experimentó sufrimientos y molestias posteriores; que estuvo sometido a tratamientos de curación; se encuentra probado que el hecho tuvo cierta entidad y que permaneció internado.

Sin embargo, no produjo prueba que diera cuenta de cómo era su vida con anterioridad al accidente y como éste lo afectó, del estado en el que se encontró en el período posterior a que aconteciera el hecho dañoso y fuera externado.

En cuanto a los términos de la pericia psicológica, debo señalar que la fuerza de convicción del dictamen depende de su basamento en las circunstancias probadas, pero no en aquéllas que no lo son, que se presentan como meras hipótesis o que sólo cuentan como respaldo a las versiones dadas por las partes.

Desde el punto de vista del daño psíquico, y sin que pretenda agotarse con ello el tema, adviértase por caso que, más allá del relato de la actora, el cambio operado en su personalidad no tiene sustento: insisto en que no obra en autos prueba alguna –siquiera testimonial- que refiera al carácter y personalidad, con antelación al accidente, ni que dé cuenta de su estado en los días posteriores. Me remito, además, a las consideraciones efectuadas por la magistrada, en orden al factor de personalidad de base, que no ha sido objeto de suficiente crítica.

Entonces, frente a la existencia de incapacidad sobreviniente, teniendo en cuenta las circunstancias acreditadas en la causa, y las indemnizaciones acordadas en otros casos resueltos por esta Cámara, el monto acordado debe ser elevado, estimándolo prudencialmente en la suma de $35.000.

6. Por último y en lo que hace al agravio relativo a la exclusión de cobertura, considero que le asiste razón al quejoso, pero con fundamento exclusivo en la falta de pronunciamiento del asegurador en los términos del art. 56 de la LS (falta de comunicación oportuna del rechazo del siniestro).

6.1. En efecto, los pagos efectuados con posterioridad al vencimiento, no tienen otro alcance para la aseguradora que la rehabilitación de la póliza, pero no purgan retroactivamente, los efectos de la suspensión de la cobertura (cfr. SCBA "Torres Claudia" sent. del 18/11/2009, LaLey on line AR/JUR/53591/2009).

Es que, como sostiene Babot, "…La mora del asegurado en el pago de la prima es automática, y el pago de tal deuda sólo tiene efectos hacia el futuro, no purgando los efectos de la suspensión de cobertura durante el período impago.

Tal regla surge primeramente del art. 31 LS que textualmente dice que: "Si el pago de la primera prima o de la prima única no se efectuara oportunamente, el asegurador no será responsable por el siniestro ocurrido antes del pago"; entendiéndose que en el caso en cuestión lo que el asegurado le pagaba a su asegurador era una "prima única" en cuotas…"

"…La regla general es, entonces, que el premio se paga de contado. Si el asegurador aceptara el pago en cuotas, la condición es que estas se paguen en tiempo y forma y en defecto de ello la cobertura se suspende automáticamente.

La rehabilitación derivada del pago de la deuda morosa rige hacia el futuro, la suspensión de cobertura pasada no se purga con este acto, y el premio por este período sin cobertura queda a favor del asegurador como penalidad. Asimismo, la rescisión es facultativa del asegurador y su decisión al respecto no cambia nada de esto. No puede ser más claro.

Ahora bien, no podemos discutir que en el Contrato de Seguro la buena fe es especialmente importante y debe regirlo en su celebración, ejecución y extinción. Tampoco negamos a esta altura que la Ley de Defensa del Consumidor 24240 (LDC) es aplicable a aquel, más allá de que ambos regímenes deban ser armonizados o determinada la prevalencia de uno sobre el otro.

Pero aún así: ¿puede alguien sentirse violado en su buena fe o estafado por cláusulas contractuales "abusivas, obscuras, o desnaturalizantes de sus derechos" si a sabiendas de que se encontraba en mora con su asegurador tiene un siniestro y luego del mismo este le sigue recibiendo pagos?, ¿quién obra de mala fe en ese caso, el asegurador que se apega a la ley y el contrato, o el asegurado que milagrosamente se pone al día en sus cuotas luego del siniestro?, ¿por qué obligar al asegurador a que renuncie a la prima por los períodos posteriores al siniestro si quiere conservar su defensa de suspensión de cobertura ante el siniestro?, ¿ello no iría en perjuicio del fondo de primas para pagar siniestros y con ello de los otros asegurados de la misma compañía?.

La verdad es que no debería importar la actitud del asegurador previa ni posterior al siniestro o la mora, puesto que la misma no modifica lo que está escrito ni debería hacerlo más confuso. La principal obligación del asegurado es pagar el premio a tiempo y el correlativo derecho del asegurador a percibirlo coincide con el de su masa de coasegurados que están interesados en la suficiencia del fondo de primas que garantiza la cobertura de todos. Como con cualquier servicio que se contrata, la mora deriva en la suspensión de la prestación…" (cfr. Babot, Fernando, "La mora en el pago de la prima, RD yS 2013-IV,231).

6.2. Sin embargo, la solución no pasa por este vértice, sino por la circunstancia de que, el asegurador, no rechazó en término al siniestro denunciado.

En efecto, la regla general es que el asegurador, siempre que haya una denuncia de siniestro, debe pronunciarse; si no se pronuncia por el rechazo, su omisión tácita importa la aceptación, en los términos del art. 56.

Por ello, en principio, el pronunciamiento adverso incluye todas las hipótesis en que el asegurado se halle privado de garantía asegurativa, ya sea fundada en una exclusión de cobertura expresa o tácita; en la inobservancia por el asegurado de alguna carga de fuente normativa o convencional; o porque la cobertura al tiempo de la denuncia del siniestro se hallaba suspendida por falta de pago.

Dice Stiglitz: "El art. 56, L.S. no formula ninguna distinción, entre pronunciamientos adversos a ser invocados en el plazo legal y otros factibles de ser deducidos al contestar demanda.

Claro que existen excepciones a la carga sustancial del asegurador… Sin embargo, no constituye excepción al deber de pronunciarse, el siniestro denunciado por el asegurado y que el asegurador considera que se halla expresa o tácitamente excluido de cobertura o cuyo aviso ha sido extemporáneo. Si así no fuera, el artículo 56, Ley de Seguros, carecería de función, ya que si el asegurador se hallara liberado de pronunciarse adversamente con relación a los siniestros excluidos, cabe preguntarse qué sentido tendría pronunciarse sobre los incluidos, ya que bastaría con guardar silencio (art. 56, in fine).

Por lo demás, hace a la buena fe debida en el vínculo obligacional que el asegurador decida en un sentido o en otro en el plazo legal. Y que por añadidura informe su pronunciamiento adverso al asegurado para favorecer el avance de la etapa funcional del contrato" (cfr. Stiglitz, Rubén, "Pronunciamiento del asegurador (art. 56, L.S.)" RC y S, 2009-IV, 3).

Y dice en línea coincidente el ya citado Babot: "…la buena fe y los principios de la LDC que en el apartado anterior consideramos que no modificaban la ley y el contrato en razonable interpretación, en este caso bastan para exigirle al asegurador que no tome a las exclusiones de cobertura como casos de "no seguro" y se ocupe dentro de los 30 días de aclararle a su asegurado que el siniestro no está cubierto.

En definitiva, si no hay contrato de seguro alguno o no lo hay ni remotamente relacionado con el riesgo ocurrido, no sería razonable exigirle al asegurador que rechace cada denuncia de siniestro aventuradamente presentada. Si, por el contrario, se trata de una exclusión de cobertura (gráficamente un "hueco" en el universo de siniestros originalmente cubiertos por la póliza), el plazo de los arts. 46 y 56 LS funcionarán con sus fatales consecuencias en caso de vencimiento.

Volviendo al caso que nos ocupa, si entendemos que deben ser rechazadas las exclusiones de cobertura, con mucha mayor razón deben serlo las suspensiones de cobertura por falta de pago que ni del modo más generoso podrían interpretarse como casos de "no seguro"; entendiéndose por aquellas a la declinación fehaciente de cobertura dentro de los 30 días de un siniestro ocurrido durante la mora en el pago del premio (y no en la obligación del asegurador de notificar a cada asegurado de su cartera que quedó en mora y cada vez que esta se produzca). Nuestro juez de grado amparó al asegurador citado en garantía y omiso en el cumplimiento de los arts. 46 y 56 LS, con el argumento de la exceptio non adimpleti contractus, olvidando que el Contrato de Seguro se rige por la LS como ley específica. En otras palabras, el asegurador ante un reclamo de pago de una cobertura

suspendida podrá oponer la excepción de incumplimiento y/o una defensa de fondo al contestar demanda, pero si se dejó vencer el plazo de los arts. 46 y 56 LS, todo será en vano…"

6.3. En este caso, la pericia es clara al indicar que el siniestro fue denunciado con fecha 16/08/2011 y no se ha acompañado, comunicación alguna del rechazo del siniestro por falta del pago de la prima.

De hecho, frente al concreto punto de pericia propuesto por la aseguradora, el auxiliar informa: "a la perito contadora no se le suministró documentación relacionada con el eventual rechazo de la cobertura" (cfr. hojas 45 y 48 vta.)

Como se ha señalado más arriba: no puede reputarse como renuncia a la caducidad operada por la mora en el pago de la prima, a la recepción de pagos posteriores al siniestro. Sin embargo, "obsta a la oposición de la caducidad operada la omisión de invocarla dentro del plazo establecido en el art. 56 de la ley de seguros, ya que siendo materia disponible para el asegurador renunciar a los derechos que le otorga la caducidad operada por la mora en el pago del premio, su silencio en el plazo legal de pronunciamiento resulta castigado con la presunción "iure et de iure" de aceptación del siniestro…" (cfr. Meilij, Gustavo "Efectos de la Mora en el Pago de la Prima", Publicado en: RCyS 2009-XI, 31. Ver en igual sentido, Superior Tribual de la Provincia de Entre Ríos, "Abbate", LLLitoral, 2013 (noviembre), 1099, Cita online AR/JUR/59951/2013); Cámara de Apelaciones en lo Civil, Sala M, "Cepeda, Dina", 30/05/2011, Cita on line AR/JUR/24837/2011).

Este punto de crítica debe ser acogido y, en base al mismo, revocar el pronunciamiento de grado, en tanto recepta la defensa de no seguro, opuesta por la citada en garantía, con fundamento en la falta de pago.

7. En definitiva, entiendo que el recurso debe ser receptado parcialmente, modificándose de igual modo la sentencia de grado.

Prosperará el agravio referido a la cuantificación de la incapacidad física y daño moral, montos que serán elevados a las sumas de $180.000 y $35.000, respectivamente.

Asimismo, se propone revocar el pronunciamiento de grado, en punto al tratamiento de la defensa de no seguro, debiendo la citada en garantía responder en la medida del seguro. La imposición de costas al actor, efectuada en el punto III del fallo, deberá ser dejada sin efecto.

Por último y con relación a las costas, habiendo prosperado el recurso en su mayor extensión, las de ambas instancias se impondrán a las demandadas vencidas. 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 ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Hacer lugar parcialmente al recurso interpuesto por la actora, modificándose la sentencia de fs. 315/320vta. del siguiente modo: a) Elevar el monto de condena, por los rubros incapacidad física y daño moral a las sumas de $180.000 y $35.000, respectivamente; b) Revocar el pronunciamiento en punto al tratamiento de la defensa de no seguro, debiendo la citada en garantía responder en la medida del seguro, y c) Dejar sin efecto la imposición de costas al actor, efectuada en el punto III del fallo.

2.- Imponer las costas de ambas instancias a las demandadas vencidas (art. 68 del CPCC).

3.- Regular los honorarios por la actuación en esta instancia en el 30% de lo 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.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr.Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA-SECRETARIA

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

"BARROS CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 460005/2011) – Sentencia: 68/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. LESIONES MENISCO LIGAMENTARIAS. BAREMO.

1.- Corresponde reformular el porcentaje asignado por lesiones menisco ligamentarias - "incapacidad por Síndrome meniscal con signos objetivos, como en el caso de hipotrofia muscular"- y en donde la instancia de grado acuerda el 8% determinado por el perito, interpretando que la limitación funcional no debe ser agregada, por estar incluida en el porcentaje. Pero lo cierto es que, en el caso, la situación es encuadrable, conforme lo determina el perito (y más adelante, la magistrada también considera) en una "Menisectomía con hipotrofia muscular", supuesto en el cual, el baremo asigna un porcentaje entre el 10-15%. Consiguientemente, es claro que le asiste razón en este punto a la recurrente en tanto, en ningún caso la incapacidad podría ser fijada en menos del 10%.

2.- Fijada entonces la incapacidad en el 14% sumado a los factores ponderados por tipo de actividad (intermedia) y edad: arroja un total de incapacidad permanente, parcial y definitiva del 17.10%.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "BARROS CARLOS ALBERTO C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA6 EXP Nº 460005/2011) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Contra la sentencia dictada en esta causa, interpone recurso de apelación la actora.

Se queja de la valoración judicial de la pericia médica practicada.

Indica que si bien el perito efectuó una distinción al diagnosticar las secuelas del actor, adjudicando un 8% a la menisectomía de rodilla derecha por hipotrofia muscular y un 6% por limitación funcional, para arribar así a un total del 14%, ello debe ser interpretado en el sentido de brindar mayor claridad respecto a las secuelas que padece el actor.

Dice que la magistrada no puede –sin dar fundamento científico alguno- apartarse y acordar en total un 8%, máxime cuando tal porcentaje es inferior al baremo, que establece para el caso entre un 10-15%.

Indica que al responder el galeno, explicó que la incapacidad se fijó de acuerdo al baremo de Incapacidades Laborales Ley 24557.

En segundo lugar, se agravia con relación a los honorarios regulados, en tanto no contempló a los intereses en la base regulatoria.

Sustanciados los agravios, la demandada guarda silencio.

2. Ahora bien, es cierto que el Baremo aplicable al referirse a las lesiones menisco ligamentarias, determina que en los respectivos porcentajes está incluido "el porcentaje por repercusión funcional". En esto, estimo que no hay desacuerdo.

La divergencia radica en el porcentaje asignado. Y la diferencia encuentra la causa, según advierto, en que la magistrada hace alusión a una "incapacidad por Síndrome meniscal con signos objetivos, como en el caso de hipotrofia muscular" que de acuerdo al baremo tiene asignado un porcentaje 8-10%.

De allí que parecería, acuerda el 8% determinado por el perito, interpretando que la limitación funcional no debe ser agregada, por estar incluida en el porcentaje.

Pero lo cierto es que, en el caso, la situación es encuadrable, conforme lo determina el perito (y más adelante, la magistrada también considera) en una "Menisectomía con hipotrofia muscular", supuesto en el cual, el baremo asigna un porcentaje entre el 10-15%.

Es claro que le asiste razón en este punto a la recurrente en tanto, en ningún caso la incapacidad podría ser fijada en menos del 10%.

3. Ahora bien, tal como lo hemos señalado en múltiples oportunidades, no puede desconocerse que el principio general que rige en esta materia es que los informes no constituyen prueba tasada: 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 autómata, 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).”

Pero lo cierto es, que no advierto que el peritaje presente estas tachas.

Por el contrario, ante el concreto embate de la limitación funcional (hojas 165), el perito aclara que la determinación de la incapacidad se efectuó de acuerdo al Baremo de la ley 24.557, con lo cual, estando el porcentaje fijado (14%) dentro del rango legal (10-15%) deberá estarse al mismo, debiéndose interpretar en los términos propuestos por la recurrente. No median en el caso elementos científicos de convicción que, operando en contrario, indiquen que deba apartarse del porcentaje total fijado en dicho dictamen, de acuerdo a las secuelas establecidas.

Fijada entonces la incapacidad en el 14% sumado a los factores ponderados por tipo de actividad (intermedia) y edad: arroja un total de incapacidad permanente, parcial y definitiva del 17.10%.

4. Efectuados los cálculos pertinentes, de acuerdo a la fórmula de aplicación, $ 4.925,11.- multiplicado por 53, por el coeficiente de edad (65/40: 1,62) y luego por el porcentaje de incapacidad 17.10 %, alcanza la suma de $ 72.310,76.

A esta suma deberá descontarse el importe percibido en sede administrativa de $ 33.509,84 (fs. 02), quedando un crédito a favor del actor de $38.800,92, lo que devengará los intereses fijados en el resolutorio de grado.

5. En cuanto a la queja relativa a los honorarios, debo decir que los mismos deberán readecuarse a lo aquí decidido y de acuerdo a las disposiciones de la ley arancelaria vigente, por lo que la queja deviene abstracta.

Más allá de ello, debo aclarar que no encuentro que el mecanismo utilizado por la magistrada contraríe el régimen legal. Ello así, en tanto aclara: “Los honorarios han sido regulados de conformidad con las pautas de los artículos 6, 7, 9, 10, 37, 39 y cc de la ley 1.594 y ley 2933. A dichos honorarios se adicionará los intereses que arroje el capital del actor en la planilla del art. 51 ley 921, más el IVA de acuerdo a la condición tributaria que revistan los profesionales”.

De ello se sigue que la cuestión se resume a un problema de semántica y método de cálculo: cuantificados sobre el capital, al practicarse la planilla, deberán adicionarse los intereses desde la fecha del accidente, en el caso, 29/10/2010, en similares términos que al capital de condena.

Más allá de la preferencia por una u otra fórmula, mientras que se integren (capitalicen) los intereses, no advierto agravio alguno.

Las costas de la Alzada estarán a cargo de la contraria vencida, regulándose los honorarios en el 30% de lo que correspondiera en la instancia de origen y tomando como base la diferencia aquí reconocida, incluyéndose los intereses devengados. 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 ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Modificar la sentencia de hojas 192/196 vta. elevando el monto de condena a la suma de $ 38.800,92 con más los intereses fijados en dicho pronunciamiento.

2. Readecuar los honorarios de la instancia de grado a lo aquí decidido y de acuerdo a las disposiciones de la ley arancelaria vigente, de conformidad con lo expuesto en el considerando respectivo.

3. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (arts. 17, ley 921 y 68 del CPCC) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta etapa en el 30% de lo que correspondiera en la instancia de origen, tomando como base la diferencia aquí reconocida e incluyéndose los intereses devengados.

4.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"FLORES OLGA ESTHER C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 502422/2014) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 04/04/2017

DERECHO DE LABORAL: Accidente de trabajo.

ACCIDENTE DE TRABAJO. INTERPRETACION DE LA LEY. LEY SOBRE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION.

> (…) siendo que el magistrado ha aplicado "el índice RIPTE a la fecha del siniestro (2 de septiembre de 2013)", la resolución debe confirmarse. En efecto, es aplicable aquí la resolución 34/2013 que establece que la indemnización, para el período de vigencia comprendido entre el 01/09/2013 y el 28/02/2014, no podrá ser inferior al importe que resulte de multiplicar el porcentaje de incapacidad por la suma de $476.649.

Texto completo:

NEUQUEN, 4 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "FLORES OLGA ESTHER C/ GALENO ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" (JNQLA1 EXP Nº 502422/2014) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Los agravios.

La parte actora apela la sentencia.

Se queja de que no se haya aplicado al caso la ley 26.773 en forma integral.

Dice que, conforme a lo peticionado, el magistrado debió haber aplicado el piso mínimo actualizado conforme la Resolución 387/16 de $1.090.945 y aplicar sobre el mismo el porcentaje de incapacidad y sobre el resultado calcular el 20% correspondiente a la prestación adicional prevista en el artículo 3 de la ley 26.773.

Sostiene que la aplicación del índice vigente a la fecha del siniestro, no se encuentra indicada, ni prevista en la ley 26.773, desde lo cual, comparando al fijado con el reclamado, se observa la arbitrariedad de lo decidido.

Indica que nada dijo concretamente sobre el punto, pese a haberse planteado en los alegatos, debiendo haber aplicado el derecho vigente al momento de resolver.

Sustanciados los agravios, son contestados en hojas 111/115.

El demandado sostiene que el accidente se produjo con antelación a la resolución 387/16 cuya aplicación se reclama, desde lo cual no era derecho vigente a la fecha del infortunio.

Sostiene que lo reclamado contraría la doctrina fijada por la CSJN en la causa Espósito y cita jurisprudencia en apoyo de su posición.

Hace luego una serie de consideraciones que no se compadecen con el caso, en tanto ha quedado firme la aplicación de la ley 26.773.

Así planteada la cuestión, adelanto que el recurso de la actora no podrá prosperar. Daré las razones que fundamentan esta respuesta adversa.

2. Según lo veo, la ley 26.773 retoma la finalidad perseguida por el decreto 1694/9, pero lo supera en las críticas relativas a su carácter estático, al establecer un mecanismo de ajuste semestral y automático de las prestaciones.

Así la senadora Corradi de Beltrán sostuvo que "En el caso que se produzca la incapacidad laboral permanente se establece, justamente para proteger al empleado y que no queden desactualizadas las sumas que perciba, la aplicación semestral de una actualización utilizando el RIPTE, que es el índice de Remuneración Imponible Promedio de los Trabajadores Estables, publicado por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo. En el afán y siguiendo con el espíritu que ha impulsado la

aprobación de esta ley, que es precisamente bregar para que la suma sea justa".

Señalando en igual sentido el senador López: "También se prevé el mecanismo de actualización automática de estos valores, cuya inexistencia ha significado bastantes problemas en el sistema actualmente vigente". (cfr. Versión Taquigráfica de la Sesión de la Cámara de Senadores de la Nación, Período 130º, 16. Reunión - 11. Sesión ordinaria, 3 de octubre de 2012).

Las reglas establecidas en el artículo 8 y 17 inc. 6 estarían entonces dirigidas a incrementar periódicamente las sumas fijas del art. 17.4 de la LRT y los montos mínimos de los arts. 3º y 4º del Decreto 1694/2009, previa actualización de sus valores desde que fueron establecidos por este último hasta la entrada en vigencia de la Ley 26.773.

Es esta inteligencia, la que daría fundamento a que, semestralmente la Secretaría de Seguridad Social dicte una resolución fijando los nuevos valores y su lapso de vigencia.

3. En este sentido, Ackerman sostuvo:

“A mi entender —y al margen de la confirmación de este criterio que, a pesar de nuevas imperfecciones, surge del Decreto 472/2014 y de las Resoluciones 34/2013 y 3/2014 de la Secretaría de Seguridad Social— las reglas sobre actualización de prestaciones establecidas por la Ley 26.773 son las siguientes:

1) El primer párrafo del apartado 6 del art. 17 establece que los valores establecidos en el art. 1º del Decreto 1694/2009 para las compensaciones adicionales de pago único del apartado 4 del art. 11 de la Ley 24.557 y los valores mínimos fijados por los arts. 3º y 4º de ese mismo Decreto, se actualizarán a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 26.773 —esto es, el 26 de octubre de 2012—, de acuerdo con la variación producida en el índice RIPTE desde el 1º de enero de 2010 (art. 17.6, primer párrafo, Ley 26.773; art. 17, Reglamentación aprobada por el Decreto 472/2014 y arts. 1º, 4º y 5º, Resolución SSS 34/2013).

Esta regla se explica en la necesidad de incrementar los valores fijados en los arts. 1º, 3º y 4º del Decreto 1694/2009, cuyos montos habían sido fijados en el mes de noviembre del año 2009.

El criterio de actualización de acuerdo con la variación del índice RIPTE es coincidente con el establecido, para el futuro y con carácter general, por el art. 8º de la Ley 26.773, complementado éste con la remisión al art. 32 de la Ley 24.241 —modificado por la Ley 26.417— que se hace en el segundo párrafo del art. 17.6 de esa misma Ley.

Si bien para ser coherente con las reglas del art. 32 de la Ley 24.241 el legislador podría haber establecido como fecha de inicio del períodoconsiderado para la actualización el 1º de marzo de 2010, puede entenderse que el criterio adoptado en el primer párrafo del apartado 6 del art. 17 de la Ley 26.773, por esa única vez, y para fijar los valores de inicio para las futuras actualizaciones, fue el de tomar todo el tiempo transcurrido desde la determinación de los valores producida en el mes de noviembre de 2009 —por el Decreto 1694/2009—. Y es por esto, también, que debería entenderse que esa primera actualización debió llegar hasta el mes de octubre de 2012. (53)

2) Los valores determinados en la forma establecida en el primer párrafo del apartado 6 del art. 17 serán aplicables a los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante —o el fallecimiento del trabajador— se haya producido a partir del 26 de octubre de 2012 y hasta el 28 de febrero de 2013 (art. 17.5, Ley 26.773 y Resolución SSS 34/2013).

3) Actualizados al 26 de octubre de 2012 los valores establecidos en los arts. 1º, 3º y 4º del Decreto 1694/2009 en la forma prevista en el primer párrafo del apartado 6 del art. 17 de Ley 26.773, sus montos en el futuro se ajustarán —lo que significa que se fijarán los nuevos valores— el 1º de marzo y el 1º de setiembre de cada año de acuerdo con la variación producida en el índice RIPTE en el semestre calendario anterior —o sea el período julio/diciembre y enero/junio, respectivamente (arts. 8º y 17.6, segundo párrafo, Ley 26.773 y art. 32, Ley 24.241, modificado por la Ley 26.417)

Esos nuevos valores, luego de hacer el cálculo pertinente, deberán ser establecidos por la Secretaría de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación que, a tal efecto, dictará una Resolución en la que deberán informarse los nuevos montos y el período por el que ellos estarán vigentes —o sea, entre el 1º de marzo y el 31 de agosto o entre el 1º de setiembre y el 28 de febrero del año que corresponda— (art. 8º y 17.6, segundo párrafo, Ley 26.773 y art. 32, Ley 24.241 modificado por la Ley 26.417), y se aplicarán a las contingencias cuya primera manifestación invalidante se produzca dentro de esos períodos…” (CFR. Ackerman, Mario E., “El RIPTE y su ámbito temporal de aplicación”, Publicado en: DT 2014 (julio), 1927).

4. Y esta interpretación es la que se impone a partir del pronunciamiento dictado por la CSJN en la causa “Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente - ley especial”.

Es que como ha señalado la Dra. Craig en criterio que comparto, “…sobre esta materia, también se ha expresado la C.S.J.N. en el precedente “Espósito”, el sentido de afirmar que “...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...” (ver considerando 8°), por lo cual, en virtud de los motivos que anteriormente expuse, aplicaré —

igualmente— lo allí sostenido.

En efecto, el juego armónico de la los arts. 2 y 17 inc. 4) permite colegir que el "derecho del resarcimiento" se concreta a la fecha del accidente o de la primera manifestación invalidante. Obsérvese que, respecto del derecho a la reparación dineraria, la norma establece que 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..." (art. 2, Ley 26.773) y los intereses se deben "...desde la exigibilidad de cada crédito..." (art. 17 inc. 4), Ley 26.773).

Por lo cual, la comparación que debe efectuarse para obtener el importe debido en el marco antes descripto, he de considerar: 1) el capital de la prestación prevista en base a la fórmula, sea art. 14 inc. 2 o art. 15 inc. 2; para luego cotejarlo con, 2) el mínimo que impone considerar la Ley 26.773 mediante la Res. de la Secretaría de Seguridad Social vigente a la fecha de consolidación del daño (fecha del accidente o de la primera manifestación invalidante), a cuyo efecto se aplicará el porcentual de incapacidad en su caso (art. 14 inc. 2, ley 24.557)…." (cfr. Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala VI, Maidana, Walter Ernesto c. Mapfre Argentina ART S.A. s/ accidente - ley especial • 30/08/2016 Publicado en: DT 2017 (febrero), 317).

5. Es que, como lo vengo señalando, no puedo desconocer que la Corte, en la ya citada causa "Espósito", es categórica en punto a la interpretación que efectúa de los preceptos de la ley 26.773 y en tal sentido, me remito a más del considerando 6, al considerando 8.

Debo, entonces, adoptar esta solución, en estricto ajuste a la conveniencia de seguir la línea fijada por el Máximo Tribunal Nacional, en orden al principio que impone el acatamiento de los fallos de la Corte por parte de los Tribunales inferiores (Fallos 307:1094).

Y, tal como ha señalado nuestro TSJ, "Coadyuva a este deber (perfilado inicialmente como "deber moral para los jueces inferiores", para dar –luego- lugar a la tesis del "deber institucional") la creciente demanda social de seguridad jurídica e igualdad; al decir de Sagüés: "la gente desea saber con claridad cuál es la interpretación válida de las normas, y que tal hermenéutica rija para todas las personas y en todos los lugares" (cfr. "La vinculatoriedad de la doctrina de la Corte Suprema", La Ley, 2008-E, 837 "Doctrinas Esenciales" Tomo I, pág. 1161)…" (cfr. Ac. 41/12; 12/11, ambos del registro de la Secretaría de Demandas Originarias).

En consecuencia, siendo que el magistrado ha aplicado "el índice RIPTE a la fecha del siniestro (2 de septiembre de 2013)", la resolución debe confirmarse.

En efecto, es aplicable aquí la resolución 34/2013 que establece que la indemnización, para el período de vigencia comprendido entre el 01/09/2013 y el 28/02/2014, no podrá ser inferior al importe que resulte de multiplicar el porcentaje de incapacidad por la suma de $476.649.

Propicio, entonces, desestimar el recurso de apelación, confirmando el pronunciamiento de grado en todo cuanto ha sido motivo de agravio.

Las costas de esta instancia, serán impuestas en el orden causado, eximiéndose entonces a la actora, pese a resultar vencida, toda vez que sobre el punto no existe coincidencia doctrinaria, ni jurisprudencial, lo que pudo llevarla a creerse con derecho a efectuar su planteo. 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 ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora a fs. 106/107 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 99/102 en cuanto fue materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado.

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.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"CUCARESSE EDUARDO ROBERTO C/ GUTIERREZ CIFUENTES PRISCILA Y OTROS 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 – Secretaría Sala I – (Expte.: 469490/2012) – Sentencia: 72/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

ACCIDENTE DE TRANSITO. CICLISTA. LEY NACIONAL DE TRANSITO. PRIORIDAD DE PASO. VELOCIDAD DEL VEHICULO EMBISTENTE. VALORACION DE LA PRUEBA.

> Cabe confirmar la sentencia que rechaza la demanda por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, toda vez que el demandado circulaba por la derecha del actor y no se encuentran acreditadas las excepcionales circunstancias que traigan aparejadas la inaplicabilidad de la prioridad de paso que establece el art. 41 de la ley 24.449, (…). [...] Por otra parte, tampoco quedó acreditado el exceso de velocidad invocado por el actor, en tanto el perito accidentológico sostuvo: "No se han recabado indicios que nos permitan determinar mediante cálculos físico–matemáticos, la velocidad del corsa".

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "CUCARESSE EDUARDO ROBERTO C/ GUTIERREZ CIFUENTES PRISCILA Y OTROS S/ D. Y P. X USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (JNQCI4 EXP Nº 469490/2012) venidos a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 426/430 la A-quo rechazó la demanda iniciada por los actores contra Priscila Gutiérrez Cifuentes, Matías Nicolás Rodríguez y La Perseverancia Seguros S.A, con costas.

A fs. 433 apeló el actor y a fs. 443/444 expresó agravios. Dice, que se agravia porque la Jueza no consideró que el automotor fue el embistente y que surge de la pericia practicada en autos que el conductor no poseía el completo control del vehículo, el cual es una cosa riesgosa.

Manifiesta, que la regla prevista en el art. 41 de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449 no opera de manera autónoma sino ubicada en el contexto general de las normas de tránsito, de modo que no constituye un bill de indemnidad que autorice para quien circula por derecha a arrasar con todo lo que se encuentre a la izquierda.

Sostiene, que de la pericia practicada no queda lugar a dudas que el vehículo mayor fue el embistente y que el actor, atento que circulaba en bicicleta, no lo podría haber hecho a gran velocidad.

A fs. 448/449vta., los demandados y a fs. 450/452 vta. La Perseverancia Seguros S.A. contestaron los agravios. Todos 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 la apelación del actor.

En el caso de autos, no se encuentran controvertidas las circunstancias de modo y lugar en que se produjo el accidente, aunque sí la atribución de responsabilidad.

El actor principalmente se agravia por su calidad de embestido y la circunstancia de que circulaba en bicicleta. Además, alega que la demandada conducía con exceso de velocidad al momento del hecho.

Al respecto, esta Sala sostuvo: "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".

"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 Nº 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 absolutez de la regla está referida (y relativizada si se quiere) a las circunstancias de lugar (el escenario en que ella impera: la bocacalle que dibuja el cruce de arterias) y a la conducta a adoptar frente al mismo por los ciudadanos al mando de diversos vehículos". Y el patrón interpretativo para relativizarla no es otro que el que fluye del normal comportamiento que el legislador espera de aquellos conductores en tales circunstancias. "De allí que la regla expuesta no puede admitir demasiadas excepciones que generen inseguridad o para conceder el "bill de indemnidad" a quien, en ese simultáneo arribo al cruce de calles, deja de lado el principio de preferencia del que gozaba el otro conductor, para adelantarse en ganar ese espacio, arrebatarle la preferencia y erigirse en fuente de riesgos y daños, de otro modo fácilmente evitables. Sólo cuando la certeza de que el cruce primerizo no sorprenderá a quien gozaba de la preferencia y no provocara la colisión, puede decirse que aquella absolutez cede…" (cfr. Ampliación de fundamentos del Dr. Roncoroni en causa cit. Ac. 76418, 12/3/2003 "Montero Viviana G. c/ Rafael José M. y/o quién resulte responsable s/ Daños y Perjuicios" DJJ 165-225, citado por Galdós, Jorge Mario, "OTRA VEZ SOBRE LA PRIORIDAD DE PASO (Y LOS PEATONES) EN LA SUPREMA CORTE DE BUENOS AIRES")".

"También creo necesario remarcar que no puede resultar indiferente a quienes operamos con el derecho, la existencia de una norma legal que establece una presunción de responsabilidad, lo que acentúa o completa el régimen que establece en 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 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 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. 1°)…" (cfr. Tabasso Cammi, Carlos "PREFERENCIAS DEL INGRESO PRIORITARIO, DE LA DERECHA-IZQUIERDA Y DE FACTO" Intentando terminar una polémica interminable, Revista de Derecho de Daños "Accidentes de Tránsito-III, Año 1998/ N° 3)".

"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 vehículosprioritarios 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 Nº 267163/1 y mi voto en "CHAVES C/VIDAL S/DY P", Expte.Nº 421942/10)", ("SAAVEDRA ELIZABETH MARINA C/ FILIPPONI ENRIQUE S/D.Y P.X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 448230/2011).

En el caso, el demandado circulaba por la derecha del actor y no se encuentran acreditadas las excepcionales circunstancias que traigan aparejadas la inaplicabilidad de la prioridad de paso que establece el art. 41 de la ley 24.449, a partir de lo cual corresponde desestimar el agravio del actor al respecto.

Además, en punto a la calidad de embistente, esta Sala ha sostenido que: "La calidad de embistente no varía la solución en tanto, conforme se ha señalado en criterio que comparto: "Si la demandada interfirió la trayectoria del automotor que tenía expedito el cruce de la bocacalle… la argumentación basada en el resultado que arrojara la prueba de pericia de ingeniero mecánico, en punto a que el actor reviste la calidad de agente activo de la colisión y el demandado la calidad de sujeto pasivo, pierde totalmente entidad pues la parte actora no reviste la condición de embestidora jurídica. El hecho de resultar el actor embestidor mecánico, no siempre fluye que se derive para él una consecuencia desfavorable, desde que para que ello ocurra es menester que coincida el concepto de embestidor mecánico con el de embestidor jurídico. La razón es simple: el primero refiere una calidad puramente física; el segundo una jurídica. En otros términos, aquel apunta a la sola materialidad, mientras que éste hace a la responsabilidad. Decidir si coinciden o no es materia específica de valoración judicial. Aferrarse ciegamente al mundo físico para decidirse siempre por la responsabilidad del embestidor (no obstante la innegable presunción que pesa sobre él) lleva a desnaturalizar la ciencia jurídica y a sacar conclusiones que, en supuestos como el de autos, van contra lo que indica la lógica y el curso normal de las cosas. Frecuentemente sucede (y así es en el presente caso) que el embestidor resulta, en buena medida, un agente pasivo; es el objeto impactado el que se coloca sorpresiva e indebidamente en su camino" (cfr. PS-2008-T°II-F°393/398)".

"…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 AUTOMOTOR C/ LESION O MUERTE", Expte. Nº 370142/8 y "SAN MARTIN PABLO C/ MELLADO ANA MARIA ISABEL Y OTRO S/ D. y P. X USO AUTOM C/LESION O MUERTE", Expte. Nº 423955/2010)).

Por otra parte, tampoco quedó acreditado el exceso de velocidad invocado por el actor, en tanto el perito accidentológico sostuvo: "No se han recabado indicios que nos permitan determinar mediante cálculos físico–matemáticos, la velocidad del corsa", (fs. 170).

Así también surge de los autos "Gutiérrez Cifuentes, Priscila s/ Lesiones Culposas", Expte. N° 24946/12 agregados por cuerda, que el perito con igual especialidad expresó: "No se puede determinar la velocidad, debido a que la prevención policial no hace

mención alguna" (fs. 55).

En consecuencia, corresponde rechazar los agravios formulados por el actor.

III. Por todo lo expuesto, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 443/444 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 426/430 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (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 ello, esta Sala I:

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por el actor a fs. 443/444 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de fs. 426/430 en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (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 actuación en la instancia de grado (art. 15, L.A.).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ MONDELEZ ARGENTINA S.A. S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 486557/2012) – Sentencia: 73/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. CERTIFICADO DE DEUDA. INHABILIDAD DE TITULO. RECHAZO DE LA EXCEPCION. CONSTITUCIONALIDAD DE LOS DERECHOS DE PUBLICIDAD Y PROPAGANDA. AUTONOMIA MUNICIPAL. POTESTAD TRIBUTARIA. ORDENANZA. PUBLICACION DE LA NORMA. BOLETIN OFICIAL DE LA PROVINCIA.

1.- Cabe confirmar el rechazo a la excepción de inhabilidad de titulo, pues, del certificado de deuda emitido por la Municipalidad de Plottier (…) surge la indicación del sujeto pasivo de las sumas adeudadas, el concepto en virtud del cual se reclama la misma y el período que abarca, lo cual conlleva a la desestimación de los agravios en punto a los requisitos extrínsecos del título. Asimismo, el título goza de la presunción de legitimidad de los actos administrativos y en el proceso de apremio no son admisibles las controversias sobre el origen del crédito ejecutado y la necesidad de intimación administrativa y el agotamiento de la vía administrativa (cfr. esta Sala en autos "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ PETRACCA RICARDO S/ APREMIO", Expte. Nº 478377/2012).

2.- Resulta improcedente el planteo de inconstitucionalidad que efectúa el demandado recurrente en punto a la inconstitucionalidad de los Derechos de Publicidad y Propaganda, toda vez que la Ordenanza cuestionada se inscribe en el marco de reconocimiento de la autonomía

municipal que exige la Constitución Nacional reformada en 1994, “sin que se haya demostrado que el tributo sea excesivo, de carácter confiscatorio o afectado de abuso de poder”, (cfr. precedente NEW REVLON ARGENTINA S.A. c/MUNICIPALIDAD DE JUSTO DARACT S. LUIS-DEMANDA CONTENCIOSO ADAMINISTRATIVA - EXP. Nº 10-N-07).

3.- El demandado se agravia de que la eventual publicación de la normativa a través de un medio de prensa local o del Boletín Municipal o Provincial no es suficiente a los fines de garantizar una satisfactoria divulgación respecto de los sujetos que no poseen domicilio o representación en el domicilio. Ello así, y tal como lo sostuvo el A-quo, la Ordenanza N° 2670/08 –que modifica la Ordenanza 70/84- fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del Neuquén el día 05/09/08, lo cual conlleva a la desestimación del agravio.

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ MONDELEZ ARGENTINA S.A. S/ APREMIO” (JNQJE1 EXP Nº 486557/2012) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Jorge PASCUARELLI dijo:

I. A fs. 322/329 vta. el A-quo rechazó la excepción de inhabilidad de título y mandó a llevar adelante la ejecución hasta que la demandada haga íntegro pago a la actora de $25.545,12 con más intereses y costas.

A fs. 339/355 vta. Mondelez Argentina S.A. (ex Kraft Foods Argentina S.A.) dedujo recurso de apelación.

Se agravia, porque considera que el A-quo efectuó un arbitrario tratamiento de su defensa respecto de la falta de publicidad de la norma, la legitimación activa y la convalidación del título ejecutivo sin analizar los requisitos extrínsecos del mismo. Además, se queja por la falta de tratamiento de la inhabilidad de título por inexistencia de deuda y por falta de legitimación pasiva.

Manifiesta, que aún cuando pretenda sostenerse que los derechos objeto de la demanda son reclamados en virtud de publicidades o propagandas que se encuentren en el Municipio, se trataría de cosas que no han sido colocadas ni realizadas por esa parte, ni por terceros por los cuales deba responder.

Sostiene, que si la norma que establece la supuesta obligación por derechos, las obligaciones formales y materiales, fue dictada por una autoridad que carece de jurisdicción e imperio y no fue publicada con efectos vinculantes a su respecto y, en consecuencia, no surge de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constituciones, y por ello es inválida, inconstitucional e inexigible respecto de su parte.

Dice, que la eventual publicación de la normativa a través de un medio de prensa local o del Boletín Municipal o Provincial no es suficiente a los fines de garantizar una satisfactoria divulgación respecto de los sujetos que no poseen domicilio o representación en el domicilio. Agrega, que la publicación por internet no garantiza la fecha de publicación de la misma y su permanencia en el tiempo.

Por otro lado, se queja porque considera insuficiente el tratamiento que el A-quo le dio a la excepción de inhabilidad de título por vicios en los elementos extrínsecos. Manifiesta inexistencia de deuda y nulidad del procedimiento administrativo.

Señala, que en la boleta de deuda no se individualiza el expediente administrativo en el cual se dictaron los Decretos que sirven de fundamento a la presente resolución. Agrega, que se determinó de oficio la supuesta deuda que dio origen al apremio. También sostiene que la vía administrativa no se encuentra agotada, lo que implica que las liquidaciones no son ejecutables por vía de apremio.

Luego, se queja por el rechazo de la inhabilidad de título con respecto a la falta de legitimación pasiva. Dice, que no cuenta con local alguno en el Municipio ni jamás ha contado con uno, que no cuenta con sucursales, representantes o vínculo contractual a partir del cual comercialice sus productos en forma directa o indirecta en dicha localidad. Expresa que a partir de ello desconoce expresamente la existencia de publicidad efectuada por su parte en el citado Municipio y la posibilidad que este pueda exigirle obligación alguna.

Alega, que en este caso es evidente que el contribuyente, quien realiza y coloca la publicidad es el comercio o titular de los

inmuebles donde habrían sido relevados los avisos publicitarios, quienes a su vez serían los responsables que suscribieron las supuestas declaraciones juradas en base a las cuales se elaboraron los detalles de medios notificados a esa parte. Dice, que los pretendidos avisos no fueron colocados por ella como tampoco son de su propiedad.

También se agravia por el rechazo de la excepción de inhabilidad de título por falta de configuración del hecho imponible, dice que no fue analizado por el A-quo.

Expresa, que el hecho imponible tipifica hechos jurídicos de contenido económico designados por el legislador para la imposición y que en el caso de autos no se configuró el elemento espacial. Cita jurisprudencia y considera que es indispensable la existencia de un local para que nazca el hecho imponible de la tasa.

Alega, que en el caso la Municipalidad no presta efectivamente ningún servicio público divisible en cabeza de los contribuyentes y la falta de regulación de ese servicio en la norma no puede ser suplido con una Ordenanza Municipal, cuando la creación de tributos le está vedada por el mismo CTM.

También se queja por el rechazo de la inconstitucionalidad de los DPP por el A-quo, quien fundó la decisión en los resuelto por el TSJ en el precedente “L’oreal Argentina S.A. c/ Municipalidad de Plottier s/ Acción Procesal Administrativa”, Expte. N° 3156/10.

Manifiesta, que el otorgamiento de un permiso sería toda la actividad desplegada por la Municipalidad y por la cual pretende cobrar los DPP. Dice, que el visado no constituye la prestación efectiva de un servicio público divisible prestado a esa parte, y que la Municipalidad tampoco demostró efectuar controles para el visado, ni explicó qué controla, ni tener personal para ello.

Por otra parte, dice que la publicidad de marcas realizada por esa parte está sujeta exclusivamente a las regulaciones del INPI, organismo autárquico en la órbita del Ministerio de Economía y Producción de la Nación.

Por último, peticiona se declare la inconstitucionalidad del tributo en cuestión, atento que conculca el art. 9 de la ley 23.548 y, en consecuencia, contraría normas federales de jerarquía superior, además de violar el derecho de propiedad.

A fs. 357 y vta. la contraria contestó los agravios. Solicitó su rechazo, con costas.

II. Ingresando al estudio de las cuestiones planteadas, adelanto que el recurso no resulta procedente.

Es que, en punto a los sujetos pasivos de la obligación, la configuración del hecho imponible, la naturaleza del crédito y la potestad tributaria de la Municipalidad de Plottier, el TSJ sostuvo: “Para comenzar el análisis es preciso recurrir al Código Tributario de la ciudad de Plottier a fin de analizar la estructura del tributo exigido y, en especial, su naturaleza jurídica en base a su regulación legal. El Código Tributario de la ciudad de Plottier (Ord. 70/84, modificado por la Ordenanza 2670/08) bajo el título de “Derechos de Publicidad y Propaganda” establece: “Por los conceptos que a continuación se enuncian, se abonarán los importes que al efecto se establezca: a) la publicidad, propaganda escrita o gráfica hecha en la vía pública o visible desde ésta, con fines lucrativos o comerciales; b) la publicidad y propaganda que se hace en el interior de locales destinados al público (cine, teatros, comercios, campos de deportes y demás sitios de acceso público); c) la publicidad y propaganda oral realizada en la vía pública o lugares públicos o que, por algún sistema o método de alcance a la población…” (Art. 122).

Asimismo, el artículo 123 establece que la Base Imponible estará “constituída por la superficie de los avisos, forma de anuncio, ubicación, posición u otras particularidades que establezca la Ordenanza Tarifaria anual y la reglamentaria. Cuando la base imponible sea la superficie de la publicidad y propaganda, esta será determinada en función al trazado del rectángulo de base horizontal, cuyos lados pasen por las partes de máxima saliente del anuncio, incluyendo colores identificatorios, marco, revestimiento, fondo y todo otro adicional agregado al anuncio.” Respecto a los sujetos obligados al pago, el artículo 124 dispone “Consideráse contribuyente y/o responsable de anuncios publicitarios a la persona física o jurídica que con fines de promoción de su marca, comercio o industria profesión, servicio o actividad, realiza con o sin intermediarios de la actividad publicitaria, la difusión pública de los mismos.

Serán solidariamente responsables del pago de los derechos, recargos y multas que correspondan, los anunciados, anunciados, permisionarios, quienes cedan espacios con destino a la realización de actos de publicidad y propaganda y quien en forma directa o indirecta se beneficien con su realización”. El artículo 125, establece a obligación de requerir y obtener la autorización previa del Municipio para la realización de propaganda o publicidad que aquí se grava, y el artículo 128, prevé la remoción de la publicidad o cartelería y la aplicación de una multa en caso de que el anuncio se efectuara sin permiso previo. La ordenanza también dispone la forma y término de pago (art. 127), la existencia de un visado municipal (art. 126), las prohibiciones (art. 129), la renovación de los permisos y la restitución de los elementos, en caso de haber sido retirados por la comuna (art. 130). XI.- Delineada entonces, la estructura legal del tributo en discusión, cabe analizar su naturaleza jurídica, desde que la accionante insiste en calificar los mismos como “impuestos” dado que, a su entender, no existe contraprestación de servicio alguno por parte del Municipio que puede individualizarse en cabeza del contribuyente, y la comuna los identifica como “derechos”. Ahora bien, si analizamos la ordenanza tributaria, se advierte que previo a exhibir la publicidad o propaganda, el administrado debe solicitar un permiso o

autorización al Municipio, quien previa constatación del cumplimento de las normas legales existentes, otorgará el respectivo visado (arts. 125 y 126 O.T.M). Este visado (o permiso) constituye una autorización que otorga o que extiende el Municipio para la realización de actividades que, de algún modo, puedan afectar el interés público de los habitantes del ejido municipal como, por ejemplo, la construcción de obras, la habilitación de locales, la poda de arboleda en la vía pública, etc. que responden al ejercicio del poder de policía en materias de seguridad, salubridad, higiene y moralidad públicas en general. Como contrapartida de dicha autorización, el administrado debe pagar una contribución que constituye el pago del servicio de contralor, verificación e inspección que realizan los agentes comunales para concederlo y controlar su ejecución conforme fue autorizado. Desde esta perspectiva, se advierte que existe un servicio del Estado perfectamente determinado y particularizado en el contribuyente, que constituye la contraprestación de la autorización para exhibir la publicidad o propaganda en la vía pública o en lugares de acceso público. Luego, los "Derechos de Publicidad y Propaganda" tal como se encuentran regulados en la Ordenanza analizada responden a las características de una tasa municipal (en igual sentido, Fallos 320:619). En efecto, se entiende por tasa a "toda prestación obligatoria, en dinero o en especie, que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige en virtud de ley, por un servicio o actividad estatal que se particulariza o individualiza en el obligado al pago. Esto es, tal servicio tiene el carácter de divisible por estar determinado y concretado en relación con los individuos a quienes atañe" (Urresti, Esteban J. "Breves comentarios sobre dos aspectos controvertidos de la tributación municipal: las llamadas tasas por servicios indirectos y los derechos de publicidad y propaganda", en obra colectiva Derecho Tributario Provincial y Municipal, segunda parte, AD-Hoc, Buenos Aires, 2007), (TSJ, Sala Civil, Ac. N° 9/15, en autos "L´OREAL ARGENTINA S.A. C/MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER S/ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVA", Expte. Nº 3156/10").

En el caso de autos, se inicia el juicio de apremio contra Kraft Food Argentina S.A., actual Mondelez Argentina S.A., y del certificado de deuda de fecha 01 de octubre de 2012 emitido por la Municipalidad de Plottier (fs. 2/6) surge la indicación del sujeto pasivo de las sumas adeudadas, el concepto en virtud del cual se reclama la misma y el período que abarca, lo cual conlleva a la desestimación de los agravios en punto a los requisitos extrínsecos del título.

Asimismo, el título goza de la presunción de legitimidad de los actos administrativos y en el proceso de apremio no son admisibles las controversias sobre el origen del crédito ejecutado y la necesidad de intimación administrativa y el agotamiento de la vía administrativa (cfr. esta Sala en autos "MUNICIPALIDAD DE PLOTTIER C/ PETRACCA RICARDO S/ APREMIO", Expte. Nº 478377/2012).

Luego, en punto a la inconstitucionalidad de los Derechos de Publicidad y Propaganda, tal como lo sostuvo el Tribunal Superior de San Luis, "las cuestiones traídas a resolver, deben ser analizadas dentro de un contexto constitucional y de autonomía municipal".

"La expresión Poder Tributario significa la facultad o posibilidad jurídica del estado de exigir contribuciones con respecto a personas o bienes que se haya en su jurisdicción. Es la potestad de gravar. En la Argentina el poder tributario de los entes de gobiernos esta determinado por la Constitución Nacional".

"En nuestro país el gobierno federal es de poderes limitados, pues constitucionalmente sólo posee los que las provincias le confiaron al sancionar la Carta Fundamental. Estas en cambio, tienen poderes tributarios amplios: todos los que pertenecían al organizarse la nación, con la sola excepción de los que le fueron entregados al gobierno federal, o sea, los llamados "poderes delegados", delimitación que resulta de los arts. 121 y 126 de la CN. En cuanto a los municipios, su poder tributario no esta mencionado expresamente en este documento, pero resulta de su condición de elemento esencial del sistema de gobierno adoptado (art. 5°)".

"El poder tributario es ejercido por cada ente de gobierno -Nación, Provincia y Municipalidades- en la esfera territorial de su jurisdicción. Así corresponde a los municipios las facultades inherentes a su condición de entes de gobierno, con respecto a actividades cumplidas en su ámbito jurisdiccional o a las cosas situadas dentro de tales límites".

"Siguiendo a Carlos Giullani Fonrouge, todos los órganos de gobierno tienen facultades tributarias de la misma naturaleza jurídica, sin que pueda establecerse grados o jerarquías en ellas. Tanto la nación, como las provincias y los municipios tienen poder originario e inherente, por que él es connatural al Estado en cualquiera de sus manifestaciones; la diferencia no radica en la "esencia" sino en el ámbito de actuación atribuida a cada uno de ellos con sujeción a las normas constitucionales o legales vigentes en cada país".

"En nuestro régimen institucional, no se concibe el Estado sin el gobierno federal, las provincias y los municipios, dotados todos del atributo originario de poder aplicar contribuciones. Solamente podría aceptarse una diferencia de magnitud y no de categoría; disponiendo las Provincias de un poder amplio (art. 121 CN) y el gobierno nacional y lo municipios de poderes restringidos a sus respectivas funciones, pero siempre de carácter originario e inherente a sus funciones de gobierno, ya que sin ellos no podrían existir como entidades estatales".

“Respecto a los municipios, su poder tributario es indefinido; si bien la Constitución no lo ha definido, ha de entenderse que este poder es inherente a su existencia institucional reconocida (art. 5° CN), como autonomía (art. 123 CN), es amplio en la orbita de su competencia para el cumplimiento de su misión y fines”.

“Por consiguiente, “Los municipios gozan de poder tributario que ejercen sin ningún condicionamiento devenido de otras esferas de gobierno, con las limitaciones constitucionales en cuanto a su propia esfera competencia y de resguardo de los derechos de los contribuyentes y los principios de la tributación, como una emanación natural de su dimensión y dignidad institucional reconocida por la Constitución Nacional”.

“El municipio es una esfera de poder, de base natural, reconocida por la Constitución, de las que derivan todas las facultades propias de una autonomía con idéntica dignidad institucional a las provincias y al gobierno federal, entra las que se cuenta de modo esencial la potestad de imposición en el ámbito de su competencia”.

“Los municipios tienen el poder de crear impuestos y de elegir la materia imponible sin más límites que los establecidos en la Constitución Nacional; incumbe a ellos, además, la elección de objetos imponibles y formalidades de percepción, pues es propio de su autonomía imponer contribuciones y percibirlos, en tanto no exista extralimitación territorial y de su competencia material. Tiene la facultad de crear recursos para el sostenimiento de su vida autónoma, bajo el criterio libre de sus órganos deliberativos para dictar las normas necesarias, sin otra exigencia que la de conformar éstas a la garantías generales de la Constitución, punto sometido al control de los jueces, sin que ellos puedan inmiscuirse en el examen de los tributos municipales respecto de las formas y oportunidad de percepción”. (Jose Raúl Heredia “El Poder Tributario de los Municipios”, ED - Rubinzal Culzoni, Pág. 296/297)”.

“La Corte, al cambiar su tradicional doctrina sobre la naturaleza de los municipios, ha superado la disyuntiva suscitada entre la onticidad y la caracterización que de los municipios hacen determinadas normas legales, al reconocer la autonomía municipal en el fallo "Rivademar c/ Municipalidad de Rosario”, quien en su considerando 8º argumenta: “el origen constitucional de los municipios, frente al meramente legal de las entidades autárquicas, la existencia de una base sociológica constituida por la población de la comuna, la imposibilidad de su supresión o desaparición, dado que la Constitución asegura su existencia, el carácter de legislación local de las ordenanzas municipales y la elección popular de sus autoridades”, (NEW REVLON ARGENTINA S.A. c/MUNICIPALIDAD DE JUSTO DARACT S. LUIS-DEMANDA CONTENCIOSO ADAMINISTRATIVA - EXP. Nº 10-N-07).

En el caso de nuestra Constitución Provincial, el art. 271 establece que “Los municipios son autónomos en el ejercicio de sus atribuciones y sus resoluciones -dentro de la esfera de sus facultades- no pueden ser revocadas por otra autoridad”.

Además, que “Son atribuciones comunes a todos los municipios, con arreglo a sus cartas y leyes orgánicas”:

“a. Las de su propia organización legal y libre funcionamiento económico, administrativo y electoral; las referentes a su plan edilicio, apertura, construcción y mantenimiento de calles, plazas, parques y paseos; nivelación y desagües, uso de calles y del subsuelo, tránsito y vialidad; transportes y comunicaciones urbanas, edificación y construcciones; servicios públicos locales; matanza, mercados, ferias populares y abasto; higiene; cementerios; salud pública; moralidad y costumbres; recreos; espectáculos públicos y comodidad; estética; organización de servicios fúnebres; y, en general, todas las de fomento o interés local”.

“b. Crear recursos permanentes o transitorios estableciendo impuestos, tasas o cotizaciones de mejoras cuyas cuotas se fijarán equitativa, proporcional y progresivamente, de acuerdo con la finalidad perseguida y con el valor o el mayor valor de los bienes o de sus rentas. La facultad de imposición es exclusiva respecto de personas, cosas o formas de actividad lucrativa sujetas a jurisdicción esencialmente municipal, y concurrente con la del fisco provincial o nacional cuando no fueren incompatibles. Las cotizaciones de mejoras se fijarán teniendo en cuenta el beneficio recibido por los que deban soportarlas.

No se podrá gravar la introducción de artículos de primera necesidad ni la construcción, ampliación, reparación o reforma de la vivienda propia”.

“c. Recaudar e invertir libremente sus recursos (art. 273)”.

Luego, con relación a la constitucionalidad de las normas municipales que establecen el pago por publicidad y propaganda, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza sostuvo: “Es improcedente la acción de inconstitucionalidad promovida por una firma anunciadora, contra la resolución de la Municipalidad de Godoy Cruz que la responsabilizó solidariamente por el pago de derechos de publicidad y propaganda por periodos posteriores al 2008, ya que no se advierte que exista una colisión con la Ley de Coparticipación Federal y el Pacto Fiscal, no se aportó la prueba necesaria para analizar la existencia de confiscatoriedad, ni se cuestionó concretamente el artículo del Código Tributario que alcanzaba a la recurrente como obligada solidaria”, (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Sala I, “Petrobras Energía S.A. c. Municipalidad de Godoy Cruz”, 03/08/2010, La Ley On Line, AR/JUR/64318/2010).

En consecuencia, la Ordenanza cuestionada se inscribe en el marco de reconocimiento de la autonomía municipal que exige la Constitución Nacional reformada en 1994, “sin que se haya demostrado que el tributo sea excesivo, de carácter confiscatorio o

afectado de abuso de poder", (cfr. precedente "New Revlon" citado anteriormente).

A partir de lo expuesto, el planteo de inconstitucionalidad que efectúa el recurrente tampoco resulta procedente.

Por último, con relación a la publicación del Código Fiscal, cabe señalar que tal como lo sostuvo el A-quo, la Ordenanza N° 2670/08 –que modifica la Ordenanza 70/84- fue publicada en el Boletín Oficial de la Provincia del Neuquén el día 05/09/08, lo cual conlleva a la desestimación del agravio.

Es que, la Carta Orgánica Municipal de la Ciudad de Plottier dice: "Actos del Cuerpo legislativo. Las disposiciones que adopte el Concejo Deliberante serán bajo la forma de: a) Ordenanzas: cuando crea, reforma, suspende o deroga a una regla general, cuya ejecución compete al Departamento Ejecutivo, el que podrá vetarlas y/o aceptarlas mediante la correspondiente promulgación y publicación en el Boletín Oficial", (Ley 2.163, artículo 56).

Por todo lo expuesto, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido por Mondelez Argentina S.A. a fs. 339/355 vta. y confirmar la resolución de fs. 322/329 vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios. Imponer las costas de Alzada a cargo de la demandada vencida (art. 558 del C.P.C. y C.).

Tal mi voto.

La Dra. Cecilia PAMPHILE dijo:

Con anclaje en las precisiones que efectúa mi colega en orden al análisis de constitucionalidad efectuado por el TSJ, lo cierto es que los planteos efectuados exceden el marco de conocimiento limitado del proceso ejecutivo.

Es aplicable aquí, lo resuelto por el TSJ, en autos "PROVINCIA DEL NEUQUÉN C/ CHEVRON SAN JORGE S.R.L. S/ COBRO EJECUTIVO" (Expte. N° 43 año 2008), al indicar:

"…en relación con los restantes agravios y defensas planteados en el presente, procede tratarlos siguiendo las directrices trazadas en los precedentes de este Tribunal Superior: "Provincia de Neuquén c/Total Austral S.A.", (Ac. Nros. 26/07 y 31/07); "Provincia de Neuquén c/Pan American Energy", (Ac. Nro. 30/07); "Provincia de Neuquén c/Pioneer Natural Resources (Argentina) S.A. s/Cobro Ejecutivo", (Ac. Nros. 10/09, 11/09, 12/09) y "Provincia del Neuquén c/Chevron San Jorge S.R.L.", (Ac. Nros. 03/10 y 6/10), todos del Registro de esa Secretaría Civil, reiterando los argumentos allí vertidos.

En dichos antecedentes, se partió del marco dentro del cual se desarrolla el proceso ejecutivo y, consecuentemente, se analizó la procedencia de las defensas y agravios opuestos por la parte demandada. Así, se dijo que el juicio ejecutivo es un proceso especial, cuya pretensión consiste en el cumplimiento de una obligación documentada en un título extrajudicial que autoriza a presumir la certeza del derecho del acreedor. Por lo que se presenta como un procedimiento más reducido y con mayor celeridad que uno ordinario. La finalidad de este proceso no es una sentencia que declare la existencia de un derecho, sino la satisfacción de una obligación que se presume existente. Y de ello se deriva que el conocimiento judicial se encuentra circunscripto a un número determinado de defensas. Por tanto, la sentencia, en principio, sólo tiene efectos de cosa juzgada formal.

Dentro del ámbito señalado, Palacio y Alvarado Velloso sostienen:

"[...] constituye presupuesto inexcusable del tipo de proceso examinado la existencia de un título ejecutivo, los requisitos intrínsecos de admisibilidad de la pretensión que configura el objeto de aquél deben determinarse, desde los puntos de vista subjetivo y objetivo, sobre la base de las constancias que figuran en el título respectivo y de los recaudos que, según la ley, condicionan su fuerza ejecutiva [...]" (Palacio-Alvarado Velloso, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, T. 9, pág. 174, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1999).

Así, como requisito subjetivo de la pretensión ejecutiva, la legitimación procesal resulta de la coincidencia entre quien interpone la pretensión y quien figura en el título como acreedor; y, como requisitos objetivos, el título debe consignar la obligación de dar una suma de dinero, líquida o fácilmente liquidable. Obligación que debe ser exigible, esto es, que se trate de una deuda de plazo vencido y no sujeta a condición…"

"…Por lo tanto, resultan improcedentes en el marco de este proceso las defensas y agravios referidos a cuestiones ajenas a los requisitos extrínsecos del título como las que hacen a la naturaleza jurídica de las regalías, la legitimación de las partes, la inhabilidad de título por inexistencia de deuda, caracterización del certificado, la mecánica de liquidación de regalías prevista en la Resolución N° 188/93 de la Secretaría de Energía de la Nación y en el Art. 63 de la Ley de Hidrocarburos y la legitimidad de la deuda.

Ello, por cuanto los sujetos legitimados surgen del propio documento que se ejecuta y éste no es el proceso adecuado para discutir sobre la titularidad y origen de la relación jurídica, sino el juicio ordinario correspondiente (Arts. 544 y 553 del C.P.C. y C.)…."

"…En consecuencia, al encontrar –prima facie- fundamento constitucional en el Art. 124 de la Constitución Nacional y los Arts. 95, 99 y 189, inc. 7°, de la Constitución Provincial (Arts. 101, inc. 7°, 228 y 232 del texto anterior) la competencia de la Provincia para emitir el título que se ejecuta, cabe atenerse a la restricción, propia del proceso ejecutivo, de que la excepción de inhabilidad debe

limitarse al examen de los requisitos extrínsecos del instrumento, sin que pueda discutirse la legitimidad de la causa.

Por lo tanto, respecto de la desestimación de la excepción de inhabilidad de título, se comparte lo sostenido por el A-quo, en cuanto a que, a partir del sustento constitucional -ya enunciado- respecto de las facultades de la actora, no cabe en el marco de este proceso ejecutivo discutir el origen, composición o forma de determinación de la deuda reclamada; es decir, incorporar al debate cualquier discusión referida a la causa de la obligación, sino que el análisis se debe limitar a los recaudos formales extrínsecos del título.

La abstracción del instrumento impide, por la naturaleza y finalidad de esta clase de procesos, el planteamiento de cuestiones fundadas en la relación básica que constituyó la causa de emisión de aquél…."

Concluyendo "…no se aprecia en estos autos la existencia de un caso en el que la inconstitucionalidad resulte manifiesta y surja fehaciente, de manera que permita su tratamiento en el ámbito reducido de un proceso ejecutivo…" (cfr. Ac. N° 20/10).

El Tribunal Superior de Justicia, por los mismos fundamentos, tampoco ha admitido la defensa basada en la discusión de los procedimientos para la elaboración del título (cfr. Ac. N° 11/09, 21/10 y 18/11, entre otros).

Por lo tanto, coincidiendo con el análisis efectuado por el magistrado de grado, entiendo que el recurso debe ser desestimado, con costas al apelante. MI VOTO.

Por ello, esta Sala I

RESUELVE:

1. Rechazar el recurso de apelación deducido por Mondelez Argentina S.A. a fs. 339/355 vta. y, en consecuencia, confirmar la resolución de fs. 322/329 vta. en todo cuanto fue materia de recurso y agravios.

2. Imponer las costas de Alzada a la demandada vencida (art. 558 del C.P.C. y C.) y regular los honorarios de los letrados intervinientes en la Alzada en el 30% de la suma determinada en la instancia de grado (art. 15, LA).

3. Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Jorge D. PASCUARELLI

Dra. Estefanía MARTIARENA – SECRETARIA

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

"DURAND SANDRO WALTER C/ EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala I – (Expte.: 1858/2017) – Interlocutoria: 121/17 – Fecha: 27/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Procedimiento laboral.

ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO. DEPOSITO DE DINERO. INTIMACION. DACION EN PAGO.

1.- Cabe confirmar el auto en donde el A quo pondera que se ha reconocido a favor del actor una suma de dinero en concepto de pago de indemnización, en virtud del dictamen de la comisión médica y que, por lo tanto, resulta un crédito líquido y exigible. Deja sin efecto la orden de colocación del dinero en plazo fijo, e intima a la demandada a que manifieste, si da en pago dicha suma, bajo apercibimiento de ejecución. Ello es así, pues el único argumento esgrimido por la ART para oponerse a la disponibilidad de los fondos, es que el actor se opuso a transitar con carácter previo, la instancia administrativa de la Comisión Médica. Y este argumento, dada la naturaleza del crédito y las consideraciones que efectuara en la causa

"Benítez Cano" ya citada, se presenta claramente insuficiente para fundamentar el recurso.

2.- Es que, al no haber dado en pago lo que se reconoce adeudar, impuso al actor dos vías de acción: Promover la ejecución hasta dicha suma o, por hipótesis y dados los argumentos introducidos en punto a la duración del proceso, solicitar en su contexto una cautelar de corte anticipatorio (ver en este sentido, de esta Sala, "BIELMA TAMARA ISABEL CONTRA LA SEGUNDA ART S.A. Y OTROS S/INCIDENTE DE APELACION" INC Nº 1520/13). Justamente, al haber ejercido la primer opción, el magistrado supeditó su curso a una intimación previa, con neto perfil de economía procesal, para evitar trámites y gastos. En este contexto y a partir de las vicisitudes de esta causa, no advierto error palmario en tal proceder.

Texto completo:

NEUQUEN, 27 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "DURAND SANDRO WALTER C/ EXPERTA ASEGURADORA DE RIESGOS DEL TRABAJO S.A. S/ INCIDENTE DE APELACIÓN" (JNQLA4 INC Nº 1858/2017) venidos en apelación a esta Sala I integrada por los Dres. Cecilia PAMPHILE y Federico GIGENA BASOMBRIO, por encontrarse separado de la causa el Dr. Jorge PASCUARELLI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Estefanía MARTIARENA, y de acuerdo al orden de votación sorteado la Dra.

Cecilia PAMPHILE dijo:

1. Tal como surge de las copias acompañadas, la parte actora promovió demanda, a los efectos de obtener el resarcimiento del accidente de trabajo que sufriera, en los términos de la ley 24.557 y sus modificatorias.

En este contexto, solicita se declare la inconstitucionalidad del art. 46 de la ley 24557, de los artículos 14 inc. 2 b) y 15 inc. 2, segundo párrafo y de los artículos 6 inc. 2 b) y 7 inc. 2, 2do. párrafo.

Se explaya sobre la inconstitucionalidad de la renta periódica, para el caso de que la incapacidad determinada fuera superior al 50%.

Plantea asimismo la no aplicación de los decretos 472/14 y de las resoluciones 34/13 y 3/14 de la SSS. Expone aquí que debe aplicarse el RIPTE vigente a la fecha de la sentencia.

También requiere se declare la inconstitucionalidad de los arts. 21 y 22 de la LRT, en tanto establecen el paso previo obligatorio por las Comisiones Médicas.

Practica liquidación en base a una incapacidad estimada del 40%, denunciando como IBM a la suma de $56.644,51.

Al contestar la demanda, la ART niega la incapacidad alegada e impugna el IBM, estimándolo en la suma de $40.690,10.

Sostiene que el requisito del paso previo por las comisiones médicas es ineludible, por lo cual el actor carece de acción.

Luego, la demandada denuncia como hecho nuevo el Dictamen de la Comisión Médica Nro. 9 que acompaña, por el cual se determina una incapacidad del 6%.

Indica que encontrándose judicializada la cuestión del trámite sistémico, se procedió a depositar la suma de $197.897, correspondiente a la indemnización por ILP con más el 20% adicional, de conformidad a las disposiciones del art. 3 de la ley 26.773.

Requiere que, en atención al estado procesal de la causa, la suma transferida quede depositada en plazo fijo, a las resultas del juicio.

El Juez dispone la colocación en plazo fijo, lo cual es cuestionado por el actor.

Solicita se libre orden de pago a su favor por el capital depositado.

Indica que si bien no se explica cómo se arriba al monto depositado, evidentemente hay una discordancia con el IBM denunciado por su parte.

Asimismo, solicita se computen los intereses desde la fecha del accidente.

Practica una liquidación y solicita que se intime a la ART a depositar la diferencia restante en el término de horas, bajo apercibimiento de ejecución.

El magistrado no hace lugar a la liberación de fondos solicitada, por no haber sido dados en pago.

Conforme surge de la copia obrante en hojas 61 y ss. de este incidente, el actor plantea nuevamente revocatoria, contra el rechazo

de la formación del incidente de ejecución en los términos del artículo 48 de la ley 921.

Indica que, luego de trabada la litis, se denuncia el dictamen de la Comisión por el cual se reconoce la existencia de una incapacidad del 6% y se solicita se coloquen los fondos depositados a plazo fijo.

Sostiene que tal pretensión no tiene sustento legal.

Agrega que el depósito efectuado, implica un reconocimiento de la existencia de un monto líquido y exigible a favor del Sr. Durand.

Expone que las prestaciones dinerarias previstas en los artículos 11 y 15 de la LRT, derivan del carácter definitivo de la incapacidad permanente.

Indica que, así las cosas, y expirado el plazo de 15 días que otorga la ley 26773, sin que la demandada diera en pago tales sumas, no cabe más que liberarlas, imputándose las mismas a cuenta de lo que resulte de la condena definitiva.

Dice que es indistinto que su parte haya cuestionado la obligatoriedad del paso previo por las Comisiones Médicas, en tanto ello no implica que el reclamo no se encuentre enderezado a obtener la indemnización sistémica.

Argumenta que la efectividad de las sentencias o de las resoluciones administrativas depende de su ejecución y que, por lo tanto, el derecho a la protección judicial sería ilusorio si el ordenamiento jurídico permitiese que una decisión judicial final y obligatoria, permanezca ineficaz en detrimento de alguna de las partes.

Destaca que nos encontramos en el terreno de los derechos alimentarios y que el tiempo de duración del proceso, es un tiempo de pérdida de oportunidades, produciéndose una denegatoria de los beneficios reconocidos por las leyes en la materia.

Entiende que, al haberse reconocido el 6% de incapacidad, no cabe más que ordenar la liberación de los fondos a favor de su parte, a cuenta de lo que resulte en la sentencia definitiva.

Por ello, solicita que se revoque la providencia y se dé curso al incidente dispuesto.

Frente a ello, el Juez pondera que se ha reconocido a favor del actor una suma de dinero en concepto de pago de indemnización, en virtud del dictamen de la comisión médica y que, por lo tanto, resulta un crédito líquido y exigible.

Deja sin efecto la orden de colocación del dinero en plazo fijo, e intima a la demandada a que manifieste, si da en pago dicha suma, bajo apercibimiento de ejecución (en hojas 64 de este incidente).

Esta es la providencia que viene en revisión.

2. Ahora bien, la demandada se queja de que sea aplicable el artículo 48, en atención a que no reviste el carácter de empleador.

Cuestiona que no se la haya escuchado con carácter previo y que se haya dispuesto entregar los fondos inaudita parte.

Dice que mal puede intentarse reflotar derechos reconocidos en sede administrativa y pretender se le entregue la suma de $197.897,48 que esa parte “depositara en reconocimiento de incapacidad evaluada en sede administrativa”.

Entiende que tal providencia debe ser revocada y mantenerse la disposición de los fondos en plazo fijo, oponiéndose expresamente a su retiro.

Sustanciada la revocatoria, es desestimada.

2.1. En este contexto, el magistrado sopesa que las sumas no fueron dadas en pago, pese a que la demandada reconoce la incapacidad determinada por la Comisión y adeudar el importe que deposita por tal concepto. En base a estos elementos, desestima la revocatoria y concede el recurso de apelación en subsidio. (cfr. las constancias obrantes, en copia, en hoja 74).

En este estado, arriban las actuaciones para el análisis de esta Sala.

3. Hemos sostenido en anteriores oportunidades que la ejecución prevista en los artículos 47 y 48 de la ley 921, no procede si se encuentra controvertido en juicio el porcentaje de incapacidad, la fórmula aplicable, el modo de cálculo del RIPTE o la determinación del IBM. (cfr. "MORENO PABLO DANIEL C/EXPERTA ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION", JNQLA5 INC Nº 1007/2016; "BENITEZ CANO NELSON AGUSTIN c/ PREVENCION ART S.A. S/ INCIDENTE DE APELACION", JNQLA1 INC Nº 1877/2017).

No obstante ello, justamente, en el último de los incidentes citados, señalamos:

“…no puedo dejar de reflexionar sobre un punto. Todo el sistema previsto por la Ley de Riesgos de Trabajo se funda en dos aspectos centrales: la prevención para disminuir la posibilidad de acaecimientos de infortunios y luego, acaecido el mismo, asegurar reparaciones suficientes y oportunas.

Así se expresa en la ley 26773 que “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…”

Y en tal línea se establece que “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" (ARTICULO 4º, Ley 26773).

Pero lo cierto es que, más allá de la obligación legal que pesa sobre la demandada –desde lo cual, los términos de su contestación podrían merecer un reproche por insuficiencia, en otro contexto- en definitiva y conforme al modo en que ha sido planteada la pretensión, entiendo que la decisión del magistrado debe ser confirmada, con costas al vencido, difiriéndose la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuente con pautas para ello…"

3.1. Y estas reflexiones cobran operatividad en los presentes e inciden directamente en el análisis que corresponde efectuar.

Digo esto, porque lo que es claro -y surge del propio recurso que viene a tratamiento- es que la demandada reconoce el porcentaje de incapacidad fijado por la Comisión Médica, como así también adeudar, hasta el importe que deposita, la indemnización prevista en el régimen especial: esa misma parte lo determina en la suma de $197.897.

Así dice "…que se le entregue la suma de $197.897,48 que esta parte depositara como reconocimiento de incapacidad evaluada en sede administrativa, consistente en la prestación dineraria por ILP con más el 20% adicional, conforme art. 3 de la ley 26.773".

Nótese, entonces, que el único argumento esgrimido para oponerse a la disponibilidad de los fondos, es que el actor se opuso a transitar con carácter previo, la instancia administrativa de la Comisión Médica.

Y este argumento, dada la naturaleza del crédito y las consideraciones que efectuara en la causa "Benítez Cano" ya citada, se presenta claramente insuficiente para fundamentar el recurso.

Es que, al no haber dado en pago lo que se reconoce adeudar, impuso al actor dos vías de acción: Promover la ejecución hasta dicha suma o, por hipótesis y dados los argumentos introducidos en punto a la duración del proceso, solicitar en su contexto una cautelar de corte anticipatorio (ver en este sentido, de esta Sala, "BIELMA TAMARA ISABEL CONTRA LA SEGUNDA ART S.A. Y OTROS S/INCIDENTE DE APELACION" INC Nº 1520/13).

Justamente, al haber ejercido la primer opción, el magistrado supeditó su curso a una intimación previa, con neto perfil de economía procesal, para evitar trámites y gastos.

En este contexto y a partir de las vicisitudes de esta causa, no advierto error palmario en tal proceder.

En este punto y para dar respuesta plena, debo admitir que podría ser cuestionable la falta de sustanciación previa; pero, en rigor, ningún perjuicio definitivo se ha ocasionado y, además, tal cuestionamiento hace a un punto de neto corte procedimental anterior al pronunciamiento que aquí se cuestiona.

Desde allí, excede los temas que pueden ser abordados por la vía del recurso de apelación y debieron -en todo caso- ser planteadas por vía incidental por incidir, a todo evento, en el debido proceso anterior al auto recurrido.

Propongo en consecuencia, desestimar el recurso de apelación deducido en subsidio, con costas a cargo del recurrente vencido.

MI VOTO.

El Dr. Federico Gigena BASOMBRIO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos por mi colega preopinante, adhiero al mismo expidiéndome en igual sentido.

Por ello, esta SALA I

RESUELVE:

1.- Rechazar el recurso de apelación deducido subsidiariamente por la demandada y, en consecuencia, confirmar el auto cuestionado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al apelante vencido (arts. 17 de la Ley 921 y 68 del CPCC) y diferir la regulación de honorarios hasta el momento en que se cuente con pautas para ello.

3.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Cecilia PAMPHILE - Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO

Dra. Estefanía MARTIARENA - SECRETARIA

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

"JARA MARIA LILIANA C/ HORIZONTE CIA. ARG. SEG. GR. S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial

– Secretaría Sala II – (Expte.: 456572/2011) – Sentencia: 60/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

ENFERMEDAD PROFESIONAL. TRABAJO TEMPORARIO DE PRESTACION DISCONTINUA. PRESTACIONES DINERARIAS. INGRESO BASE. CALCULO.

A los fines de calcular el Ingreso base de una trabajadora temporaria de prestación discontinua, corresponde atenerse a lo dispuesto por el decreto reglamentario 334/96 donde se estable que: "cuando el pago de las prestaciones no correspondiera a meses calendario completos, se tomará el ingreso base multiplicado por los días corridos del mes transcurrido". Ello así, toda vez que la parte demandada no ha cuestionado la liquidación realizada en los agravios, es que el ingreso base debe fijarse en $3.707,61, razón por la cual el monto reclamado debe elevarse a la suma de $53.301,52.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Abril de 2017.-

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "JARA MARIA LILIANA C/ HORIZONTE CIA. ARG. SEG. GR. S.A S/ ENFERMEDAD PROFESIONAL CON ART", (JNQLA1 EXP Nº 456572/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 175/179 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a la demandada a abonar la suma de $28.407,47

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 183/185, cuyo traslado no fue respondido.

El único agravio del quejoso se refiere al cálculo del salario previsto por el artículo 12 de la ley 24.557, ya que considera que por ser una trabajadora temporaria de prestación discontinua se deben tener en cuenta los días trabajados, razón por la cual el IBM es de $3.707.61.

II.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, adelanto que asiste razón a la quejosa.

Tal como resulta de los términos de la demanda la actora, al momento de practicar la liquidación de la suma reclamada, consideró que el IBM debía ascender al importe de $5.300 sin que al respecto se brindara explicación alguna acerca del monto referido.

Al responder la demanda, la accionada cuestionó la suma indicada por entender que la misma no es exacta.

Ahora en los agravios la parte, que no discute en momento alguno la norma antes mencionada, artículo 12 de la ley 24.557, sostiene que el IBM debe ascender al importe de $3.707,61 ya que a los fines de su cálculo deben tenerse en cuenta los días trabajados.

Pues bien, y como dije, asiste razón a la quejosa dado que conforme lo dispone el decreto reglamentario 334/96 "cuando el pago de las prestaciones no correspondiera a meses calendario completos, se tomará el ingreso base multiplicado por los días corridos del mes transcurrido".

En el mismo sentido, se ha dicho que "en el supuesto de que la prestación remunerada correspondiera a una fracción del mes, deben tomarse en cuenta solo los días correspondientes y no al mes completo" (Rodríguez Mancini, Jorge, Foglia Ricardo, "Riesgos de trabajo", página 541).

En consecuencia y dada la modalidad en que se desempeñaba la actora, trabajadora temporaria de prestación discontinua, y tomando en consideración los días trabajados, según resulta de la documental adjuntada, y toda vez que la parte demandada no ha cuestionado la liquidación realizada en los agravios, es que el ingreso base debe fijarse en $3.707,61, razón por la cual el monto reclamado debe elevarse a la suma de $53.301,52.

III.- Por lo expuesto, propongo se haga lugar al recurso, y en consecuencia, se eleve el monto de condena a la suma de $53.301,52. Costas de Alzada a la parte demandada vencida. Los honorarios se fijarán en base al artículo 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.- Hacer lugar al recurso incoado por la parte actora y en consecuencia, elevar el monto de condena a la suma de $53.301,52.

II.- Imponer las costas de Alzada a la parte demandada vencida (art. 68, Código Procesal; art. 17, ley 921).

III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 472956/2012) – Sentencia: 61/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Cobro de haberes.

CONVENIOS COLECTIVOS DE TRABAJO. ENCUADRAMIENTO SINDICAL. ACTIVIDAD PRINCIPAL. INDUSTRIA DE LA CONSTRUCCION. VALORACION DE LA PRUEBA.

Como bien lo indica el juez en su decisión, no hay elementos que permitan afirmar que corresponde la aplicación del convenio colectivo -petroleros- invocado por el actor. Ello es así, toda vez que la parte actora no ha producido prueba alguna suficiente que justifique la inclusión de la demandada dentro del convenio de la actividad petrolera debiéndose tener en cuenta que, en función del objeto societario, su actividad queda encuadrada dentro del supuesto previsto por el artículo 4 apartado segundo inciso 12 del convenio 76/75. A ello, se agrega que la prueba testimonial en modo alguno sustenta la postura del actor toda vez que la testigo C. dijo que la demandada se dedicaba a la construcción y J. C. S., si bien afirma que realizaba tareas de construcción para empresas petroleras al contestar la primera repregunta, expresa que también efectuaba construcciones civiles. Incluso de la documental adjuntada por la propia actora, bien que referida a tareas relacionadas con empresas petroleras, se destaca que realizaba obras referidas a la construcción.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: “RODRIGUEZ NESTOR HUGO C/ ALPHA PIPER SERVICES S.R.L. S/ COBRO DE HABERES”, (JNQLA1 EXP Nº 472956/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 131/133 rechaza la demanda deducida, con costas.

La decisión es apelada por la actora en los términos que resultan del escrito de fs. 134/142, cuyo traslado no fue respondido.

II.- El primer agravio se centra en que el juez no tiene por acreditado el salario que denunció en su demanda, incumpliendo así con lo dispuesto por el artículo 56 de la Ley de contrato de trabajo. Agrega que pese a la intimación cursada no se adjuntaron los recibos salariales y que deben tenerse por ciertos los que adjuntó.

Expresa que si bien la accionada dice que su actividad pertenece a la UOCRA, los testigos la vinculan con la actividad petrolera y que las tareas que señaló han sido demostradas.

Afirma que la empresa incumplió con la totalidad de las intimaciones que se le hicieran y que la sentencia no protege debidamente al trabajador.

A continuación vuelve a remarcar la trascendencia que, para el caso, tiene el artículo antes citado.

En relación a la actividad de la empleadora dice que basta con ingresar a su página web y que ello debió ser realizado por el juez en uso de sus facultades, deber sobre el que se explaya.

En el segundo agravio cuestiona el rechazo del SAC correspondiente al año 2010 y vacaciones no gozadas.

Asimismo, objeta el rechazo de los daños y perjuicios ante la omisión de realizar los aportes para lo cual ofrece la producción de la prueba pertinente.

Igualmente considera viable la multa del artículo 80 ante la reliquidación que debe practicarse.

III.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas y analizados los agravios vertidos, considero que los mismos no conmueven los argumentos esgrimidos por el sentenciante para desestimar la demanda.

En efecto, conforme resulta de los términos expresados en la demanda y documental adjuntada, así como de la contestación de demanda, considero que la cuestión en base a la cual debe dilucidarse la cuestión pasa por cual es el encuadramiento convencional del actor.

Así, la accionante pese a invocar que existió un acuerdo verbal acerca de su remuneración, hecho que en modo alguno ha sido comprobado como se reconoce en la expresión de agravios, basa su reclamo de diferencias salariales en que fue encuadrado dentro del convenio de la construcción cuando correspondía el de la actividad petrolera.

Al respecto, hemos dicho que:

“Al fallar la causa “Herrera c/ Mágnum Pipetech” (Sala II, P.S. 2010-IV, F° 1170/1176), señalé que el encuadramiento convencional consiste en dilucidar cual es el convenio colectivo aplicable a una relación de trabajo determinada, debiendo probarse al efecto que la empresa a la que pertenece quien lo reclama, cumple la actividad de la convención cuya aplicación se pretende”.

Asimismo, hemos dicho en la causa 448770/2011:

“Tanto la sentencia de grado como el apelante son contestes en que el criterio rector para dirimir los conflictos de encuadramiento convencional es el de la actividad principal de la empresa. Este criterio parte del plenario de la CNAT “Risso c/ Química Estrella”.”

“Sin embargo, la doctrina del plenario “Risso” fue acotada mediante otro fallo plenario de la CNAT –“Alba y otros c/ Unión Tranviarios Automotor”, sentencia del 14/6/1971-, donde se concluyó que el criterio de actividad principal, en caso de una empresa con varios establecimientos, debe aplicarse a cada uno de ellos. Criterio éste adoptado por el Tribunal Superior de Justicia provincial en autos “Asencio c/ Grúas Gut y sus acumulados” (Acuerdo n° 34/2009 del registro de la Secretaría Civil). Dijo el Tribunal en el precedente citado, “para resolver el encuadre convencional debía estarse a la actividad de la empresa o, en su caso, a la actividad principal. Pues bien. Cuando la empresa tiene establecimientos, la atención debe centrarse en la actividad principal desarrollada, en concreto, en cada uno de ellos. Puede suceder que sea la misma en todos y, por consiguiente, que todos estén comprendidos en el mismo ámbito personal de un convenio colectivo. Pero, también puede acontecer que en alguno de ellos se cumpla una actividad distinta y por tanto, que ese establecimiento se halle alcanzado por el ámbito personal de otro convenio, propio y adecuado a su explotación.”

“Esa coexistencia de actividades diferenciadas suele traer aparejada la necesidad de diseñar la organización productiva de un modo especial y acorde a cada una de ellas, con el deliberado propósito de que resulte apta para la consecución de sus fines. Como dentro de dicha organización están comprendidos los trabajadores, la categoría profesional de cada uno de ellos se ajustará a las propias particularidades de esas actividades. Por ende, es lógico pensar que resulten alcanzados por el convenio colectivo de la actividad principal desplegada en cada establecimiento”.

En el caso de autos, considero que la parte actora no ha producido prueba alguna suficiente que justifique la inclusión de la demandada dentro del convenio de la actividad petrolera debiéndose tener en cuenta que, en función del objeto societario, su actividad queda encuadrada dentro del supuesto previsto por el artículo 4 apartado segundo inciso 12 del convenio 76/75.

A ello, se agrega que la prueba testimonial en modo alguno sustenta la postura del actor toda vez que la testigo Cardozo a fs. 103

dijo que la demandada se dedicaba a la construcción y José Cárdenas Salinas a fs. 123, si bien afirma que realizaba tareas de construcción para empresas petroleras al contestar la primera repregunta, expresa que también efectuaba construcciones civiles.

Incluso de la documental adjuntada por la propia actora, bien que referida a tareas relacionadas con empresas petroleras, se destaca que realizaba obras referidas a la construcción como se desprende de fs. 13, y 15.

Incluso, al absolver posicione el accionante reconoce que la empresa realizaba tareas de construcción, bien que aclara que lo que se construía era dentro de la actividad petrolera (ver respuesta a la sexta posición) e inclusive su respuesta evasiva en relación a la última posición permite, en función de las circunstancias antes señaladas, concluir que en realidad la empresa accionada realizaba tareas relacionadas con la construcción dentro del convenio colectivo antes mencionado.

Como bien lo indica el juez en su decisión, no hay elementos que permitan afirmar que corresponde la aplicación del convenio colectivo invocado por el actor.

Y por cierto que pesaba sobre la actora la carga de la prueba de los hechos que sustenta su pretensión, toda vez que no es función del juez ofrecer y producir la prueba que la parte no propuso dado que, de lo contrario, ello importaría vulnerar su imparcialidad para transformarse en una parte.

El hecho que el impulso sea de oficio en modo alguno permite sustentar la orfandad probatoria de la parte, de manera tal que la pretensión de que el juez produzca prueba como lo requiere el quejoso no puede tener andamiento.

En cuanto a los principios laborales invocados así como la aplicación al caso de las normas de fondo y procesales mencionadas por el apelante, resultan inaplicables al caso en análisis, toda vez que la postura del actor se sustenta en la aplicación de un convenio colectivo, como se deduce de su demanda e intercambio epistolar previo, que no es pertinente en base a la actividad comprobada de la demandada.

En cuanto al segundo agravio, tampoco prosperará, con fundamento en lo que resulta de la liquidación final percibida de conformidad y que fuera adjuntada por el propio actor a fs. 28.

Con respecto al tercer agravio, no puede ser admitido, dado que la demanda no prospera y que los aportes fueron realizados conforme se destaca en la sentencia sin que al respecto mediara cuestionamiento alguno.

Finalmente, no puede admitirse la multa del artículo 80 de la Ley de contrato de trabajo, toda vez que los certificados fueron puestos a su disposición según se indica en la sentencia y sin que al respecto mediara queja del apelante.

Por otra parte y en relación al tema hemos dicho:

“En lo que refiere a la multa prevista en el art. 80 LCT, estimo que no resulta procedente puesto que el propio accionante ha acompañado los certificados entregados por la empleadora y “la eventual controversia sobre el carácter de los datos contenidos en dichas constancias no puede equipararse a su falta de entrega, que es la conducta que la multa bajo análisis pretende evitar” (cfr. “AMOROSO”, EXP Nº 452780/2011).”

“Así, siguiendo el mismo criterio de la Sala II de esta Alzada, hemos dicho: ...resulta aplicable lo sostenido por la Dra. Patricia Clerici respecto a que “[…] dicha multa tiene por finalidad compeler al empleador al cumplimiento de las obligaciones legales en orden a la debida registración laboral (con especial incidencia en el ámbito de la seguridad social), por lo que esta penalidad resulta operativa en tanto nos encontremos ante una total falta de registración o ante una deficiente registración, derivada de una conducta maliciosa del empleador, que deliberadamente omite registrar el contrato de trabajo conforme con la realidad de la relación. Más, en supuestos dudosos como el de autos, donde la defectuosa registración deriva, no ya del ocultamiento de la realidad del contrato, sino de una interpretación de la naturaleza de la prestación, que solamente puede ser zanjada por decisión judicial, no entiendo razonable la aplicación de esta multa, puesto que las certificaciones fueron entregadas de acuerdo con las constancias obrantes en los recibos de haberes del trabajador, por lo que no se cumple con la finalidad perseguida por la norma, deviniendo en una excesiva onerosidad para la demandada” (Sala II, in re “MARTINEZ OMAR CONTRA PERFIL S.R.L. S/COBRO DE HABERES”, Expte. Nº 413499/10. Ver esta Sala en: “ROMERO DARIO ANDRES CONTRA TRANSPORTE GABINO C. CORREA SRL S/COBRO DE HABERES”, EXP Nº 413497/10).”

IV.- Por las razones expuestas, propongo se confirme la sentencia apelada en todas sus partes, con costas a la actora vencida.

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. 131/133 en todas sus partes.

II.- Imponer las costas de Alzada a la actora vencida.III.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en segunda instancia en el 30% de la suma que por igual concepto, se fije para cada uno de ellos por su actuación en la instancia de grado (art. 15 de la

ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"PETERSEN NATALIA MARCELA Y OTROS C/ CONS. PROF. AGRIM. GEOL. E ING. NQN S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 446734/2011) – Sentencia: 62/17 – Fecha: 06/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Derecho colectivo del trabajo.

ENCUADRAMIENTO CONVENCIONAL. EMPLEADORA. COLEGIO PROFESIONAL. NATURALEZA JURÍDICA. REPRESENTACIÓN SINDICAL. ESTATUTO DE LA UNIÓN DE TRABAJADORES DE ENTIDADES CIVILES Y DEPORTIVAS (U.T.E.D.Y.C.). REGIMEN APLICABLE. LEY DE CONTRATO DE TRABAJO.

Corresponde dejar sin efecto los importes de condena que fueran reconocidos por la instancia de grado en concepto de diferencias salariales, por cuanto no resulta de aplicación a la relación habida entre las partes el CCT 642/06 -celebrada entre U.T.E.D.Y.C. por la parte sindical, y las siguientes entidades por la patronal: Federación Empleadores de Entidades Deportivas y Asociaciones Civiles, Asociación Rosarina de Entidades Deportivas Amateurs, Unión Educadores de la Provincia de Córdoba y Club Regatas de Resistencia…"-. Ello es así, toda vez que en el caso bajo análisis y tal como sostuvo esta misma sala, en autos: "Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería c/ Bascuñán Mora" (Expte. N° 396074/09), las relaciones entre los actores y su empleadora, se encuentra regida por la Ley de Contrato de Trabajo.

Texto completo:

NEUQUEN, 6 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "PETERSEN NATALIA MARCELA Y OTROS C/ CONS. PROF. AGRIM. GEOL. E ING. NQN S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA2 EXP Nº 446734/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- Contra la sentencia dictada a fs. 230/233319, que hace lugar a la demanda y condena a la demandada a abonar a los actores la suma de $186.642,13 por diferencias salariales por aplicación del CCT 426/2006, la demandada interpone recurso de apelación a fs. 237/243 expresando agravios.

Corrido el traslado de rito a fs. 244, contesta la actora a fs. 246/247 vta., solicitando se rechace el recurso, con costas.

II.- Se queja la demandada del encuadre convencional a tenor de la doctrina y jurisprudencia de aplicación y en particular, de lo resuelto por la Cámara Civil de Neuquén en los autos "Consejo Profesional de Arquitectura, Geología e Ingeniería de Neuquén c/ Bascuñán Mora Horacio S. y otros s/ acción meramente declarativa" (expte. N° 396874/09).

Expresa que debía determinarse si el CCT 462/06 invocado por la actora como base de su pretensión resulta de aplicación o no a la relación laboral, criticando que la magistrada analizó la del CCT 130/75 innecesariamente, ya que tampoco podría haberse aplicado por descarte el CCT 462/06, resaltando al apelante la inexistencia de CCT aplicable a la relación laboral habida entre las partes.

Además, señala que el desconocimiento de la existencia de un convenio colectivo no implica que la entidad sindical, representativa de los trabajadores no pueda celebrar válidamente en el corto, mediano o largo plazo, un convenio con la entidad representativa de los empleadores.

Manifiesta que la declaración judicial de que no se ha perfeccionado un convenio colectivo que abarque subjetivamente a los empleados de los consejos profesionales implicaría, a contrario sensu, una exhortación a las partes para que arbitren los medios para celebrar un convenio garantizando la adecuada representatividad.

Sostiene que le agravia que la a-quo sostenga por un lado, que el CCT es el contrato celebrado ente representantes de trabajadores y de empleadores y por el otro, considere la representatividad de la parte empleadora en la suscripción del convenio colectivo.

Invoca precedente del TSJ en la causa “Jara” (Acuerdo Nro. 08/14, del 05/03/14) y alega que la pretensión de aplicar el CCT 462/06 a la relación laboral del Consejo Profesional con sus empelados no resulta ajustada a derecho, en tanto la parte empleadora no estuvo representada en la negociación de dicho convenio colectivo, extremo que ha quedado acreditado con la respuesta brindada por el Ministerio de Trabajo de la Nación en relación al ámbito de valide personal del CCT 462/06.

Agrega que la resolución 627/06, detalla en forma expresa en relación al CCT 462/06 que “el ámbito territorial y personal del mismo se corresponde con la actividad principal de la empresa signataria y la representatividad de la entidad sindical firmante emergente de su personería gremial” y que tales entidades signatarias han sido: Federación de empleadores de entidades deportivas de aficionados y asociaciones civiles (FEDEDAC), la Asociación Rosarina de Entidades Deportivas Amateurs, Unión de Educadores de la Provincia de Córdoba y el Club Regata de Resistencia.

Manifiesta que la actividad principal de estas entidades absolutamente en nada representa al ejercicio del poder de policía profesional que constituye el objeto del Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería de Neuquén, según su ley de creación 708; con lo cual en base a la resolución remitida debe entenderse que las relaciones laborales celebradas por la demandada no resultan encuadradas dentro del CCT 642/06.

Se queja de la irrelevancia de la actividad principal en el establecimiento, merituada por la magistrada, ya que la actividad principal de la empleadora es el ejercicio del poder de policía profesional (actividad de derecho público no estatal) y dicha actividad principal no fue representada en la negociación del CCT 642/06 por las entidades anteriormente mencionadas como signatarias.

III.- Entrando al estudio de los agravios, advierto que la cuestión medular de esta causa ya ha sido resulta por esta Sala, en el precedente que invoca la apelante, y que por ello, corresponde hacer lugar a esta apelación.

Así, en la causa “Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería c/ Bascuñán Mora” (Expte. N° 396074/09), con fecha 03/02/15, y con el voto de mi colega de Sala Dra. Clerici, al que adherí y por lo cual me permito reproducir en casi toda su integridad, decidimos que:

“… la complejidad que reviste la determinación del correcto encuadramiento convencional, como así también que éste comprende no sólo la puja entre convenios colectivos diferentes, sino la inexistencia, conforme lo postula la parte apelante, de una convención colectiva específica o adecuada a la relación laboral de que se trate”.

“Por ello, y si bien es cierto que la a quo limitó su análisis a los dos convenios colectivos de trabajo involucrados por las mismas partes (n° 130/75, que aplica la actora; y n° 462/2006, cuya aplicación pretenden los demandados), el análisis de la controversia desde el punto de vista amplio del encuadramiento convencional permite incluir entre las hipótesis a considerar la inexistencia de una norma convencional que abarque las relaciones laborales entre la actora y sus empleados, por lo que esta posibilidad no queda fuera del estudio que he de abordar”.

“De acuerdo con la Ley provincial n° 708, que regula el ejercicio profesional de la agrimensura, de la ingeniería en todas sus especialidades, de la geología y de las actividades técnicas afines graduadas (art. 1), se crea el Consejo Profesional de Agrimensura, Geología e Ingeniería de la Provincia del Neuquén (art. 11), reglando seguidamente sus atribuciones, composición y funcionamiento”.

“Con voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Mendoza, si bien reconoce que la categoría de entes públicos no estatales ha sido negada por un prestigioso sector de la doctrina, señala que otra parte de los autores y la legislación la ha reconocido expresamente. Con cita de Miguel Marihenoff dice que la distinción entre persona pública estatal y no estatal fue sugerida por Michoud, pero la elaboración doctrinal de la clasificación pertenece a Sayagüés Laso, quién

sostuvo que no toda persona jurídica pública es necesariamente estatal, en virtud de la existencia de numerosísimas entidades no estatales de carácter público (cfr. CSJ Mendoza, Sala I, "Ronchietto c/ Consejo Profesional de Ingenieros, Agrimensores y Geólogos de la Provincia de Mendoza", 14/10/1994, DJ 1995-I, pág. 606). En igual sentido se ha expedido el Tribunal Superior de Justicia de La Pampa (Sala A, "Ministerio de Gobierno y Justicia", 7/11/2007, DJ 2008-I, pág. 1.108): los colegios profesionales son personas jurídicas de derecho público no estatal, es decir no pertenecen a la estructura administrativa propiamente dicha del Estado, no integran el presupuesto de éste, pero sin embargo ejercen función administrativa delegada normativamente".

"La misma Corte Suprema de Justicia de la Nación, con cita del precedente de Fallos 308:907, ha dicho que "el Colegio no es una asociación (art. 14 de la Constitución Nacional) que se integra con la adhesión libre y espontánea de cada componente, sino una entidad destinada a cumplir fines públicos que originariamente pertenecen al Estado, y que éste por delegación, circunstanciada normativamente, transfiere a la institución que crea para el gobierno de la matrícula y el régimen disciplinario de todos los abogados…" (autos "Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/ Estado Nacional – Poder Ejecutivo Nacional", 4/11/2008, Fallos 331:2406)".

"El Tribunal Superior de Justicia provincial también sostiene que los colegios profesionales, creados por ley, funcionan con el carácter, derechos y obligaciones de las personas de derecho público, pues cumplen un cometido administrativo para el que lo habilita su ley de creación (autos "Costarelli c/ Colegio Farmacéutico Provincia de Neuquén", R.I. n° 6.271/2008 del registro de la Secretaría de Demandas Originarias)".

"De lo expuesto surge, entiendo que con claridad, que la entidad actora no es una asociación civil o simple asociación, entendida ésta como persona jurídica privada, donde prima la autonomía de la voluntad, y que requiere de autorización para funcionar -pero no es creada por ley-, (cfr. Hersalis, Marcelo, "Las asociaciones civiles y el poder disciplinario. El caso River Plate", DJ, fascículo del 13/3/2013, pág. 5; Giavarino, Magdalena B., "Las asociaciones y la revisión judicial de sus actos", LL on line AR/DOC/1852/2013)".

"…de acuerdo con el Estatuto de la Unión de Trabajadores de Entidades Civiles y Deportivas (U.T.E.D.Y.C.) dicha asociación sindical representa a los trabajadores de entidades de derecho público no estatal y colegios profesionales..."

"Dado que la mencionada asociación sindical cuenta con personería gremial, es ella quién ejerce la representación de los intereses colectivos de los trabajadores de la parte actora".

"Sin embargo, de ello no se sigue que cualquier convenio colectivo de trabajo que celebre U.T.E.D.Y.C. sea aplicable a la entidad demandante".

"Es necesario tener en cuenta que para delimitar el ámbito de aplicación personal de un convenio colectivo de trabajo resulta menester considerar quienes han sido sus partes signatarias, ya que aquél surge de la representatividad ejercida por aquellos que suscribieron el convenio (cfr. CNAT, Sala IX, "W.G.W. c/ G.M.G.", 27/8/2013, DT 2014, pág. 399; ídem., Sala X, "Díaz c/ F.S.T. S.A.", 20/4/2012, DT 2012, pág. 3.264), siendo improcedente aplicar un convenio colectivo de trabajo a una empresa o entidad que no estuvo representada en el proceso negociador (cfr. CNAT, Sala X, "Asociación de Supervisores de la Industria Metalmecánica de la República Argentina c/ Volkswagen Argentina S.A.", 30/6/2010, LL on line AR/JUR/32987/2010)".

"La convención colectiva de trabajo n° 462/2006 fue celebrada entre U.T.E.D.Y.C. por la parte sindical, y las siguientes entidades por la patronal: Federación Empleadores de Entidades Deportivas y Asociaciones Civiles, Asociación Rosarina de Entidades Deportivas Amateurs, Unión Educadores de la Provincia de Córdoba y Club Regatas de Resistencia…".

"Descarto que la actora haya sido representada por algunas de las entidades mencionadas en segundo, tercero y cuarto lugar".

"Resta analizar si la Federación de Empleadores de Entidades Deportivas y Asociaciones Civiles representa a la parte actora".

"De acuerdo con la información brindada por la misma institución (www.fededac.org.ar) la Federación de Empleadores de Entidades Deportivas y Asociaciones Civiles asume la representación del sector empleador por las instituciones deportivas amateurs y asociaciones civiles, confederaciones, federaciones, entidades filantrópicas, asociaciones profesionales, bomberos voluntarios y entidades afines. Es por ello que el art. 3° del CCT 462/2006 extiende el ámbito de aplicación personal del acuerdo a las asociaciones profesionales (fs. 226)".

"De ello se sigue, en mi opinión, que la actora no se encontró representada en la negociación del CCT n° 462/2006, por lo que no está obligada a aplicar dicha convención. No paso por alto que el término asociación profesional puede inducir a confusión, pero a poco que se enmarque dicho concepto en el ámbito general de representación de la parte empleadora se advierte que la representación patronal se focaliza en instituciones de conformación y asociación voluntarias, y sin fines de lucro, por ello siempre la referencia es a la asociación, la que se diferencia, como ya se analizó de los colegios profesionales, que desempeñan función estatal por delegación normativa, siendo esa siempre su actividad principal".

"A esta interpretación contribuye el tenor de la Resolución n° 627/2006 de la Secretaría de Trabajo de la Nación (fs. 290/292),

mediante la cual se homologa el CCT n° 462/2006: “Que asimismo corresponde señalar que en cuanto a su ámbito de aplicación personal será para todos los trabajadores que se desempeñen en las instituciones deportivas y asociaciones civiles sin fines de lucro que pertenezcan a las ramas administrativa, de maestranza o cualquier otro servicio”; como así también que el estatuto de la asociación sindical que integró la mesa de negociación expresamente se refiere a entidades de derecho público no estatal y colegios profesionales, en tanto que este grupo de instituciones no se mencionan dentro del ámbito de aplicación personal del CCT celebrado”.

“En definitiva, entiendo que el CCT n° 462/2006 no resulta de aplicación al personal de la entidad actora”.

Aplicando estos conceptos al caso de autos, es que le asiste razón al apelante, en cuanto a que no resulta de aplicación a la relación entre las partes el CCT 642/06, y que considero que en el caso y tal como lo sostuvimos en la causa transcripta, las relaciones entre la actora y su empleadora, están regidas por la Ley de Contrato de Trabajo, y en consecuencia, corresponde rechazar la demanda, dejándose sin efecto las sumas de condena fijadas, en tanto resultaban de cálculos de acuerdo al CCT 462/06.

El planteo efectuado por al actora al contestar el traslado de los agravios, defendiendo la aplicación del CCT 462/02, al caso de autos, en base a dos precedentes de esta Cámara, “Navarro” (Expte. N° 372119/08, de la Sala I, de fecha 23/06/09) y “Andreone” (Expte. Nro. 370.573/08, de Sala III), no resultan argumentos para que apartarme de aquí decidido, ya que en los conceptos ya vertidos que he trasladado a esta causa, he abarcado la controversia desde un punto de vista amplio del encuadramiento convencional y en aquellos la cuestión ha sido más ceñida, además de exponerse criterios disímiles a los del suscripto, en cuanto a este tema.

IV.- Consecuentemente, propongo al Acuerdo 1) se haga lugar al recurso de la demandada y se revoque la sentencia dictada a fs. 230/234, dejándose sin efecto los importes de condena y rechazándose la demanda, 2) atento lo dispuesto por los art. 279 del Código Procesal y arts. 17 y 54 de la Ley 921, se deje sin efecto la regulación honoraria y la condena en costas, imponiéndose en ambas instancias a la parte actora, toda vez que mediaron pronunciamientos anteriores al respecto, 3) fijar los emolumentos por la actuación en la primera instancia de los prfoesionales intervinientes, a) por la actora, Dr. ..., quien actuó en el doble carácter, en el 11,2% de la liquidación que deberá confeccionarse en el grado, b) por la demandada, Dr. ..., en el doble carácter, en el 22,4% (arts 6, 7, 10, 20, 39 y ccs. de la ley 1594) y c) para perito Contador, ..., en el 3% de igual base, 4) regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 35% de los emolumentos que se determinen para la primera instancias al Dr. ... y en el 30% para el Dr. ... (art. 15, 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.- Revocar la sentencia dictada a fs. 230/234, dejándose sin efecto los importes de condena y rechazándose la demanda.

II.- Dejar sin efecto la regulación honoraria y la condena en costas e imponerse las mismas en ambas instancias a la parte actora, por los motivos explicitados en los considerandos.

III.- Fijar los emolumentos por la actuación en la primera instancia de los profesionales intervinientes: a) por la actora, Dr. ..., quien actuó en el doble carácter, en el 11,2% de la liquidación que deberá confeccionarse en el grado, b) por la demandada, Dr. ..., en el doble carácter, en el 22,4% (arts. 6, 7, 10, 20, 39 y ccs. de la ley 1594) y c) para perito Contador, ..., en el 3% de igual base.

IV.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada en el 35% de los emolumentos que se determinen para la primera instancias al Dr. ... y en el 30% para el Dr. ... (art. 15, ley 1594).

V.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"TOME ANTONIO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II –

(Expte.: 471913/2012) – Sentencia: 69/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Accidente de trabajo.

INCAPACIDAD FISICA. INFORME PERICIAL VALORACION. INCAPACIDAD PSICOLOGICA. INFORME PERICIAL. VALORACION. CAPACIDAD RESIDUAL. LEY DE RIESGOS DEL TRABAJO. INDEMNIZACION POR ACCIDENTE DE TRABAJO. INTERPRETACION DE LA LEY. LEY VIGENTE. HONORARIOS DEL ABOGADO.

1.- Del baremo del decreto n° 659/1996 tenemos que la limitación funcional indicada por el perito suma un 9% de incapacidad y no un 12% como señala el informe pericial. Así para flexión dorsal corresponde un 2%; para la flexión plantar, un 4%; para la inversión, un 2% y para la eversión, un 1%. Sumados los porcentajes parciales, se llega a un 9% y no al 12% indicado por el experto, quién no aclaró oportunamente como había arribado al porcentaje que consta en su informe. Consecuentemente, he de asignar al actor una incapacidad física de 9%, a la que corresponde sumar los factores de ponderación.

2.- Comparto, (…), la conclusión del perito psicólogo en orden a la relación causal entre el hecho dañoso y sus consecuencias físicas, y la disminución en la autoestima. Sin embargo, no encuentro que el actor presente alguno o algunos de los indicadores que contiene el baremo legal, ya que ellos no son precisados en el informe pericial, como para encasillar su situación en el grado III de RVAN. Por el contrario, surge del informe del perito que su encasillamiento debe ser en RVAN depresiva grado II, correspondiéndole una valoración del 10% de incapacidad. No obstante ello cabe señalar que el perito psicólogo desconoce el baremo que aplica, dado que ha sumado las incapacidades parciales psicológicas, cuando ello se encuentra expresamente prohibido en el mismo.

3.- (…) aplicando el método de la capacidad restante y partiendo de la mayor incapacidad, que es la psicológica (10%), el actor presenta una capacidad restante del 90%, y si aplicamos sobre ella el porcentaje de disminución de la capacidad laborativa física (9%), tenemos que el trabajador de autos presenta una incapacidad total del 18,10%. Sumando a esta incapacidad, los factores de ponderación determinados por el perito médico, no cuestionados en esta instancia (15% por tipo de actividad, 0% por recalificación laboral, y 1,50% por edad), se arriba a un porcentaje definitivo de incapacidad del 22,32%.

4.- […] recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén ha adherido, por mayoría, a la doctrina de la Corte Nacional, conformando su decisión al criterio del precedente “Espósito” (autos “Núñez Urra c/ Prevención ART S.A.” y “Ozorio Escubilla c/ Prevención ART S.A.”, Acuerdos nros. 5/2017, y 6/2017 del registro de la Secretaría Civil, respectivamente). De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de la opinión personal de la suscripta y en virtud de los precedentes citados, habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 19 de agosto de 2011, antes de la publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5), como así tampoco su decreto reglamentario.

5.- Teniendo en cuenta las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones para la fijación de los honorarios profesionales, como así también la labor cumplida y la complejidad de la cuestión debatida en autos, asiste razón a los letrados de la parte actora en orden a que sus emolumentos resultan bajos, proponiendo elevarlos al 22,40% de la base regulatoria en conjunto y por su actuación en doble carácter.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "TOME ANTONIO C/ PREVENCION ART S.A. S/ ACCIDENTE DE TRABAJO CON ART", (JNQLA4 EXP Nº 471913/2012), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Patricia CLERICI y Cecilia PAMPHILE, por encontrarse separado de la causa el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO, con la presencia de la Secretaria actuante Micaela S. ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI dijo:

I.- Ambas partes interpusieron recursos de apelación contra la sentencia de fs. 208/222 vta., que hace lugar a la demanda, con costas al vencido.

Los letrados de la parte actora apelan, por bajos, los honorarios regulados a su favor (fs. 233).

a) La parte actora se agravia por lo que considera un erróneo cómputo de los intereses, en contradicción con lo establecido en el fallo "Mansur" del Tribunal Superior de Justicia provincial y con la legislación vigente.

Dice que el fallo "Mansur" se dictó estando vigente la ley 26.773, por lo que el Tribunal Superior de Justicia bien pudo establecer una tasa del 12% anual, si así lo hubiera querido.

Sigue diciendo que el art. 2 de la ley 26.773 señala que los intereses se devengarán desde el hecho dañoso, y que, al fijar esta norma el principio indemnizatorio de pago único, establece que las prestaciones dinerarias devengarán intereses desde la producción del evento dañoso, y que tal prestación se ajustará conforme el propio régimen lo establece.

Sostiene que el mecanismo de actualización adoptado por el art. 17 inc. 6 de la ley 26.773 resulta plenamente aplicable en autos, pues desde la derogación de la paridad cambiaria, las remuneraciones de los trabajadores dependientes fueron pasibles de innumerables incrementos con el objeto de mantener y recuperar su poder adquisitivo dentro de un proceso inflacionario, de lo que se colige, a criterio de la parte, la intención legislativa de mantener incólume el contenido económico de los mencionados créditos a través de la cláusula de ajuste.

Concluye en que el art. 17 inc. 6 de la ley 26.773 refiere a las prestaciones dinerarias generadas durante la vigencia de la ley 24.557 y de los decretos nros. 1.278/2000 y 1.694/2009.

Hace alusión al contexto económico del país desde la derogación de la paridad cambiara dispuesta por ley 24.551.

Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

b) La parte demandada se agravia, en primer lugar, por la valoración de la prueba pericial médica.

Dice que el a quo toma la incapacidad dictaminada por el perito médico, sin analizar las observaciones efectuadas por su parte.

Entiende que surge de la pericia médica que el experto ha cometido un error, lo que se ha señalado en la impugnación, y que no ha sido tratado en la sentencia de grado.

Señala que de la sumatoria de las limitaciones parciales indicadas por el experto (9+4+2+1), el total de la incapacidad es del 9% y no del 12%.

También se agravia por la valoración de la prueba pericial psicológica.

Sostiene que el a quo indicó en la sentencia que del informe pericial psicológico de fs. 123/168 surge que el actor padece, según la tabla de evaluación de las incapacidades laborales ley 24.557, una afección ubicada en el grado III del punto 2 Reacciones Vivenciales Anormales Neuróticas, concluyendo en que la incapacidad es de un 30% y aplica erróneamente los factores de ponderación.

Destaca que nunca el trabajador accidentado denunció, ni tampoco la demandada consideró necesario, su derivación a psiquiatría y/o psicología, y que en las numerosas evaluaciones de las que fue objeto el actor no se detectaron signos o síntomas psíquicos.

Destaca que la lesión física es una mera torcedura de tobillo, y que llama la atención que ante esta lesión el actor presenta una incapacidad psiquiátrica del 42%.

Sostiene que el grado III de RVAN no tiene ninguna relación con el caso de autos.

Afirma que, además de exagerado, el diagnóstico se sustenta solamente en la descripción clínica del paciente.

Denuncia la incorrecta aplicación del baremo legal, toda vez que éste determina que las incapacidades psiquiátricas parciales, si existiera más de una, no se suman, sino que se reconoce solamente la de mayor incapacidad.

Agrega que en la pericia de autos no sólo se atribuyen dos diagnósticos, sino el mismo diagnóstico dos veces: la reacción vivencial anormal, en el primer diagnóstico grado III (20%), y en el segundo, con manifestación depresiva grado II (10%). Insiste en que se trata del mismo diagnóstico: reacción vivencial anormal neurótica.

Se queja de que el perito psicólogo sume una recalificación laboral, cuando del mismo escrito de demanda surge que el actor se reintegró a sus tareas habituales.

Solicita que se deje sin efecto la incapacidad psíquica dado que no se ha acreditado que la depresión surja de la torcedura del tobillo, y, mucho menos, en la proporción indicada.

Se agravia porque el fallo recurrido no aplicó el método de la capacidad restante, conforme señala el baremo legal.

Manifiesta que el juez de grado no ha descontado del capital de condena la indemnización percibida por el actor en sede administrativa, en base a una incapacidad del 5,75%.

Cuestiona la aplicación en el sub lite de la ley 26.773, y la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, con cita de jurisprudencia.

Considera que en la sentencia de primera instancia existe una errónea aplicación del art. 3 del Código Civil; y describe el perjuicio económico que el encuadramiento legal dado al caso de autos provoca a su parte, con afectación del derecho de propiedad.

Cita el precedente “Espósito” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Formula queja por el apartamiento del decreto n° 472/2014, en orden a la aplicación del índice RIPTE, y por haber aplicado el art. 3 de la ley 26.773.

Apela, por altos, los honorarios regulados a los letrados de la parte actora y a los peritos.

Mantiene la reserva del caso federal.

c) La parte actora contesta el traslado de la expresión de agravios de su contraria a fs. 255/276 vta.

d) A fs. 322 la parte demandada plantea la caducidad del recurso arancelario de los letrados de la parte actora, cuyo traslado es contestado 324/vta.

II.- Por una cuestión de orden lógico he de comenzar el análisis de los recursos de autos por el planteo de caducidad de la segunda instancia respecto del recurso arancelario de los letrados de la parte actora.

El recurso arancelario de los letrados de la parte actora fue concedido el día

30 de junio de 2016.

Teniendo en cuenta la manda del art. 310 inc. 2 del CPCyC, que establece el plazo de caducidad para la segunda instancia en tres meses, y que de acuerdo con la doctrina del fallo “Cifuentes c/ Clínica Pasteur S.A.” del Tribunal Superior de Justicia de la Provincia (Acuerdo n° 57/2005 del registro de la Secretaría Civil) los períodos correspondientes a las ferias judiciales se encuentran excluidos de los plazos de caducidad, al momento del acuse formulado por la parte demandada (5 de septiembre de 2016), aquella no había operado, ya que aún no había transcurrido el plazo pertinente.

Consecuentemente, no se hace lugar al planteo de caducidad de la segunda instancia.

III.- Luego, y también por una cuestión de orden lógico, he de analizar primero la queja de la parte demandada.

Resulta aquí pertinente señalar que el memorial de la accionada reúne los recaudos del art. 265 del CPCyC, por constituir una crítica razonada y concreta de la sentencia de grado, en aquellos aspectos con los cuales no se acuerda. De ello se sigue que no asiste razón a la parte actora, respecto de la deserción del recurso en cuestión.

IV.- La demandada se queja, en primer lugar, por la valoración de los informes periciales.

De acuerdo con el informe pericial médico (fs. 142/143 vta.), el actor presenta, como consecuencia del accidente de trabajo que sufriera, una limitación funcional del tobillo derecho, por lesión del ligamento peroneo. El perito estima la incapacidad física en el 12%, y agregando los factores de ponderación llega al 15,30%.

La demandada oportunamente impugnó el informe pericial, señalando que de la sumatoria de las limitaciones constatadas en el examen goniométrico (flexión dorsal 10°; flexión plantar 10°; inversión 10°; eversión 10°) surgiría que la incapacidad física es en realidad del 9% y no del 12% como se indica en la pericia.

El perito contestó la impugnación en forma genérica ratificando el informe producido, sin expedirse concretamente sobre la observación de la parte demandada, lo que debió haber hecho en su condición de auxiliar de las partes y del juez; circunstancia que hubiera facilitado, además, la decisión judicial.

El juez de grado no analizó esta impugnación.

Del baremo del decreto n° 659/1996 tenemos que la limitación funcional indicada por el perito suma un 9% de incapacidad y no un 12% como señala el informe pericial. Así para flexión dorsal corresponde un 2%; para la flexión plantar, un 4%; para la inversión, un 2% y para la eversión, un 1%. Sumados los porcentajes parciales, se llega a un 9% y no al 12% indicado por el experto, quién no aclaró oportunamente como había arribado al porcentaje que consta en su informe.

Consecuentemente, he de asignar al actor una incapacidad física de 9%, a la que corresponde sumar los factores de ponderación. Pero, en tanto ellos deben ser incorporados a la incapacidad total (psicofísica), he de realizar esta operación una vez que analice el agravio referido a la incapacidad psicológica.

V.- El perito psicólogo ha estimado que el actor presenta una incapacidad del 42% (fs. 123/128), entendiendo que la dolencia del trabajador encuadra en el grado III de RVAN (20%) y también en el grado II de RVAN (10%), a lo que agrega los factores de ponderación.

El informe pericial fue impugnado por la parte demandada; impugnación que no fue analizada en la sentencia de grado.

El perito señala que la existencia de una autoestima devaluada es producto innegable del accidente y, en especial, del cuadro de limitación funcional de un miembro inferior, que se inicia con el hecho dañoso y llega hasta el presente.

Entiendo que lo dicho resulta razonable como para tener por acreditado el vínculo causal entre el accidente de trabajo y el estado psíquico del demandante. Es cierto que el accidente consistió en una torcedura del tobillo al saltar una acequia, pero no debe pasarse por alto que las consecuencias de ese accidente refieren a limitaciones en el tobillo, lo que lógicamente se refleja en el andar. El informe pericial médico indica que el trabajador ingresa al consultorio con marcha levemente disbásica, y que al examen comparativo se observa el tobillo derecho levemente aumentado de tamaño, con hipotrofia muscular en la pierna derecha (fs. 142 vta.). Entiendo, entonces, que tratándose el actor de una persona cuyo más importante capital de trabajo es su fuerza física, dado que se trata de un peón rural, la existencia de una limitación en su tobillo, aunque leve, puede haber influido en su estado de ánimo.

Comparto, entonces, la conclusión del perito psicólogo en orden a la relación causal entre el hecho dañoso y sus consecuencias físicas, y la disminución en la autoestima.

Sin embargo, no encuentro que el actor presente alguno o algunos de los indicadores que contiene el baremo legal, ya que ellos no son precisados en el informe pericial, como para encasillar su situación en el grado III de RVAN.

Por el contrario, surge del informe del perito que su encasillamiento debe ser en RVAN depresiva grado II, correspondiéndole una valoración del 10% de incapacidad. No obstante ello cabe señalar que el perito psicólogo desconoce el baremo que aplica, dado que ha sumado las incapacidades parciales psicológicas, cuando ello se encuentra expresamente prohibido en el mismo.

Luego, aplicando el método de la capacidad restante y partiendo de la mayor incapacidad, que es la psicológica (10%), el actor presenta una capacidad restante del 90%, y si aplicamos sobre ella el porcentaje de disminución de la capacidad laborativa física (9%), tenemos que el trabajador de autos presenta una incapacidad total del 18,10%.

Sumando a esta incapacidad, los factores de ponderación determinados por el perito médico, no cuestionados en esta instancia (15% por tipo de actividad, 0% por recalificación laboral, y 1,50% por edad), se arriba a un porcentaje definitivo de incapacidad del 22,32%.

VI.- Aplicando la fórmula del art. 14 de la LRT, considerando a tal fin la incapacidad antedicha y los restantes elementos utilizados por el a quo, los que no han sido cuestionados, se arriba a un resultado de $ 71.912,47 ($ 3.166,16 x 53 x 1,92 x 22,32%), monto que es superior al piso mínimo establecido por decreto n° 1.694/2009.

No corresponde deducir suma alguna de este capital ya que no se encuentra acreditado que el actor haya percibido, en sede administrativa, algún importe en concepto de prestación dineraria por incapacidad definitiva. Más aún, de las constancias de la causa ni siquiera surge que la Comisión Médica n° 009 haya fijado porcentaje de incapacidad alguno (fs. 5/6 vta.).

Ahora bien, el juez de grado ha aplicado la ley 26.733 al caso de autos, no obstante que el accidente ocurrió el día 19 de agosto de 2011, declarando la inconstitucionalidad del art. 17 inc. 5 de la ley referida.

Si bien reiteradamente he sostenido la aplicación de la nueva legislación a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, entendiendo por tales la determinación de la incapacidad definitiva, la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del fallo dictado en autos “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Espósito, Dardo Luis c/ Provincia ART S.A. s/ accidente-ley especial” (sentencia de fecha 7 de junio de 2016), me obligó a rever esta postura.

No obstante que la aplicación de la ley 26.773 a accidentes o enfermedades profesionales cuya primera manifestación invalidante se produjo antes de su publicación en el Boletín Oficial la he habilitado a través de la declaración de inconstitucionalidad de su art. 17 inc. 5, y no solamente invocando razones de justicia y equidad, supuesto este último al que refiere el fallo citado de la Corte

Nacional; de todos modos los argumentos que desarrolla el máximo tribunal federal, en especial cuando explica el por qué no puede acudirse a los precedentes “Calderón”, “Arcuri Rojas” y “Camusso”, son contrarios a los esgrimidos por la suscripta para determinar la inconstitucionalidad del precepto legal que delimita la aplicación de la ley en el tiempo, por lo que insistir con mi criterio resultaría un desgaste jurisdiccional inútil, reñido con los principios de economía y celeridad procesales, amén de una falta de respeto al valor moral que entrañan las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el que obliga al acatamiento por parte de los tribunales inferiores.

A ello se agrega que recientemente el Tribunal Superior de Justicia de la Provincia del Neuquén ha adherido, por mayoría, a la doctrina de la Corte Nacional, conformando su decisión al criterio del precedente “Espósito” (autos “Núñez Urra c/ Prevención ART S.A.” y “Ozorio Escubilla c/ Prevención ART S.A.”, Acuerdos nros. 5/2017, y 6/2017 del registro de la Secretaría Civil, respectivamente).

De lo dicho se sigue que, sin perjuicio de la opinión personal de la suscripta y en virtud de los precedentes citados, habiéndose producido el accidente de trabajo y su primera manifestación invalidante el día 19 de agosto de 2011, antes de la publicación de la ley 26.773 en el Boletín Oficial, ésta no rige para el caso de autos (art. 17 inc. 5), como así tampoco su decreto reglamentario.

Consecuentemente, el capital de condena se fija en la suma de $ 71.912,47.

VII.- Lo resuelto precedentemente torna abstracto el tratamiento de la queja de la parte actora, referida al cómputo de los intereses, ya que no existiendo en autos capital actualizado por índice RIPTE, corresponde adecuar la tasa del interés, fijándola en la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de mora y hasta el efectivo pago.

VIII.- Resta por analizar las apelaciones arancelarias.

Teniendo en cuenta las pautas que habitualmente utiliza esta Cámara de Apelaciones para la fijación de los honorarios profesionales, como así también la labor cumplida y la complejidad de la cuestión debatida en autos, asiste razón a los letrados de la parte actora en orden a que sus emolumentos resultan bajos, proponiendo elevarlos al 22,40% de la base regulatoria en conjunto y por su actuación en doble carácter.

Lo dicho en el párrafo anterior determina el rechazo de la queja de la demandada referida a los honorarios de los mismos letrados.

En cuanto a la retribución fijada para los peritos médico y psicólogo, considerando la adecuada proporción que debe guardar con los honorarios de los abogados de las partes, y los déficits de su labor, precisados en el apartado pertinente de estos Considerandos, resulta elevada, proponiendo reducirla al 4% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

IX.- Por lo hasta aquí dicho, propongo al Acuerdo rechazar el planteo de caducidad de la segunda instancia; hacer lugar parcialmente al recurso de apelación de la parte demandada, declarar abstracto el tratamiento de la queja de la parte actora, y hacer lugar a la apelación arancelaria de los letrados de esta última parte.

En consecuencia se modifica parcialmente el fallo de grado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 71.912,47; determinando que la tasa del interés es la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; elevando los honorarios regulados a los letrados de la parte actora, fijándolos en el 22,4% de la base regulatoria, en conjunto para los Dres. ... y ...., por su actuación en doble carácter; y disminuyendo la retribución de los peritos médico ... y psicólogo ..., estableciéndola en el 4% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

Las costas por la actuación en la presente instancia se distribuyen en el orden causado, teniendo en cuenta que parte del resultado de la apelación es producto de un cambio de criterio del tribunal como consecuencia de fallos novedosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia provincial (art. 68, 2da. parte CPCyC).

Regulo los honorarios por la actuación ante la Alzada de los Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594), aclarándose que esta regulación incluye la incidencia sobre caducidad de la segunda instancia.

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.- Modificar parcialmente el fallo de grado, disminuyendo el capital de condena, el que se fija en la suma de $ 71.912,47; determinando que la tasa del interés es la activa del Banco Provincia del Neuquén, desde la fecha de la mora y hasta el efectivo pago; elevando los honorarios regulados a los letrados de la parte actora, fijándolos en el 22,4% de la base regulatoria, en conjunto para los Dres. ... y ..., por su actuación en doble carácter; y disminuyendo la retribución de los peritos médico ... y psicólogo ..., estableciéndola en el 4% de la base regulatoria para cada uno de ellos.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, teniendo en cuenta que parte del resultado de la apelación es producto de

un cambio de criterio del tribunal como consecuencia de fallos novedosos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y del Tribunal Superior de Justicia provincial (art. 68, 2da. parte CPCyC).

III.- Regular los honorarios por la actuación ante la Alzada de los Dres. ..., ..., ... y ..., en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su labor en la primera instancia, se determine para cada uno de ellos (art. 15, ley 1.594), aclarándose que esta regulación incluye la incidencia sobre caducidad de la segunda instancia.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. PATRICIA CLERICI - Dra. CECILIA PAMPHILE

Dra. MICAELA ROSALES – Secretaria

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

"GUZMAN NORBERTO EDUARDO C/ GOMEZ CARMEN S/ COBRO DE HABERES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 455357/2011) - Sentencia: 77/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO DEL TRABAJO: Contrato de trabajo.

LEY DE EMPLEO. FECHA DE INGRESO REAL. INTIMACION AL EMPLEADOR. CUMPLIMIENTO TEMPESTIVO. RECHAZO DE LA MULTA.

No corresponde aplicar la multa del artículo 9 de la ley 24.013 –consignar en la documentación laboral una fecha de ingreso posterior a la real-, toda vez que dentro del plazo previsto por el artículo 11 de la ley 24.013 -30 días- la empleadora dio cumplimiento a la correcta registración de la fecha de ingreso.

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "GUZMAN NORBERTO EDUARDO C/ GOMEZ CARMEN S/ COBRO DE HABERES", (JNQLA5 EXP Nº 455357/2011), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Federico GIGENA BASOMBRIO dijo:

I.- La sentencia de fs. 101/106 hace lugar a la demanda, y en consecuencia, condena a Carmen Gómez a abonar la suma de $40.136 con más sus intereses y las costas del juicio.

La decisión es apelada por la demandada en los términos que resultan del escrito de fs. 109/112 y cuyo traslado fue respondido a fs. 115/116.

En primer término, la demandada cuestiona la multa del artículo 9 de la ley 24.013 ya que, si bien reconoce que existió una errónea registración en lo que se refiere a la fecha de ingreso, cumplió con la correcta registración luego de la intimación conforme lo previsto por el artículo 11 de la ley citada.

El segundo agravio alude a la multa del artículo 10 de la ley mencionada y que se relaciona con el monto de lo percibido, destacando que conforme la normativa que cita se toma como base el salario mínimo y como el actor trabajaba 4 horas es que se consigno la mitad del mismo.

Asimismo, objeta el salario fijado por la sentenciante.

II.- Ingresando al tratamiento de las cuestiones planteadas, entiendo que asiste razón al quejoso en relación a la improcedencia de la multa del artículo 9 de la ley 24.013.

En efecto, conforme resulta del intercambio telegráfico entre las partes y las posturas esgrimidas en los escrito de demanda y su contestación queda claro, y así lo señala la sentenciante y reconoce la apelante, que la fecha de ingreso consignada en los recibos salariales no era la correcta.

La discrepancia se planteó entre la invocada por el actor que consideró que fue el 1 de octubre del 2.010, y en cambio, la demandada dijo que ocurrió el 1 de diciembre de dicho año.

Si bien en la sentencia no ha sido clara en relación al tema, considero que la prueba producida, esto es, la testimonial, es coincidente en el sentido que la relación laboral comenzó en diciembre del 2.010.

Así, Pablo Prado a fs. 53 señala que fue compañero de trabajo del actor y que este ingresó a principios de diciembre. En el mismo sentido se expresa Guillermo Blanco a fs. 54.

En cuanto a lo manifestado por Oscar Pino a fs. 55, si bien principia por señalar que comenzó a trabajar el actor a fines del 2.010, dice que calcula fue en noviembre, pero entiendo que dicha manifestación carece de precisión, ya que por un lado señala que fue a fines del año indicado para luego expresar que supone fue en noviembre.

En tales condiciones y valorando los testimonios rendidos en la causa, y fundamentalmente, por la declaración precisa del otro conductor del taxi, es que entiendo que la real fecha de ingreso fue en diciembre del 2.010.

Por consiguiente y toda vez que dentro del plazo previsto por el artículo 11 de la ley 24.013 la empleadora dio cumplimiento a la correcta registración de la fecha de ingreso, es que entiendo que no corresponde la multa del artículo 9 de la ley citada.

En cuanto a los restantes agravios que se refieren sustancialmente al salario, entiendo que la prueba testimonial resulta concordante en que el actor no trabajaba las horas que menciona la accionada con fundamento en la nota de fs. 24, que si bien no fuera desconocida por la actora, ha quedado desvirtuado su contenido por la prueba aludida.

Cabe destacar que, de todas formas, la nota referida no indica el plazo por el cual el actor solicitó la reducción horario, y en tal sentido y ante la prueba producida, es que no puede admitirse que ello sucedió desde la fecha de la nota y hasta la finalización del vínculo.

Con respecto al salario, la quejosa se limita a sostener que no es el considerado por la sentenciante pero sin que al respecto medie crítica fundada acerca de las razones por las cuales se arriba dicha firma, y por otro lado, el monto consignado resulta aceptable atento la presunción del artículo 38 de la ley 921.

Por consiguiente y toda vez que la jornada laboral era superior a la expresada por la accionada, la multa del artículo 10 resulta pertinente ya que como mínimo y partiendo de la hipótesis que sostiene la apelante, debió consignar el salario mínimo completo y no por cuatro horas.

III.- Por las razones expuestas, propongo se haga lugar parcialmente al recurso y se reduzca el monto de condena a la suma total de $36.636. Costas de Alzada en el orden causado atento la forma en que se resuelve el recurso. Los honorarios serán mantenidos por resultar adecuados a las previsiones de la ley 1.594, determinándose los de la Alzada en base al artículo 15 de la ley citada.

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 sentencia de fs. 101/106, y en consecuencia, reducir el monto de condena a la suma total de $36.636.

II.- Imponer las costas de Alzada en el orden causado, atento la forma en que se resuelve el recurso.

III.- Mantener los honorarios por resultar adecuados a las previsiones de la ley 1.594 y regular los de Alzada en el 30% de los fijados en el grado (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES" - Cámara de

Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63118/2014) – Interlocutoria: 116/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DE FAMILIA: Derechos del Niño.

NIÑOS EN HOGAR INSTITUCIONAL. EXTERNACION. FAMILIA DE ACOGIMIENTO. LEY DE CREACION DEL REGISTRO UNICO DE ADOPCION. DECRETO REGLAMENTARIO. NIÑOS CON FILIACION ACREDITADA. PREFERENCIA POR FAMILIA INSCRIPTA EN EL R.U.A. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. RESPETO AL ORDEN DE PRELACION ESTABLECIDO POR EL R.U.A.

1.- Cabe revocar la decisión en donde se dispone que los cuatro niños –hermanos entre sí-, quienes actualmente cuentan con 8, 7, 5 y 3 años de ingresen –todos juntos- a una familia de acogimiento, previamente evaluada por el área pertinente del Ministerio de Desarrollo Social con carácter urgente. Ello así, toda vez que no se encuentra controvertido, sino que surge palmario del expediente, que estos niños han sido sometidos a condiciones de vida indignas, que han puesto en riesgo su integridad psicofísica, y que se requiere de la externación de los mismos de la institución en la que se encuentran alojados, a fin de no agravar aún más los perjuicios ocasionados por la conducta de los progenitores y de la familia extensa. Y esa externación no resulta conveniente que se haga a través de una familia solidaria o de acogimiento, en tanto la permanencia en este grupo familiar es esencialmente transitoria.

2.- Corresponde preguntarse hasta cuando vamos a hacer peregrinar a los niños de un lugar a otro, sin otorgarles la posibilidad de ser acogidos en un grupo familiar con visos de permanencia, donde se sientan seguros, contenidos y queridos. Adviértase que las mudanzas reiteradas de situación no sólo conllevan, para estas personas menores de edad, la sensación de inseguridad, sino también de rechazo, toda vez que sus abuelas no han querido hacerse cargo de ellos, con lo cual un eventual cambio de familia solidaria a grupo familiar de los pretensos adoptantes importaría la generación de nuevos sentimientos de inseguridad y rechazo, colocándolos, por ende, en una nueva situación de vulnerabilidad.

3.- En definitiva, tengo la convicción que el interés superior de los menores de autos importa que la externación de los niños sea hacia una familia inscripta en el R.U.A., la que, en su momento y de corresponder, se convierta en la familia de adopción.

4.- La discordia se presenta en torno a la familia receptora, ya que no sería como se dijo, una familia solidaria, sino una seleccionada del Registro de Adoptantes. No ignoro que la autora citada (Marisa Herrera) cuestiona la actual redacción del art. 4 del decreto n° 1.438/2008 considerando que no resulta compatible con los principios y télesis de la adopción en el contexto legal vigente (cfr. aut. cit., “Tratado de Derecho de Familia”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 242). Sin embargo, me permito disentir con esa opinión. Si bien en abstracto y en forma general, el procedimiento reglamentario podría contradecir el fin perseguido por el Código Civil y Comercial, ya que es cierto que forja lazos afectivos entre el niño y quienes pretenden adoptar antes de que el primero se encuentre en estado de ser adoptado, no puede perderse de vista que debiendo resolver problemas esencialmente humanos, como siempre

sucede en cuestiones de familia y personas menores de edad, lo primordial es el bienestar de estas últimas, por lo que los prejuicios conceptuales deben ceder a fin de concretar el interés superior del niño en el caso particular. En autos se requiere de este trámite para posibilitar la externación más adecuada de cuatro niños con una historia de vida que, hasta hoy, no es la que debieron haber transitado; y que como consecuencia de ello, sufren; sufrimiento que, además y para D., se ha convertido en un trastorno psíquico.

5.- (...) disiento con la jueza de grado, ya que no encuentro que pueda aplicarse al sub lite la disposición del Acuerdo n° 5.227, Punto 7 del Tribunal Superior de Justicia, toda vez que refiere a un supuesto distinto, cuál es la inscripción de personas en el R.U.A. y lo que quiere evitar es que la institución de las familias de acogimiento se utilice para saltear el orden de prelación del registro, lo que no sucederá con la medida a adoptar, que conlleva el respeto a dicho orden.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "M. G. Y OTROS S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES", (JNQFA3 EXP Nº 63118/2014), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Micaela S. ROSALES y, de acuerdo con el orden de votación sorteado, la Dra. Patricia CLERICI, dijo:

I.- La Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 296/297, que rechaza la medida requerida por la Defensora recurrente, y dispone que los niños D.E., Z.P., G.N. y A.R. ingresen –todos juntos- a una familia de acogimiento, previamente evaluada por el área pertinente del Ministerio de Desarrollo Social con carácter urgente.

a) La recurrente se agravia en el entendimiento que ha existido, por parte de la jueza de grado, una incorrecta valoración de los argumentos expuestos por la Defensoría.

Dice que lo que oportunamente se manifestó es lo contrario a lo que ha entendido la a quo, ya que se señaló que en el incidente sobre estado de adoptabilidad recién se estaba practicando una información sumaria tendiente a dar con el paradero de los padres; que no se sabe nada de ellos, ya que han mudado su domicilio y no se han vuelto a presentar en el hogar donde se encuentran alojados sus hijos desde el 23 de diciembre de 2014.

Sigue diciendo que valorando el extenso tiempo transcurrido y el que razonablemente va a transcurrir para que se dicte sentencia en el incidente, es que se solicitó la medida denegada en el resolutorio apelado. Señala que se quiere evitar que los niños ingresen a una familia solidaria, para luego, en caso que se dicte sentencia haciendo lugar a la declaración del estado de adoptabilidad, sean separados nuevamente de un ámbito familiar para ser incluidos en otro.

Pone de manifiesto el delicado estado emocional de D., el que se encuentra acreditado con los informes que obran en el expediente, y no admite otra pérdida de esa naturaleza.

Afirma que los niños construyen un vínculo de apego con sus cuidadores, razón por la cual se satisface su interés superior la evitación de aquél posible cambio de grupo familiar, procurando que la familia que inicialmente los acoja sea la que, eventualmente, de concretarse la adopción, resulte su familia adoptiva, dándole, de ese modo, continuidad a la construcción del vínculo.

Manifiesta que se ha tenido en cuenta, además, para solicitar la medida, que las familias inscriptas en el R.U.A. han sido evaluadas convenientemente en su aptitud para ejercer el cuidado de los niños, en la medida que estén dispuestas a ejercer ese rol, inicialmente, como familia de acogimiento.

Considera que la magistrada de grado tampoco evaluó las dificultades que existirán para seleccionar una familia solidaria que pueda brindar a los hermano M.O. todos los cuidados que los niños necesitan. Detalla que son cuatro niños pequeños, y uno de ellos, D., necesita especiales cuidados y mayor atención, por la depresión que padece.

Critica el argumento utilizado en la resolución apelada respecto de las diferencias de roles existente entre una familia solidaria y la

compuesta por pretensos adoptantes, al que tilda de insuficiente.

Sostiene que su parte no desconoce esas diferencias pero que, por las especiales características del caso en análisis, aplicar de manera automática normas de naturaleza instrumental, como el Acuerdo n° 5.227 del Tribual Superior de Justicia, puede causar un grave perjuicio a los niños involucrados en este proceso.

Reitera que los niños de autos han pasado un largo tiempo institucionalizados, y que ello ha determinado que D. sufre severos trastornos en su desarrollo psíquico.

Se queja por la falta de valoración de la opinión del niño D.O., quién, cuando fue escuchado en sede judicial y habiendo recibido las explicaciones sobre por qué no podía ingresar a una familia adoptiva, refirió que su angustia no tiene relación con el trato o la contención y cuidados que recibe en el hogar, sino que desea ser incluido en una familia que quiera sumir su crianza como un hijo en forma definitiva.

Denuncia que la a quo no ha aplicado el principio convencional y constitucional del interés superior del niño.

Insiste en que la jueza de grado se limita a señalar que existe un acuerdo administrativo del Tribunal Superior de Justicia que dispone la incompatibilidad entre la figura de la familia solidaria y las familias inscriptas en el R.U.A., olvidando que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que las normas de carácter instrumental, por más loables que sean sus propósitos, no pueden estar por encima del interés superior del niño.

Agrega que la jueza de grado, además, ha dado prioridad a la estabilidad emocional de los pretensos adoptantes y de los padres biológicos, por sobre la de los niños.

Cuestiona la afirmación de la jueza de grado respecto de la vulneración del derecho de defensa de los padres biológicos, dado que la familia asumirá el rol de meros guardadores, con el mismo alcance que las familias solidarias.

Entiende que también se respetan todas las etapas y plazos del proceso de adopción, en el cual los progenitores poseen el carácter de parte, explicando de que modo se respetan los derechos de los padres biológicos.

Pone de manifiesto que tampoco se compromete el principio de imparcialidad, toda vez que no se está requiriendo una medida de tutela anticipada, que importe resolver sobre el fondo del asunto.

Critica la falta de valoración de la normativa legal y de los precedentes judiciales citados por su parte.

Indica que la solución propiciada es similar a la prevista en el art. 34 de la ley 2.561 y en su decreto reglamentario. Insiste en que en la jurisprudencia local existen dos casos en los cuales se designó, de forma excepcional, como familia de acogimiento a personas que estaban inscriptas en el R.U.A.

b) Los progenitores de los niños no contestan el traslado de la expresión de agravios.

II.- Ingresando al tratamiento del recurso de apelación de autos, y luego de un análisis minucioso de las constancias de la causa, no cabe sino otorgar razón a la recurrente.

El caso de autos involucra a cuatro niños –hermanos entre sí-, quienes actualmente cuentan con 8, 7, 5 y 3 años de edad, conforme datos de fs. 216.

La intervención del Poder Judicial en la vida de estos niños se inicia en enero del año 2014, como consecuencia de la detección de secuelas de mal trato físico en uno de ellos, circunstancia que permitió conocer la situación de grave vulneración de sus derechos a la que eran sometidos los hermanos por parte de sus progenitores.

A partir de este momento la vida de los hermanos ha tenido vaivenes que fueron desde el hogar familiar, al domicilio de la abuela materna, luego a una institución guardadora, para más adelante pasar al hogar de la abuela paterna, y volver finalmente a la institución guardadora, donde se encuentran actualmente. Todo ello en el término de un año.

Más allá de reconocer que todo ser humano puede cambiar, y tiene derecho a hacerlo, como también a que se le brinden posibilidades a tal fin, no surge de autos que este sea el caso de los progenitores biológicos de los niños. Ello, porque fueron estos padres quienes castigaron física y brutalmente a sus hijos pequeños, y si bien la madre pareciera no haber actuado con la saña del padre, de todos modos omitió proteger debidamente a su prole ante la agresión paterna, sin dejar de considerar que también infligió castigos físicos a los pequeños.

Cabe señalar que el informe de la médico forense infanto juvenil que revisara a la niña G. –episodio que dio origen a la intervención judicial-, con una edad cronológica de 23 meses, da cuenta que: “La progenitora no adjunta libreta sanitaria y tampoco recuerda los antecedentes personales y patológicos de la niña. Ni siquiera el peso de nacimiento. Controles sanitarios no realizados y vacunación incompleta… desde el punto de vista físico presenta características normales… con bajo peso para su edad cronológica… al examen de esta niña se constata un cuadro muy severo de maltrato físico, cuyas lesiones se detallan a continuación… Todas las lesiones descriptas tienen un tiempo de evolución diferente, lo cual indica que la niña es reiteradamente golpeada y por las características físicas de las lesiones, las mismas son producto de golpes contusos y manguerazos o cintazos.

El anexo fotográfico realizado es más que elocuente. Estamos hablando de un maltrato severo por lo cual se sugiere a la señora Defensora arbitrar los medios necesarios, con carácter urgente, para salvaguardar la vida de esta niña…" (fs. 8/9). Otorgo razón a la médica interviniente respecto a que las tomas fotográficas que acompañan su informe son por demás elocuentes respecto de la gravedad de la situación.

Surge también de las constancias de autos que este maltrato era extensivo a los restantes hermanos.

D., al ser entrevistado en sede de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, siendo el mayor de los hermanos, refiere las formas de la agresión física recibida por los niños: golpes de puño, chirlos, cachetadas, cinto y una manguera (fs. 14); agregándose luego posible abuso sexual respecto de Z. (fs. 147), e inmersión de la cara en un recipiente con agua (fs. 217).

Luego, consta en autos que el padre y la madre de los niños presentan conductas adictivas al consumo de alcohol y otras sustancias, de larga data y con deterioro cognitivo.

Los intentos de encontrar acogida para los niños en el ámbito de la familia extensa han fracasado. Ni la abuela materna ni la abuela paterna han sostenido la convivencia y el cuidado de los menores, declinando hacerse cargo de la crianza de sus nietos (fs. 55 vta. y 141, respectivamente).

A su vez, los profesionales que asisten a los niños en el ámbito de la institución en la que hoy se encuentran aconsejan –enfáticamente- brindar protección a los hermanos, garantizándoles un hogar adecuado y estable, en el que puedan desarrollarse de una manera armónica e integral; no sólo en su aspecto físico e intelectual, sino también emocional, espiritual y social (fs. 200).

En informe realizado en el mes de diciembre de 2015, los directivos de la institución guardadora hacen constar: "Ha transcurrido casi un año y aún persisten en los niños los síntomas de haber sufrido violencia, cuando se los trata de corregir o llamar la atención, a excepción de A. que es la menor, el primer gesto o ademán que realizan es agacharse, cubriéndose la cabeza con sus manos y brazos. G. hasta hace poco tiempo, diariamente cuando se le intentaba llamar la atención, antes de que se le dijera alguna palabra, ella parafraseaba "mama papa cha cha", acompañando la frase con el ademán respectivo. Z. comenta que sus castigos fueron cachetadas, tirones de pelo y orejas, golpes con cintos, mangueras y palos; y D. que asiente los relatos de su hermana, agregando que él recibía piñas y patadas, recordando un hecho en el que le pegaron una piña en la mesa, cayendo al piso y desde ahí su padre le daba patadas (hecho confirmado por su madre que fue espectadora de lo sucedido, en ocasión de la entrevista con nuestro equipo técnico)…" (fs. 248).

Y ahora se agrega la situación de D., informada a fs. 273, quién presenta un cuadro de depresión reactiva a su situación de institucionalización, el que ha ido agravándose y que se ha expresado en reiterados episodios de ira, impulsividad, auto y heteroagresiones, tanto en el contexto hogareño como escolar.

III.- No paso por alto que la legislación civil ha instituido un procedimiento para la adopción de personas menores de edad, que requiere como primer paso de la declaración en estado de adoptabilidad, para luego seleccionar del registro respectivo a las personas a quienes se les otorgará la guarda preadoptiva, y finalmente resolver la adopción; como así también que en este trámite debe otorgarse el derecho de defensa a los padres biológicos; y que existen diferencias conceptuales entre una familia de acogimiento y los pretensos adoptantes. Pero frente a ello está la situación real en la que se encuentran los niños de autos, y la manda convencional de otorgar prioridad, siempre y en todo caso, al interés superior del niño.

Esta tensión entre lo prescripto por la legislación vigente y el interés superior del niño, que indubitablemente reclama una protección urgente y efectiva de los niños de autos, requiere que se compatibilicen los derechos y, en su caso, se satisfaga de la mejor manera posible aquél interés superior.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: "queda desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia, si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar, pues no es posible prescindir del estudio de los antecedentes reunidos en la causa…" (autos "S., C. s/ adopción", 2/8/2005, LL 2006-B, pág. 348). En tanto que en autos "M., M.S. s/ guarda" (sentencia de fecha 27/5/2015, LL 2015-D, pág. 203), el Alto Tribunal Nacional hizo suyo el dictamen de la Procuración General, la que señaló que: "…la solución, lejos de hacer hincapié en lo que aparece como más favorable para la niña, la somete a una mueva situación de vulnerabilidad y de desamparo al resolver, en última instancia, que sea entregada a otra familia, padeciendo una nueva desvinculación y otro desarraigo… cada supuesto exige una respuesta personalizada, pues el mejor interés del niño no es un concepto abstracto, sino que tiene nombre y apellido, nacionalidad, residencia y circunstancias, y la solución propiciada no importa preterir la relevancia que adquieren las gestiones realizadas a fin de impedir la inobservancia de los requisitos legales, el tráfico de niños o las anomalías en la entrega de los menores en estado de adoptabilidad… configuró una solución desvinculada del marco de la causa pues, desde que todo cambio implica un trauma para la niña, debe demostrarse que no llevado a cabo le causaría un daño mayor o más grave y, en ese contexto, los tribunales deben ser

sumamente cautos cuando se trata de modificar situaciones…, evitando así el surgimiento de nuevos conflictos cuyas consecuencias resultan impredecibles…las resoluciones relativas a la modificación del estado del menor deben adoptarse previa ponderación exhaustiva de las derivaciones que las medidas podían provocar en su desarrollo integral, y no sobre la base de teorizaciones desarrolladas en abstracto".

Retomando la situación de los hermanos O.M., teniendo en cuenta los hechos vividos por ellos, los cambios operados en sus vidas en corto tiempo, y los informes de los profesionales que los asisten, entiendo que la medida solicitada por la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente es la más adecuada al interés superior de las personas menores de edad.

No se encuentra controvertido, sino que surge palmario del expediente, que estos niños han sido sometidos a condiciones de vida indignas, que han puesto en riesgo su integridad psicofísica, y que se requiere de la externación de los mismos de la institución en la que se encuentran alojados, a fin de no agravar aún más los perjuicios ocasionados por la conducta de los progenitores y de la familia extensa.

Y esa externación no resulta conveniente que se haga a través de una familia solidaria o de acogimiento, en tanto la permanencia en este grupo familiar es esencialmente transitoria.

Corresponde preguntarse hasta cuando vamos a hacer peregrinar a los niños de un lugar a otro, sin otorgarles la posibilidad de ser acogidos en un grupo familiar con visos de permanencia, donde se sientan seguros, contenidos y queridos. Adviértase que las mudanzas reiteradas de situación no sólo conllevan, para estas personas menores de edad, la sensación de inseguridad, sino también de rechazo, toda vez que sus abuelas no han querido hacerse cargo de ellos, con lo cual un eventual cambio de familia solidaria a grupo familiar de los pretensos adoptantes importaría la generación de nuevos sentimientos de inseguridad y rechazo, colocándolos, por ende, en una nueva situación de vulnerabilidad.

En definitiva, tengo la convicción que el interés superior de los menores de autos importa que la externación de los niños sea hacia una familia inscripta en el R.U.A., la que, en su momento y de corresponder, se convierta en la familia de adopción.

IV.- Ahora bien, ¿esta decisión que responde al interés superior del niño, se da de bruces con la ley vigente? Entiendo que no.

De acuerdo con el art. 607 del Código Civil y Comercial, el proceso de adopción comienza con la declaración del estado de adoptabilidad de la persona menor de edad.

Marisa Herrera sostiene que la declaración en estado de adoptabilidad es un proceso decisivo tendiente a indagar y resolver si un niño es pasible o no de ingresar a una familia a través de la figura de la adopción (cfr. aut. cit., "Tratado de Derecho de Familia", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. III, pág. 225).

En la situación de autos este proceso se encuentra iniciado respecto de los cuatro niños, por lo que no advierto inconveniente alguno en que, mientras se sustancie el trámite, los hermanos permanezcan al cuidado de una familia. Más aún, es lo que usualmente sucede en estos casos.

La discordia se presenta en torno a la familia receptora, ya que no sería como se dijo, una familia solidaria, sino una seleccionada del Registro de Adoptantes.

El decreto n° 36/2009, modificatorio de su par n° 1.438/2008 –reglamentario de la ley 2.561 que regula el trámite de la adopción a nivel provincial y crea el Registro Único de Adoptantes- establece que "En caso de tratarse de personas recién nacidas, niños, niñas o adolescentes que aún no hayan sido institucionalizados, de los cuales se desconociere el paradero de los progenitores y familia extensa, el juez podrá disponer la iniciación del trámite de guarda, a fin de evitar la institucionalización y/o permanencia del niño en el hospital, aclarando fehacientemente al pretenso adoptante, que el trámite previsto en el art. 24 de la ley 2.561 resulta imperativo.

"El/los pretensos adoptantes, tomarán la decisión de aceptar o no la guarda, luego de haber sido informados, debiendo dejarse constancia en el expediente.

En caso de que los que correspondan en orden de prelación rechacen la propuesta en virtud de la situación especial en la que se propone la guarda, se continuará con los siguientes.

"Si finalizada la instrucción de la investigación no hubiere sido posible ubicar a los padres del niño/a, el trámite de guarda preadoptiva continuará.

"En caso de que se lograra la ubicación y revinculación con los padres biológicos o la familia extensa, se dejará sin efecto la guarda otorgada y los pretensos adoptantes volverá a ocupar el lugar que tenían en el orden del listado".

La situación de autos se encuentra, entonces, contemplada en la norma reglamentaria, claro que para las personas menores de edad respecto de los cuales se desconoce el paradero de los padres biológicos y de la familia extensa.

Respecto de la familia extensa de los niños de autos, las abuelas han rechazado expresamente hacerse cargo de la crianza de sus nietos, desentendiéndose de su situación, ya que surge de los informes de la causa que ni siquiera hayan concurrido a visitarlos en

la institución donde se encuentran alojados.

La diferencia, entonces, con la situación que contempla la norma reglamentaria es que aquí conocemos que existen los padres biológicos. Respecto de la madre se conoce el domicilio y ha comparecido al trámite de declaración del estado de adoptabilidad, al igual que en autos (aunque tampoco ha mantenido relación con sus hijos a partir de su institucionalización); con relación al padre, no puede ser ubicado.

En cuanto al recaudo de no estar aún institucionalizados, en el caso bajo estudio se requiere de la urgente externación de los menores.

Siguiendo la doctrina de la Corte Nacional, y dada la excepcionalidad de la situación de los niños de autos, entiendo que puede hacerse extensiva la solución que brinda el decreto reglamentario a aquellos.

No ignoro que la autora citada (Marisa Herrera) cuestiona la actual redacción del art. 4 del decreto n° 1.438/2008 considerando que no resulta compatible con los principios y télesis de la adopción en el contexto legal vigente (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 242).

Sin embargo, me permito disentir con esa opinión. Si bien en abstracto y en forma general, el procedimiento reglamentario podría contradecir el fin perseguido por el Código Civil y Comercial, ya que es cierto que forja lazos afectivos entre el niño y quienes pretenden adoptar antes de que el primero se encuentre en estado de ser adoptado, no puede perderse de vista que debiendo resolver problemas esencialmente humanos, como siempre sucede en cuestiones de familia y personas menores de edad, lo primordial es el bienestar de estas últimas, por lo que los prejuicios conceptuales deben ceder a fin de concretar el interés superior del niño en el caso particular.

En autos se requiere de este trámite para posibilitar la externación más adecuada de cuatro niños con una historia de vida que, hasta hoy, no es la que debieron haber transitado; y que como consecuencia de ello, sufren; sufrimiento que, además y para D., se ha convertido en un trastorno psíquico.

Luego, disiento con la jueza de grado, ya que no encuentro que pueda aplicarse al sub lite la disposición del Acuerdo n° 5.227, Punto 7 del Tribunal Superior de Justicia, toda vez que refiere a un supuesto distinto, cuál es la inscripción de personas en el R.U.A. y lo que quiere evitar es que la institución de las familias de acogimiento se utilice para saltear el orden de prelación del registro, lo que no sucederá con la medida a adoptar, que conlleva el respeto a dicho orden.

V.- Por lo dicho, propongo al Acuerdo hacer lugar al recurso de apelación de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente, y revocar el decisorio apelado, disponiendo que la externación de los niños de autos se lleve a cabo, en forma excepcional, mediante el procedimiento previsto en el art. 4 del decreto n° 1.438/2008, reglamentario de la ley 2.561.

Sin costas en la Alzada, en atención que en autos la intervención letrada es de funcionarios del Poder Judicial.

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 el decisorio de fs. 296/297, disponiendo que la externación de los niños de autos se lleve a cabo, en forma excepcional, mediante el procedimiento previsto en el art. 4 del decreto n° 1.438/2008, reglamentario de la ley 2.561.

II.- Sin costas en la Alzada, en atención que en autos la intervención letrada es de funcionarios del Poder Judicial.

III.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"AFIP-DGI S/ VERIFICACION TARDIA E/A TRAUCO S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala II – (Expte.: 63439/2016) – Interlocutoria: 133/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO CIVIL Y COMERCIAL: Concurso y quiebras.

VERIFICACION DE CREDITOS. AFIP.

[...] resulta procedente la verificación de un crédito o multa fiscal si es de causa anterior al concurso del contribuyente, aunque el acto administrativo que lo impone o determina sea posterior.

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de Abril del año 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "AFIP-DGI S/ VERIFICACION TARDIA E/A TRAUCO S.R.L. S/ CONCURSO PREVENTIVO", (JNQCI6 INC Nº 63439/2016), venidos a esta Sala II integrada por los Dres. Federico GIGENA BASOMBRIO y Patricia CLERICI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela ROSALES y,

CONSIDERANDO:

I.- La concursada apela la resolución de fs. 84/86 mediante la que se admite el ingreso al pasivo concursal de $17.542,99 en concepto de una multa RG 1566, como crédito quirografario.

Señala que la multa fue impuesta luego de que operara la presentación en concurso preventivo, por lo cual, ya se encontraba padeciendo los efectos propios del estado de cesación de pagos y mal pudo ser sujeto de tal sanción.

Corrido el pertinente traslado, a fs. 94/96 es contestado por el apoderado de la actora.

A fs. 101 se expide la sindicatura interviniente.

II.- Ingresando al tratamiento de los agravios que hemos sintetizado, preliminarmente señalamos que el fisco, más allá de la presunción de legitimidad que cuentan los certificados que emite, debe demostrar la veracidad de su crédito a la hora de insinuarlos o verificarlos tardíamente, en un pie de igualdad con los restantes acreedores.

Es así que, tratándose de multas por impuestos, deberá acompañar las resoluciones administrativas que las aplicaron pasadas en autoridad de cosa juzgada, y si se tratara de determinaciones de oficio de impuestos, deberá acreditar que el plazo para impugnar feneció o de existir recurso de reconsideración debe encontrarse resuelto.

No obstante ello, el problema que se presenta es en aquellos casos, como el presente, en que multas de causa anterior al concurso preventivo del contribuyente, son impuestas y determinadas con posterioridad al mismo.

Sobre el tema, y con criterio que compartimos, Aída Kemelmajer de Carlucci señaló que: "... desde el punto de vista lingüístico debe tenerse en consideración que la cópula "o" de la expresión "causa o título" puede importar opción excluyente o acumulativa. Si se la interpreta como excluyente, causa o título serían sinónimos y el legislador habría usado ambos vocablos en un exceso verborrágico. Si se la interpreta como opción acumulativa, causa o título son dos vocablos diferentes que aluden a dos conceptos diferentes; título es el instrumento del cual surge el crédito en las obligaciones formales; pero como todas las obligaciones no son formales ni se prueban con instrumentos preexistentes, la palabra causa se refiere a los hechos que dan origen al crédito. En el sub lite, si bien el título de la obligación fiscal es la resolución administrativa que impone la multa, la causa de la obligación se remonta al pasado, a la omisión en la que incurrió el concursado de ingresar el impuesto, lo que generó la multa. En el caso, la causa, entonces, es anterior al concurso y está configurada por el ilícito del incumplimiento de ingresar el impuesto fiscal. Ésta es la interpretación que responde a los principios concursales; de otro modo, un acreedor podría mudar su condición de concursal y pasar a ser postconcursal por su solo arbitrio (retardando la resolución, las multas serían postconcursales); ello resulta repugnante al criterio de la igualdad de los acreedores. La distinción entre resoluciones constitutivas y declarativas es aplicable a las sentencias judiciales y no a las resoluciones administrativas. Tampoco tiene importancia la diferencia entre impuesto y multa, conceptos que funcionan independientemente: la norma concursal tiene amplitud suficiente para comprender al impuesto (concepto de título) y a la multa (concepto de causa)..." (SCJ Mendoza, Sala 1, 04-05-98. "Bodegas y Viñedos La Vid SRL s/ concurso preventivo s/ inc. verif. D.G. de Rentas". JA 1999-I-113.)

Bajo estos lineamientos, resulta procedente la verificación de un crédito o multa fiscal si es de causa anterior al concurso del contribuyente, aunque el acto administrativo que lo impone o determina sea posterior.

Asimismo, ese es el criterio adoptado por la Corte Suprema en autos "Cosimatti, Gregorio s/ Con. Prev." (publicado en Lexis Nexis 04_310v1t119), y mediante el que señaló que conforme "... lo dispuesto por el art. 22 de la ley 19.551 que, en casos como el presente, sólo debe ser entendido con el alcance de impedir que se realicen procesos de ejecución fuera del concurso, pero no el

de vedar al organismo competente la determinación de obligaciones tributarias anteriores a la fecha de iniciación de aquél ni la de las sanciones pecuniarias que se vinculen con ellas. Que, al ser ello así, la prescripción en la que la Cámara sustenta lo decidido, no autoriza a reemplazar el procedimiento de impugnación específicamente previsto, ni a suplir la inactividad de los responsables en la forma y plazo establecido por la ley de la materia, con el consecuente detrimento de la competencia de la justicia nacional a la que se le ha acordado el conocimiento exclusivo de los litigios en torno a la procedencia de tributos y sanciones como las que son objeto de esta causa (considerando 3° del fallo dictado con fecha 30 de septiembre de 1986 en la competencia n° 649. XX. "Hilandería Luján S.A. s/apelación"; sentencia del 31 de marzo de 1987 en los autos D.437.XX. "Dirección General Impositiva s/incidente de verificación de crédito en autos 'Casa Marroquín S.R.L. s/concurso preventivo')".

En sentido coincidente también se ha expresado la Sala I, en la causa "A.F.I.P C/ EL ALJIBE SRL S/ INCIDENTE DE VERIFICACIÓN TARDÍA" (INC Nº 43323/2015, resolutorio de fecha 1 de diciembre del año 2016), mediante el que se incluyó en la verificación del crédito una Multa Sumario Nro. DRNSM/378/2014 por la suma de $6.266,67, de semejantes características.

Por lo expuesto, y encontrándose configurados los extremos del caso para conceptualizar la multa reclamada como preconcursal, corresponde su insinuación en este proceso universal.

III.- Consecuentemente, rechazaremos el recurso de apelación interpuesto por la concursada, y en consecuencia, confirmaremos la resolución de fs. 84/86, en cuanto admitió el de crédito insinuado por la AFIP en concepto de multa multa por mora art. 5° RG 1566 de fecha 17/3/2016, por la suma de $17.542,99.

Las costas de Alzada se impondrán a la concursada, en su calidad de vencida (art. 68, 69; CPCy).

Los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia se regularán en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fijaron para cada uno de ellos (art. 15, ley 1594).

Por lo expuesto, esta Sala II

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución de fs. 84/86, en todo lo que ha sido materia de agravios.

II.- Imponer las costas de Alzada a la concursada, en su calidad de vencida (art. 68, 69; CPCy).

III.- Regular los honorarios de los profesionales intervinientes en esta instancia en el 30% de la suma que, por igual concepto y por su actuación en la instancia de grado, se fijaron para cada uno de ellos (art. 15, ley 1594).

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, 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

"JIMENEZ HECTOR DANIEL C/ BONATO ROLANDO JAVIER Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 419019/2010) – Sentencia: 52/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS

CCIDENTE DE TRANSITO. CULPA DE LA VICTIMA. MOTOCICLISTA.

Corresponde rechazar la demanda por daños y perjuicios por el accidente sufrido por un motociclista que colisionó con un automóvil, dado que se ha logrado acreditar que quién invadió el carril por el que circulaba el conductor del Renault 12, ha sido la propia víctima, es decir el conductor del rodado menor.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "JIMENEZ HECTOR DANIEL C/ BONATO ROLANDO JAVIER Y OTRO S/ D. Y P. POR USO AUTOM. C/ LESION O MUERTE" (EXP Nº 419019/2010) venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO CIVIL, COMERCIAL Y DE MINERIA NRO. 4 a esta Sala III integrada por los Dres. Fernando M. GHISINI y Marcelo Juan MEDORI, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Audelina TORREZ, y de acuerdo al orden de votación sorteado el Dr. Ghisini dijo:

I.- La sentencia definitiva de primera instancia que luce a fs. 223/230, rechazó la demanda promovida por el Sr. Héctor Daniel Jiménez, le impuso las costas del juicio y reguló los honorarios de los profesionales intervinientes.

Para así hacerlo, la magistrada consideró que está probada la eximente de responsabilidad alegada por la parte demandada, pues el actor fue quien invadió la mano de circulación del Renault 12 conducido por el señor Rolando Bonato.

Contra dicho pronunciamiento apela el accionante a fs. 235, y expresa agravios a fs. 253/257 vta., cuyo traslado fue respondido por la contraria a fs. 260/264, solicitando su rechazo con costas.

II.- En su expresión de agravios sostiene que si bien la sentencia encuadró normativamente el análisis del caso en la órbita de la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa previsto en el art. 1113 2 P., 2° p. del Código Civil, no se aplicó en su correcta dimensión los alcances de la presunción de responsabilidad establecida en la norma.

Aduce, que las eximentes de responsabilidad deben ser acreditadas en forma concluyente y categórica por quién las invoca.

Afirma, que la a-quo debió analizar la prueba indagando si la demandada había logrado acreditar la culpa de la víctima en los términos alegados, concretamente debió ahondar en las constancias de autos preguntándose si había logrado demostrar cabalmente que: a) el actor circulara en estado de ebriedad; b) a alta velocidad; c) sin licencia de conducir; y d) que hubiera invadido la mano contraria.

Sostiene, que los primeros tres planteos han quedado desvirtuados categóricamente por la prueba producida en la causa penal, y que la mayor controversia versa sobre el lugar por el cual circulaba cada vehículo en momentos inmediatamente anteriores a la producción de la colisión.

Refiere, que de la declaración testimonial del Sr. Carlos Oscar Jauge (fs. 51 del expediente penal), surge que la motocicleta circulaba por su carril y al tomar la curva se vio sorprendida por la presencia del automóvil que iba por el centro de la calzada, por lo que atinó a maniobrar hacia la izquierda –sur de la calle Abraham- sin poder evitar el impacto con la parte frontal derecha del Renault 12.

Menciona, que según dicha declaración testimonial y la brindada por el Sr. Miguel Segundo Ghisolfo Medina; ambos son contestes en el hecho que la motocicleta tuvo que intentar una acción evasiva hacia la izquierda para evitar –sin éxito- la colisión con el automotor. Agrega que tal maniobra explica el punto de impacto y la posición final de la motocicleta, fijados por la prevención policial.

Argumenta, que una valoración integral y circunstanciada de toda la prueba colectada permite afirmar la inexistencia de culpa de la víctima, para eximir al demandado de su responsabilidad en la producción del accidente. Considera, que la a quo ha realizado una valoración arbitraria y parcial de la prueba y una incorrecta interpretación de los arts. 1111 y 1113 del Cód. Civil.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, considero que en función de la prueba colectada en esta causa, como la que obra en el expediente penal que por cuerda se encuentra apiolado a los presentes, el demandado ha logrado demostrar una de las eximentes de responsabilidad, a saber, la "culpa de la víctima" consagrada en el art. 1113, 2do. apartado del Código Civil, de modo que adelanto desde ya, que propiciare la confirmación de la sentencia de grado.

En efecto: más allá del esfuerzo argumentativo expresado por el apelante en el medio de impugnación presentado, para tratar de demostrar que los hechos ocurrieron como señala en su demanda a los fines de fundar la responsabilidad del accionado, a poco de analizar los elementos probatorios obrantes en ésta causa y en la penal, advierto que no se ha logrado acreditar que el demandado haya sido el que invadió el carril contrario por el que venía circulando el demandado, sino todo lo contrario, se ha logrado acreditar que quién invadió el carril por el que circulaba el conductor del Renault 12, ha sido la propia víctima, es decir el conductor del rodado menor.

Para llegar a tal conclusión, basta con analizar las dos pericias mecánicas realizadas, una en la causa penal (fs. 67/68) y otra en los presentes (fs. 133/139) y su explicación (fs. 145).

Así, en el expediente penal, el perito accidentológico, luego de describir los elementos con que contaba para confeccionar su pericia, individualizar a las personas y vehículos involucrados, en relación a la dinámica del accidente expresó: "El incidente se produjo cuando el automóvil Renault 12, dominio SER-493, conducido por el ciudadano BONATO, ROLANDO JAVIER, circulaba

por la calle Dr. Abraham en dirección Oeste, y después de haber pasado la intersección con calle Juan Soufal, por razones que escapan a la objetividad del presente informe, la motocicleta marca Honda modelo Store, conducida por el ciudadano GIMENEZ DANIEL, que circulaba en la misma arteria pero en dirección contraria, invadió el carril por el que circulaba el Renault 12 impactándolo en su parte angular derecha, con el lateral derecho de la motocicleta, quién a fin de evitar el impacto frontal, realizó una maniobra de esquive a la izquierda...".

Además puntualizó: "El incidente se produjo por falla del Factor Humano, en este caso del conductor de la motocicleta, quién invade el carril contrario y obstruye el lícito avance del automóvil Renault 12...".

Por su parte, del dictamen pericial mecánico obrante en autos, en relación a la mecánica del accidente, surge: "Por todo lo puntualizado y teniendo en cuenta la ubicación de los daños de cada uno de los vehículos incriminados, debe considerarse "físicamente", como "UNA COLISIÓN SIMULTANEA" ya que ambas unidades colisionan frontalmente; teniendo significativa relevancia la ubicación geográfica del lugar del impacto dentro del carril Norte, lo cual implica que la motocicleta ha ingresado al carril contrario lo que la convierte en agente obstructor del automóvil...".

De los precitados informes se extrae como conclusión que quién precisamente invadió el carril contrario a su circulación es el conductor de la motocicleta y no el demandado, quien tripulaba el rodado Renault 12, como se expresa en la demanda.

A idéntica consideración se arriba si se observa el croquis policial obrante a fs. 2 del expediente penal, en donde se indica la posición de los rodados luego del impacto.

Si bien, el apelante en un conmensurado esfuerzo pretende justificar que la maniobra del motociclista se debió a que el automóvil invadió su mano de circulación, obligándolo ha efectuar una maniobra de esquive hacia su izquierda, ello no guarda correlación con la posición final de ambos vehículos tal como se indica en el croquis policial (v. fs. 2) y las pericias mecánico accidentológicas mencionadas recientemente.

Por otra parte, ni siquiera tomando en cuenta el testimonio del Sr. Carlos Oscar Jauje (fs. 51 del expediente penal), se puede llegar a la conclusión que pretende el recurrente, toda vez que sus dichos respecto a que el actor se vio sorprendido por el automóvil que circulaba por el medio de la calzada por lo que tuvo que maniobrar hacia la izquierda, resulta difícil entender ya que el primero debería haber realizado la maniobra de esquive haciendo un viraje a la derecha, y no a hacia su izquierda como lo hizo, para no trasponerse en la trayectoria del Renault 12.

A idéntica conclusión arribo en lo que respecta a la declaración del Sr. Miguel Segundo Ghisolfo Medina, en cuanto refiere a la acción evasiva que tuvo que realizar el demandante.

A su vez, cabe tener en cuenta las conclusiones que sobre los hechos endilgados ha arribado el Juez penal en su resolución de fs. 69/70. Allí el magistrado sostuvo: "Que habiéndose evaluado los elementos probatorios colectados, también ha de tenerse en cuenta el informe accidentológico confeccionado por el Comisario Miguel Ángel Contreras del cual surge un dato relevante a tener en cuenta al momento de resolver: según surge del punto d- "en este caso en particular, uno de los protagonistas OBSTRUYO el lícito avance del carril contrario a su dirección de avance y obstruyó la circulación del Renault 12. En el punto e) dicho perito señala que la norma infringida por el motociclista es el art. 39, inc. b. último apartado de la Ley Nacional de Tránsito."

Y también que: "Analizadas y valoradas que fueran las presentes actuaciones, entiendo que de las constancias glosadas surge que la negligencia de la propia víctima lo hace exclusivo responsable del accidente y de sus consecuencias.

Estas circunstancias están acreditadas en autos y no permiten inferir una responsabilidad en el hecho por parte del conductor –Rolando Javier Bonato- del Renault 12, quien transitaba despacio y por su mano por la calle Abraham hacia el Oeste, cuando su avance es obstruido por el motociclista quien transitando por la misma arteria y en sentido contrario, invadió su carril y al percatarse de su presencia, realizó una maniobra de esquive hacia su izquierda, lo que no impidió que igualmente colisionara contra el guardabarros delantero derecho del automóvil para luego caer sobre la cinta asfáltica, ocasionándose así las lesiones certificadas en el legajo, por ello no surgiría conducta antirreglamentaria, indebida o reprochable por parte de Bonato, por lo que cabe descartar todo nexo de antijuridicidad entre la conducta desarrollada por éste y el evento dañoso..."

De más está decir que comparto plenamente la conclusión a la que se arriba en la anterior instancia, en cuanto a que si la colisión ocurrió en la mano de circulación del Renault 12 y ahí en ese mismo lugar quedaron el auto y la moto, no es posible afirmar que el primero se cruzó de carril ya que de haber ocurrido eso, la posición final no habría sido en la que quedaron ambos rodados luego del impacto.

IV.- Todas estas consideraciones, junto al claro análisis que efectúa la jueza de primera instancia en su sentencia, resulta a mi entender suficiente para- como ya lo adelantara, confirmar la sentencia de grado en todo lo que ha sido motivo de recurso y agravios. Con costas a cargo del actor, atento a su carácter de vencido (art. 68 del CPCyC), debiendo regularse los honorarios de Alzada 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 la sentencia dictada a fs. 223/230, en todo lo que fuera materia de recurso y agravios.

2.- Imponer las costas de Alzada al actor en su calidad de vencido (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

"I.P.V.U. C/ BIASSI ANGUEL MARTÍN Y OTRO S/ APREMIO" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 515081/2014) – Sentencia: 53/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO PROCESAL: Procesos de ejecución.

APREMIO. EXCEPCION DE PAGO. REFINANCIACION DE DEUDA. PAGOS POSTERIORES AL VENCIMIENTO DE LA OBLIGACION. PAGOS ANTERIORES AL MANDAMIENTO DE INTIMACION. PAGOS PARCIALES. INTERESES. PLANILLA DE LIQUIDACION.

Corresponde revocar la sentencia que rechaza la ejecución en función de acoger favorablemente la excepción de pago total documentado interpuesta por la demandada, toda vez que conforme se desprende de las propias chequeras de pago acompañadas por la demandada, (…), los depósitos bancarios correspondientes al plan de refinanciación acordado entre las partes, fueron efectuados con posterioridad a su vencimiento –el demandado los realizó con posterioridad al inicio de la demanda pero con anterioridad al mandamiento de intimación de pago y embargo-, por lo que tal circunstancia, teniendo en cuenta la modalidad de pago acordada entre las partes (deposito bancario) no permite interpretar que en función de lo dispuesto por el art. 624 del Código Civil, el acreedor haya aceptado el pago de capital sin reserva de intereses. Consiguientemente, deberá el actor practicar la correspondiente planilla de liquidación a los fines de la determinación del importe por el que procederá la presente ejecución.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de abril de 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "I.P.V.U. C/ BIASSI ANGUEL MARTÍN Y OTRO S/ APREMIO" (Expte. Nº 515.081/2014) venidos en apelación del JUZGADO DE JUICIOS EJECUTIVOS N° 2, 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.- Vienen estos autos a estudio del cuerpo en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 39 por la parte actora, contra la sentencia de trance y remate que luce a fs. 34/35, que rechaza la ejecución en función de acoger favorablemente la excepción de pago total documentado interpuesta por la demandada, con costas.

II.- En su memorial de fs. 41/43 vta, la actora manifiesta que le causa agravios que la jueza de grado considere extinguida la deuda, a pesar de que la misma fue abonada fuera de término por la demandada, con posterioridad al inicio de la presente acción y con anterioridad a diligenciar el mandamiento de intimación de pago y embargo.

Señala, que la deuda reclamada consiste en las cuotas 3-5 y 6 impagas del plan de refinanciación, no habiendo sido abonadas al momento de la emisión de la boleta de deuda e interposición de la demanda.

Entiende, que al haberse abonado las chequeras emitidas para efectuar el pago, con posterioridad a su fecha de vencimiento, el demandado debe sus respectivos intereses, por lo que el pago no ha sido total.

Considera, que a la fecha de la interposición de la demanda la deuda existía, siendo ello motivo suficiente para el inicio de las presentes actuaciones.

Sostiene, que si bien su parte reconoció los pagos realizados por la demandada, los mismos resultan ser parciales, ya que aún se adeudan los intereses devengados por las cuotas abonadas fuera de término.

Afirma, que la a quo debió en todo caso hacer lugar a la excepción de pago parcial y continuar la ejecución en relación a los intereses devengados.

A fs. 44 se ordenó correr traslado del recurso y vencido el plazo no fue contestado por la contraria.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión planteada, observo que en autos (fs. 6/7) la actora reclama la suma de $9.207,80- adeudados al 31/10/2013- en concepto de capital, con más sus respectivos intereses.

Por su parte, la demandada a fs. 18/19 interpone excepción de pago total, adjuntando como prueba documental las boletas cuyas copias se encuentran glosadas a fs. 10/17.

De conformidad con la sentencia, si bien la demandada con anterioridad al inicio de la demanda, el día 07 de mayo de 2014, abonó la cuota Nro. 3 (cuyo vencimiento operaba el 15/07/2013) y el día 7 de julio de 2014, las cuotas nros. 5 y 6 (cuyos vencimientos eran respectivamente el 15 de septiembre y 15 de octubre del 2013), es decir, con posterioridad al inicio de la demanda pero con anterioridad al mandamiento de intimación de pago y embargo, considero ello, en el presente caso, resulta insuficiente para fundar la procedencia de la excepción de pago total.

En efecto: conforme se desprende de las propias chequeras de pago acompañadas por la demandada, a la que hice referencia en el párrafo anterior, los depósitos bancarios correspondientes al plan de refinanciación acordado entre las partes, fueron efectuados con posterioridad a su vencimiento, por lo que tal circunstancia, teniendo en cuenta la modalidad de pago acordada entre las partes (deposito bancario) no permite interpretar que en función de lo dispuesto por el art. 624 del Código Civil, el acreedor haya aceptado el pago de capital sin reserva de intereses.

Ello así, porque, en primer lugar, el pago no se ha efectuado de manera directa al acreedor, por lo que éste difícilmente pueda emitir recibo de pago reservándose el derecho de reclamar intereses. En segundo lugar, la existencia de mora en el pago de las cuotas del convenio de refinanciación surge de manera evidente al confrontar la fecha de vencimiento de las cuotas con la fecha en que se fueron efectuando los depósitos por parte del deudor (conforme detallé párrafos más arriba). En tercer lugar, en la propia demanda el actor reclamó capital más intereses, por lo que la renuncia a su percepción no se puede presumir.

Todos estos motivos me permiten concluir que, sin perjuicio de la procedencia de la excepción de pago parcial interpuesta por el deudor en función de las chequeras de pago adjuntadas, no corresponde acoger el pago total en la forma dispuesta en la sentencia de grado, debiendo el actor practicar la correspondiente planilla de liquidación a los fines de la determinación del importe por el que procederá la presente ejecución.

IV.- Por las razones expuestas, y en atención a los términos en que se planteó el recurso, propicio hacer lugar a la apelación articulada por la parte actora, y en consecuencia revocar el pronunciamiento de grado en cuanto hace lugar a la excepción de pago total, haciéndose lugar a la excepción de pago parcial, debiéndose a tal fin practicarse planilla de liquidación a los fines de determinar el monto de sentencia, teniendo para ello en cuenta los importes y las fechas de los depósitos efectuados por el demandado, conforme documentación obrante a fs. 10 a 18. En función de la forma en que se resuelve, las costas de ambas instancias se impondrán por su orden, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

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. 34/35, en cuanto acoge la excepción de pago total, y en consecuencia, hacer lugar a la excepción de pago parcial, debiéndose a tal fin practicarse planilla de liquidación a los fines de determinar el monto de sentencia, teniendo para ello en cuenta los importes y las fechas de los depósitos efectuados por el demandado, conforme documentación obrante a fs. 10 a 18, de conformidad a lo explicitado en los considerandos respectivos que integran este pronunciamiento.

2.- Imponer las costas de ambas instancias por su orden (art. 71 C.P.C.C.).

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

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 846/2015) – Sentencia: 54/17 – Fecha: 11/04/2017

DERECHO DE FAMILIA: Adopción.

ESTADO DE ADOPTABILIDAD. MENOR EN SITUACION DE VULNERABILIDAD. NOTIFICACION A LA PROGENITORA. NOTIFICACION EN EXTRAÑA JURISDICCION. NULIDAD DE LA NOTIFICACION.

1.- Corresponde decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del llamamiento de autos para resolver la adoptabilidad de la niña M., comprensivo de la sentencia que así lo decreta, y ordenar que se cumpla una nueva notificación a la madre a los fines de que tome intervención en los presentes. Ello es así, pues los antecedentes obrantes en el proceso, resulta que el último domicilio declarado por la propia Sra. V. C. I. surge de la autorización para viajar otorgada al padre (…) es el la Ciudad y Partido de Quilmes (...), donde se intentó realizar sin éxito la notificación para integrarla a este proceso (…). Por lo tanto, conforme la previsión del art. 145 del CPCyC es en torno a dicho domicilio que se debieron -y se deberán- cumplir los actos dirigidos a acreditar la realización sin éxito de gestiones “tendiente a conocer el domicilio de la persona a quien se debe notificar”, y no menos que, siguiendo lo regulado en el siguiente art. 146, la publicación de edictos a concretar “en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio citado, si fuere conocido”, en el caso, de Quilmes Provincia de Buenos Aires.

2.- Que con fines ordenatorios, procede disponer que previo a la publicación de edictos para citar a la progenitora a que tome intervención en los presentes dentro de los 10 días –que, en su caso, se extenderán en razón de la distancia- bajo los mismos recaudos y apercibimientos fijados en el despacho de fecha 02.06.2015 (fs. 34), se deberá requerir a la Secretaría Electoral

Nacional informe el último domicilio que tenga registrado, y para el supuestos de verse fracasada la notificación que se le dirija a aquel, será dicho lugar el que defina el diario de mayor circulación en que se publicará el llamamiento, además del Boletín Oficial que corresponda.

Texto completo:

NEUQUEN, 11 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "DEFENSORIA DE LOS DERECHOS DEL NIÑO S/ INCIDENTE DE DECLARACION DE ADOPTABILIDAD E/A G. C. M. S/ PROTECCION DE DERECHOS DE NIÑO Y ADOLESCENTES EXPTE. 68486/14", (Expte. INC Nº 846/2015), 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, de acuerdo al orden de votación sorteado, el Dr. Medori, dijo:

I.- Que a fs. 100 se presenta la Defensora Pública a cargo de la Defensoría Civil Nro. 8, representando a la Sra. V. I. C. en ejercicio del Ministerio Público de Ausentes, plantea recurso de apelación contra la resolución dictada con fecha 19 de septiembre de 2016 obrante a fs. 90/92 atento que la misma –según dice-, adolece de nulidad absoluta causando gravamen irreparable.

Invoca que la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente Nro. 1 inició el pedido de declaración de situación de vulnerabilidad de la menor M. G. C. en base a los dichos expuestos por el progenitor, quien refirió que la pequeña le fue entregada por su representada en Quilmes, Provincia de Buenos Aires. Y que a tal fin, se acompañó informes técnicos como prueba documental y, un permiso de autorización para viajar hasta la mayoría de edad de la hija otorgada por su representada a favor del padre, que no hace presumir la entrega de la niña a los fines de renunciar a su crianza.

Manifiesta que de la acción, se ordenó dar traslado a "las partes", es decir al Sr. F. G. y a la Sra. C. I.; que habiéndose librado cédulas de notificación con un resultado negativo de la ultima, se ordenó publicación de edictos en fecha 30/12/15 (conf. fs. 52/53).

Destaca que a fs. 43 se agregó el acta de nacimiento de la niña en la cual consta el domicilio de los padres al momento de la inscripción, lugar donde pudo haberse intentado notificar a la progenitora antes de proceder a hacerlo por edictos.

Denuncia que al ordenar la publicación de edictos, se lo efectuaron conforme las previsiones de los arts. 145, 146 y 147 del C.P.C. y C. pero ello no fue cumplido en autos, toda vez que, el art. 145 establece la obligación de justificarse previamente y en forma sumaria, que se han realizado sin éxito gestiones tendientes a conocer el domicilio de la persona siendo que sólo se diligenció una cédula de notificación con resultado negativo y ello no amerita la publicación de edictos dispuesta.

Dice que llama la atención el dictamen fiscal de fs. 87/88, en el cual se diferencia la actuación del progenitor de mi representada pero nada se advierte en relación a su derecho de defensa y falta de representación en el proceso; afirmando que el fiscal no advirtió la eventual nulidad en la que incurriría indefectiblemente la resolución a dictarse por la falta de representación de una de las partes en el proceso, en el caso particular la progenitora de la menor.

Argumenta que, declarada la situación de adoptabilidad de la niña M., un día después se advierte en ese momento que a la madre no se le había otorgado la debida participación; y configurándose la causal de nulidad del resolutorio, se lo intenta sanear con una la vista al Defensor en turno. Y así, se ordenó la vista al Ministerio Público de la Defensa en virtud de lo normado por el art. 343 C.P.C. y C. pero sin cumplir con dicha norma, por cuanto la figura del defensor de ausentes tiene como finalidad representar al ausente "durante" el proceso y no luego de su finalización.

Enfatiza que se han vulnerado todos los derechos de su representada durante el proceso, dado que las gestiones para ubicar a la Sra. C. nunca se hicieron, sólo se envió una cédula de notificación y con resultado negativo; siendo ello suficiente para dejar a la madre de la niña fuera del proceso de declaración de adoptabilidad teniéndose por cierto una simple manifestación del Sr. F. en punto a que la abandonó y se la entrego al padre sin que esto pudiera acreditarse.

Pondera que en el caso, el derecho de defensa de la madre y la garantía constitucional del debido proceso pueden entenderse como en colisión con el interés superior del niño y su derecho a vivir en una familia, pero no es así, ya que el derecho de la hija en este particular no desaparece como si lo hace el derecho de la primera a ser parte en el proceso que declara la adoptabilidad.

También menciona que el principio de igualdad ante la ley ha sido vulnerado porque se le ha dado un trato diferenciado a los progenitores dándole la oportunidad al padre de participar prestando su consentimiento, y negándole la misma oportunidad a la madre.

Concluye que la resolución atacada fue dictada prescindiéndose de la participación de la progenitora de la niña y en esas

condiciones, como acto jurisdiccional no puede ser válidamente admitido por cuanto no se dio cumplimiento con los requisitos legales; afirmado que la ineficacia opera de manera automática sin que sea posible que desaparezca, por el consentimiento posterior de su representada o del Ministerio. Atento ello, solicita se revoque la resolución cuestionada y declare su nulidad.

II.- Ordenado el traslado de los agravios, no es contestado (cfr. fs. 111).

III.- Conferida la vista del Ministerio Público Fiscal propicia la confirmación del estado de abandono y adoptabilidad de la niña lo antes posible en consideración a que la señora C. V. ha sido notificada mediante edictos y que si bien es cierto que no ha tenido intervención alguna en estos años, se infiere que tampoco ha tenido ningún interés en participar de la crianza o al menos el destino de su hija. Por ello propicia confirmar el estado de abandono y adoptabilidad de la niña lo antes posible dado que "…nos encontramos frente a una niña desamparada que ha vivido durante sus escasos 4 años, escollos de variada índole en su camino. Es nuestro deber evitar que estos obstáculos provengan justamente de nuestro sistema judicial y abstenernos de revictimizar a quien ya ha sufrido tanto desamparo" (cfr. fs. 120 y vta.)

IV.- Ingresando al análisis de la cuestión traída a entendimiento resulta que, la decisión en crisis resolvió disponer la declaración de situación de adoptabilidad de M. G. C., D.N.I. N° ..., nacida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires el día 18 de febrero de 2012, hija de F. G. P. y de V. C. I..

Para así decidir, tuvo en consideración la presentación efectuada por la Defensora de los derechos del niño, en los términos previstos por el artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención a que el día 26 de diciembre de 2014 la niña fue llevada por su padre a consulta médica por presentar una erupción cutánea. Allí entonces la médica interviniente, advierte múltiples lesiones a nivel cabeza y cuello, a nivel miembro superior izquierdo, a nivel miembro superior derecho, lesiones en miembros inferiores y hematomas en pubis, lo cual genera sospecha de maltrato infantil y decide su hospitalización.

Frente a ello, es requerida medida de protección a fin de que la niña permanezca en el hospital, se dio intervención al Ministerio de Desarrollo Social, ingresando la niña al Hogar de la Misericordia.

Asimismo juzgó el A quo, que en una de las visitas a la niña en dicho Hogar (de las cuatro que realizó en total) el progenitor manifestó su deseo de que la niña permanezca institucionalizada hasta los diez años, por no contar con una persona que lo ayude a criarla y, que asesorado jurídicamente sobre la cuestión, prestó su conformidad con una adopción simple para que el día de mañana M. pueda elegir con quien vivir.

Y, también valoró que en la entrevista mantenida con M., la pequeña refirió que concurrió con "…su mamá, J., y su hermanito, S. También con su papá, C. y su abuelita. Le gusta vivir en esa casa".

A.- Que a los fines del abordaje de la crítica en relación a los antecedentes obrantes en el proceso, resulta que el último domicilio declarado por la propia Sra. V. C. I. surge de la autorización para viajar otorgada al padre con fecha 27.10.2014, es el de ... de la Ciudad y Partido de Quilmes (fs. 28), donde se intentó realizar sin éxito la notificación para integrarla a este proceso (fs. 52/53).

Así es que hallo razón a la recurrente respecto a que, conforme laprevisión del art. 145 del CPCyC es en torno a dicho domicilio que se debieron -y se deberán- cumplir los actos dirigidos a acreditar la realización sin éxito de gestiones "tendiente a conocer el domicilio de la persona a quien se debe notificar", y no menos que, siguiendo lo regulado en el siguiente art. 146, la publicación de edictos a concretar "en el Boletín Oficial y en un diario de los de mayor circulación del lugar del último domicilio citado, si fuere conocido", en el caso, de Quilmes Provincia de Buenos Aires.

B.- Que en relación a los efectos que acarrea la deficitaria notificación de la madre de la niña y el valor tiempo en el campo de la adopción, cabe destacar que todo proceso cuyo objeto es la "Declaración judicial de la situación de adoptabilidad" no puede prescindir de los claros principios y reglas establecidas en los arts. 607, 608, 609 y 610 del CCyC, que deben compatibilizarse con la exigencia de que el niño y padres intervengan como sujetos procesales en el trámite más breve que prevea la ley local, ello atendiendo a "los casos que han llegado a la Corte Federal y cuya tramitación hay insumido largos años" y que "se debió llegar a la máxima instancia judicial del país: ante la falta de un procedimiento con pautas claras, con la intervención de todos los involucrados –en primer término, la familia de origen o ampliada- para arribarse a una decisión –en uno u otro sentido- que no viole derechos humanos como el mencionado derecho de defensa en juicio" y que "Si bien se suele afirmar que el tiempo atenta contra la seguridad jurídica –en el caso, la seguridad o definición hacia la adopción- lo cierto es que no se puede perder de vista todo el trabajo realizado en el ámbito administrativo y que tuvo su debido control jurisdiccional. Es por ello que esta disposición tendiente a que la declaración de la situación de adaptabilidad trámite por la vía más breve, no observaría ningún reparo desde el prisma constitucional-internacional. Máxime cuando en el articulado siguientes se fijan ciertas pautas procedimentales mínimas que esteproceso debería cumplir" (conf. Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, T° IV, Pag. 97/98).

C.- Que a tenor de lo expuesto, la suficiencia del anoticiamiento de los sujetos procesales se vincula con las garantías a la tutela judicial efectiva, la defensa en juicio y el debido proceso reconocidas en las Cartas Magnas Nacional y Provincial (arts. 18 de la

primera, y 58,62 y 63 de la segunda), y que son receptados en la regulación contenida en el Código Procesal Civil y Comercial, arts. 133/149 (Capítulo VI Notificaciones -Título III- Actos Procesales) que se integran con la más amplia tutela en relación a la citación de los demandados (arts. 339 a 345) atendiendo a la trascendencia que tiene este último acto.

Que los citados deben tomar noticia cierta de la interposición de la acción y "en caso de duda sobre la validez del acto, hay que atenerse a la solución que evite conculcar derechos de origen constitucional" (Maurino "Notificaciones Procesales", pág. 254), y al respecto la doctrina judicial ha sentado en la materia que "Nuestro ordenamiento privilegia la adecuada protección del derecho a la defensa y en circunstancias de encontrarse controvertida la notificación del traslado de la demanda, en caso de duda sobre la regularidad atribuida al acto, debe estarse a favor de aquella solución que evite la conculcación de garantías de neta raíz constitucional" (CSJN., "González, E. E. c/ Z., A." del 18-02-00)".

Luego, a la luz del artículo 103 del Código Civil y Comercial, y en relación a los alcances de la nulidad peticionada por la Defensora de Ausentes, vinculada a la falta intervención de su representada por la deficiente notificación, su abordaje en el caso particular, excede los efectos previstos en los citados arts. 149, 339 y sgtes del CPCyC (Nulidades de la notificación y Citación del demandado), y exige que se concrete integrado a una justa ponderación, que importa cotejarlo con la situación de maltrato y abandono padecida por la niña quien debió ser institucionalizada a corta edad, situación que se mantiene desde hace mas de dos años, sin evidenciarse contacto derivado de su vínculo biológico.

Porque un análisis que sólo atienda a la perspectiva de la madre iría en franca vulneración al ordenamiento que privilegia la protección integral de la niñez y el principio rector "interés superior del niño", concretamente a desarrollarse en el seno de una familia en forma estable y que reguarde sus necesidades afectivas y materiales, considerando el prologando tiempo transcurrido bajo la provisoriedad de la asistencia estatal brindada y cuando el otro progenitor ha dado su consentimiento a la adopción simple.

"En lo concerniente al procedimiento el "interés superior del menor", exige que el sistema no sea exclusivamente dispositivo, y que en caso de conflicto entre la aplicación de leyes que regulan los derechos del niño con otras disposiciones legales debe aplicarse la legislación del niño, niña o adolescente o sus principios. Por otra parte, para lograr el "interés superior del menor" hay que flexibilizar el derecho formulario, porque siempre ha de prevalecer la verdad real por sobre la verdad formal, y no se puede aceptar que una inadecuada elección de la fórmula o acción haga perder el juicio. El interés superior debe ser la consideración primordial (aunque no la única) para todas las acciones que afecten al niño, su desarrollo y estabilidad. Entre los factores importantes que deben ser tenidos en cuenta para determinar las necesidades de desarrollo del niño, tal y como se definen en la Convención de Derechos del Niño,…". (conf. Graciela Medina- El "Proceso de Familia" en el CCyCN www.gracielamedina.com/assets/.../EL-PROCESO-DE-FAMILIA-EN-EL-CCYCN.doc).

En consecuencia, teniendo en consideración la prudencia de la representante que al apelar no ha impugnado el sustracto fáctico aportado por los operadores judiciales en punto a la situación de la niña, y el incumplimiento de los recaudos establecidos en el art. 145 y 146 del CPCyC, estimo que a los fines de garantizar el derecho de defensa de la madre, procede decretar la nulidad de lo actuado a partir del llamado de autos para resolver de fecha 29 de agosto de 2016 (fs. 89) comprensivo de la sentencia recurrida de fecha 19 de septiembre de 2016.

Ello al amparo de que aún advertida la omisión de los recaudos de la notificación en dicha oportunidad, las actuaciones anteriores son susceptibles de ser saneadas luego de garantizarse la intervención a la parte para que ejerza su derecho en el proceso, ofrezca prueba y en su caso cuestione la producida, conforme la doctrina citada antes.

V.- Que con fines ordenatorios, procede disponer que previo a la publicación de edictos para citar a la progenitora a que tome intervención en los presentes dentro de los 10 días –que, en su caso, se extenderán en razón de la distancia- bajo los mismos recaudos y apercibimientos fijados en el despacho de fecha 02.06.2015 (fs. 34), se deberá requerir a la Secretaría Electoral Nacional informe el último domicilio que tenga registrado, y para el supuestos de verse fracasada la notificación que se le dirija a aquel, será dicho lugar el que defina el diario de mayor circulación en que se publicará el llamamiento, además del Boletín Oficial que corresponda.

VI.- Conforme el plexo fáctico y jurídico expuesto, propiciaré al acuerdo que, haciendo lugar parcialmente al recurso de apelación, decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del llamamiento de autos para resolver la adoptabilidad de la niña M., comprensivo de la sentencia que así lo decreta, y ordenar que se cumpla una nueva notificación a la madre a los fines de que tome intervención en los presentes conforme se establece en el capítulo V.

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.- Decretar la nulidad de todo lo actuado a partir del llamamiento de autos para resolver la adoptabilidad de la niña M., comprensivo de la sentencia que así lo decreta, y ordenar que se cumpla una nueva notificación a la madre a los fines de que tome intervención en los presentes conforme se establece en el capítulo V.

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

"SOTO LUIS ANTONIO C/ VIVANCO RUBEN S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 470508/2012) – Sentencia: 58/17 – Fecha: 20/04/2017

DERECHO CIVIL: DAÑOS Y PERJUICIOS.

DAÑOS Y PERJUICIOS. CORREDOR INMOBILIARIO. FRUSTACION DEL NEGOCIO. DAÑO EMERGENTE. DAÑO MORAL.

Cabe confirmar la sentencia que hace lugar a la demanda por los daños que el actor sufriera a raíz de la frustración de un negocio inmobiliario en donde el demandado en su condición profesional intermediara con el objeto de adquirir una casa habitación para el primero. Ello así, la reparación del daño emergente y el moral reclamados, deben ser entendidos éstos como consecuencias del accionar antijurídico del demandado tal como son descriptas en los arts. 901, 903 y 904 del C.Civil aplicables al presente caso, y como derivadas de la frustración de la compra-venta del inmueble que el actor, pretenso adquirente, preveía destinar a su vivienda, tanto como verse privado de una importante suma de dinero que obstó a que se lo procurara por otra vía, a tenor de los testimonios (…). A su vez, el déficit derivado de la intermediación del profesional demandado por no contar con la autorización de los futuros vendedores del bien, se ve agravado por la retención durante varios meses el dinero -$280.000- que había recibido para destinar al precio (Septiembre/2011 a Noviembre de 2012) que obligó a la víctima a tener que formalizarlo por medios fehacientes e incluso promover esta demanda.

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de abril de 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "SOTO LUIS ANTONIO C/ VIVANCO RUBEN S/ D. Y P. RES. CONTRACTUAL PARTICULARES", (EXP Nº 470508/2012), 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:

I.- A fs. 417/419 obra la expresión de agravios del demandado fundando el recurso contra la sentencia de fecha 23 de junio de 2016 (fs. 396/404) y que fuera concedido a fs. 410; pide se haga lugar a la apelación, con costas.

En primer lugar cuestiona la negativa del fallo a otorgar efecto cancelatorio al pago efectuado extrajudicialmente al actor por $290.000, sin haber efectuado reserva alguna; que aun cuando no se haya acreditado el acuerdo verbal, aquel lo reconoció y no

resulta creíble que las partes hayan llegado al banco sin acuerdo alguno, encontrándose casualmente y que en dicha oportunidad su parte haya abonado dicha suma con mas $10.000 por intereses; que el acuerdo se encontraba plasmado en el recibo que aquel manifiesta se negó a firmar luego de percibir el monto, pero no alega que no era lo que había acordado ni efectúa ninguna aclaración al respecto de ese pago, plasmándose la mala fe a recibir la totalidad de las sumas y negarse a firmar recibo.

Se agravia en segundo punto por el acogimiento del rubro lucro cesante por el supuesto pago de alquileres que manifiesta haber efectuado el actor, y se le haya otorgado una indemnización sin fundamentos reales y basados en criterios meramente subjetivos cuando no aportó ni una sola prueba al respecto; que demandante lo manifestó ligeramente al accionar en un renglón, no indicó de qué vivienda se trataba, donde está ubicada, quien era el locador, cuanto abonaba por alquiler mensual y menos haber acompañado recibos de pago efectuados, mientras la juez de grado le reconoce la reparación sin indicar el parámetro ni prueba alguna.

Finalmente critica que se haya otorgado el rubro daño moral sin que la actora haya explicitado ni en lo más mínimo el daño sufrido, limitándose a decir al respecto “más el daño moral” y posteriormente en la liquidación colocarle un monto, sin señalar en qué consistió y la relación de causalidad existente; sin perjuicio de ello, la sentenciante cubre toda la orfandad del planteo y la prueba, contrariando pacífica jurisprudencia que establece que en materia contractual su reconocimiento tiene carácter excepcional, que requiere una prueba acabada y no debe presumirse.

Sustanciado el recurso (fs. 420), responde la parte actora a fs. 421/422; luego de denunciar el incumplimiento a los recaudos del art. 265, subsidiariamente responde los planteos solicitando que la apelación sea rechazada con expresa imposición en costas.

Respecto al primer agravio, considera que mal puede ser tenido por cierto el acuerdo verbal que se invoca ante la notable orfandad probatoria; en relación al reclamo señala como fundado el resarcimiento del daño emergente en atención a la privación de la vivienda, y que ello se deriva de que el contrato se ha visto frustrado por la inconducta del accionado; acerca de la procedencia del daño moral, señala como acertado el criterio del juez de grado que ha merituado las especiales circunstancias que tornan procedente su fijación, dada la angustia padecida por la conducta antijurídica del demandado, que es un verdadero profesional, y sin autorización alguna percibió de su parte sumas más que importantes con motivo del anhelo y expectativa que genera lograr el sueño de obtener una vivienda propia.

II.- Que abordando la cuestión traída a entendimiento, resulta que la sentencia objeto de recurso, hace lugar a la acción interpuesta por el actor y, en los términos de los arts. 512, 520 y ccs del C.Civil, condena al demandado a resarcir los daños derivados de la frustración de un negocio inmobiliario en que por su condición profesional intermediara con el objeto de adquirir una casa habitación para el primero, así como por la demora en la restitución de la suma de $280.000 que se le había entregado a tal fin, en concepto de daño emergente, comprensivo de los intereses devengados por la indebida privación de la disponibilidad del dinero desde la fecha de la intimación a la restitución y cuando se efectivizó el depósito –deduciendo la suma pagada en mas ($10.000,00)- y por el uso de una vivienda representado por la suma que debió destinar para alquilar una, y que conforme las facultades del art. 165 del CPCyC, estima en $28.000 considerando el lapso transcurrido.

Finalmente, respecto al reconocimiento de la procedencia del daño moral -que lo cuantifica en la suma de $25.000- tiene por acreditada la angustia que indudablemente debió padecer el actor frente a la conducta del accionado quien percibió la totalidad del precio de la venta de una propiedad que iba a ser su vivienda, sin contar con la conformidad de los titulares para ello, omitió la restitución del dinero percibido haciendo caso omiso a las intimaciones y requerimientos, excediéndose así de las molestias e inconvenientes que normalmente padece cualquier persona que celebra un contrato de compraventa a través de una inmobiliaria; describe que el accionar del demandado resulta extraño a la normal tolerancia que es dable exigir al comprador de una vivienda.

A.- Que en relación a los perjuicios que se obligan a resarcir al demandado, y comenzando con la crítica que introduce pretendiendo que como consecuencia del depósito bancario a favor del actor, a falta de reserva, éste ha renunciado a la reparación que por la vía de intereses se reconoce en la sentencia de grado, estimo suficiente la argumentación que se hace en la sentencia, para concluir en su conexión causal, acreditada la intimación fehaciente que se le dirigiera a tal fin e incluso la promoción de esta demanda para obtenerlo.

De esta forma, el cuestionamiento no señala cuál sería el error de razonamiento por el que se impuso la condena por el perjuicio derivado de haberse visto privado de disponer de tales sumas, si no es a través del reconocimiento de los intereses durante tal período.

La jurisprudencia lo ha dicho: ”El escrito de expresión de agravios que no se introduce en el análisis pormenorizado del fallo ni cuestiona sus fundamentos legales, limitándose, en otros términos, a reproducir circunstancias relatadas con anterioridad o a introducir otras que nada tienen que ver con la cuestión discutida, no reúne los requisitos suficientes como para ser tenido por tal.” (CNCiv, sala G, 9.12.83, LL 1985-C-643) “La mera discrepancia o disconformidad con la solución, sin aportarse razón alguna que

la desvirtué, no constituye expresión de agravios, así como tampoco la falta de crítica de puntos fundamentales de la sentencia."(CNCiv, sala E, 7.2.86, LL 1986-E-206). (cita de p.483 y 481, t.2, C.P.C.C.Com. Fassi-Yañez).

Por ello, al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 265 del Cod. Proc., de conformidad a lo examinado y solicitado en el punto, procede hacer efectivo el apercibimiento contenido en el artículo 266 del citado texto, declarándose desierta la apelación interpuesta.

B.- Que en segundo lugar la reparación del daño emergente y el moral reclamados, deben ser entendidos éstos como consecuencias del accionar antijurídico del demandado tal como son descriptas en los arts. 901, 903 y 904 del C.Civil aplicables al presente caso, y como derivadas de la frustración de la compra-venta del inmueble que el actor, pretenso adquirente, preveía destinar a su vivienda, tanto como verse privado de una importante suma de dinero que obstó a que se lo procurara por otra vía, a tenor de los testimonios de fs. 196/201.

A su vez, el déficit derivado de la intermediación del profesional demandado por no contar con la autorización de los futuros vendedores del bien, se ve agravado por la retención durante varios meses el dinero que había recibido para destinar al precio (Septiembre/2011 a Noviembre de 2012) que obligó a la víctima a tener que formalizarlo por medios fehacientes e incluso promover esta demanda.

Que en la evaluación que se impone concretar ex post facto, la conducta reprochada no puede ser ajena al severo apartamiento de la esperada conforme la profesión habitual ejercida, y a su respecto el art. 902 del C.Civil impone que "Cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos".

Esta regla cuyo sentido con acierto ha conservado el primer párrafo del nuevo art. 1725 del C.C.y C., es una expresa recepción del principio constitucional de igualdad de trato, por el que si dar el mismo tratamiento a quienes objetivamente lo merecen, de igual manera se impone la advertencia de diferencias esenciales entre las personas, para compararlas en base a estándares reales, objetivos y razonables.

Luego, aún con motivo de su principal actividad, el demandado no hace aporte alguno para descalificar el análisis y conclusión alcanzada en la sentencia, cuando el objeto en la presente intermediación se vincula con una situación que constituye en la actualidad uno de los más graves problemas socio-económicos que afecta una persona humana, especialmente en la región patagónica, a la que se destina el mayor de los esfuerzos durante el período de vida con capacidad de ahorro, máxime cuando se prevé constituir una familia, como es acceder a la propia casa habitación, no sólo teniendo en miras la estabilidad de su organización, sino fundamentalmente, para evitar el costo de los alquileres, en una plaza caracterizada por su alta demanda y elevados precios; extremos también confirmados por las declaraciones testimoniales de fs. 196/201.

En definitiva, constituía un supuesto previsible para el demandado por sus conocimientos y actividad específica que el actor debió disponer de recursos para obtener la misma prestación habitacional que estaba destinada satisfacer el inmueble a adquirir, resultando procedente su equiparación a los cánones locativos que denuncia.

El citado análisis es razonable asociar a la grave frustración de no concretarse la compra de la vivienda que también han relacionado los testigos con consecuencias disvaliosas en aspectos espirituales y familiares (separación de su pareja y cambio de animo, informado a fs. 196/201), circunstancias todas que habilitan tener por concretado el presupuesto del art. 522 del C.Civil que prevé su procedencia "en los casos de indemnización por responsabilidad contractual", al exceder aquel tolerable o admitido cuando se trata del incumplimiento de los contratos.

En definitiva, se encuentra suficientemente acreditado el nexo causal entre la conducta del actor y los daños cuyo resarcimiento son admitidos en la decisión de grado.

III.- Por todo lo expuesto, propiciaré al acuerdo el rechazo del recurso, parcialmente desierto por falta de crítica suficiente (art. 265 y 266 del CPCyC), y de ello, la confirmación en todas sus partes de la sentencia.

Las costas se impondrán al demandado en su calidad de vencido (art. 68 del CPCyC).

Determinar los honorarios devengados en la Alzada en el 30% de los que resulten por la labor cumplida en la instancia de grado, para la letrada patrocinate de la parte actora, y en el 25% de aquellos que se calculen para el que asistió al demandado (art. 15 L.A. vigente).

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. 396/404 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 al demandado en su calidad de vencido (art. 68 C.P.C.C.).

3.- Regular los honorarios de los letrados intervinientes en esta Alzada, en el 30% y en el 25% de a los letrados patrocinantes de la actora y del demandado, respectivamente, 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

"L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A/ 70093/15" - Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería - I Circunscripción Judicial – Secretaría Sala III – (Expte.: 1010/2016) - Interlocutoria 82/17 - Fecha: 20/04/2017

DERECHO FAMILIA: Procesos de ejecución.

EJECUCION DE SENTENCIA. JUICIO DE ALIMENTOS. ACUERDO DE NO MUDAR EL DOMICILIO DE LAS MENORES. HOMOLOGACION JUDICIAL. TRASLADO INCONSULTO POR PARTE DE LA PROGENITORA. REINTEGRO DE LAS MENORES A SU LUGAR DE RESIDENCIA HABITUAL. INTERES SUPERIOR DEL NIÑO. DISIDENCIA.

1.- Debe confirmarse la resolución adoptada por la jueza de grado, disponiendo el reintegro de las niñas J. y V. a la ciudad de Neuquén, debiendo convivir con la madre si es que ella decide también mudarse a esta ciudad y, en caso contrario, convivir con su progenitor; en ambos casos hasta tanto se resuelva judicialmente el régimen de cuidados personales y de comunicación con sus padres, toda vez que las niñas de autos han nacido en la ciudad de Neuquén y esta ciudad ha sido su centro de vida desde ese momento y hasta el día que su madre decidiera, unilateralmente, su traslado a una localidad de La Plata, a principios del año 2016, cuando ellas contaban con nueve y siete años de edad. Por otra parte, anoticiado el progenitor de la posibilidad de que su ex cónyuge mudara su domicilio junto con las hijas, solicitó una medida cautelar y se arribó a un acuerdo de partes, en el cual expresamente consta que la progenitora “asume el compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor, y que para el caso de que ello no fuera posible ocurrirá judicialmente a peticionar al efecto. No obstante el compromiso asumido, el que fue homologado con fuerza de sentencia, la demandada, sin coordinación con el padre de las niñas y, menos aún, autorización judicial, se mudó, junto con las hijas, a la localidad de Berisso, aproximadamente siete meses después de celebrado el acuerdo de partes. (Del voto de la Dra. Patricia Clerici, en mayoría).

2.- Tal como lo puse de manifiesto en el precedente ya citado -“D.A. c/ T.D.A. M.F.” (expte. n° 41.394/2009), Sala II P.I. 2011-III, n° 245), la conducta de la madre se encuentra reñida con la

buena fe –además de importar principalmente una violación palmaria de un acuerdo homologado judicialmente-, ya que acudió a vías de hecho inadmisibles en el marco del derecho y del debido proceso. (Del voto de la Dra. Patricia Clerici, en mayoría).

3.- (…) teniendo en cuenta la época del año en la que nos encontramos con relación al ciclo lectivo, el traslado de las niñas a la ciudad de Neuquén deberá efectivizarse el primer día hábil correspondiente al receso escolar de invierno para la provincia de Buenos Aires, debiendo acreditar el padre que las menores cuentan con lugar en un establecimiento escolar de esta ciudad. (Del voto de la Dra. Patricia Clerici, en mayoría).

4.- En el caso particular puede apreciarse que por el acuerdo homologado la madre asumió coordinar en forma previa con el padre lo relacionado a la mudanza con las hijas, y en su caso, ocurrir judicialmente a peticionar al efecto, por lo que si bien su proceder es absolutamente objetable, no se deriva de su incumplimiento la restitución de las niñas a esta ciudad, en lo fundamental por la ausencia de convención expresa respecto al régimen de cuidado personal o de alguna de las modalidades previstas. (Del voto del Dr. Marcelo Medori, en minoría).

5.- (…) ordenar el reintegro de las niñas se encuentra no sólo alejado del interés que ellas han informado, y no menos si para satisfacer la totalidad de la asistencia en la ciudad de Neuquén el progenitor estima suficiente destinar lo comprometido en el proceso de alimentos, sin acreditar que puede brindar estabilidad en cuanto a la habitación, y elocuente que haya propuesto satisfacer la planilla practicada en concepto de cuotas atrasadas en 48 cuotas de $930 cada una (…). Frente a lo expuesto, tampoco informa a qué fin hubiera sido relevante la consulta previa de la madre, más allá de aludir de que las hijas fueron alejadas de su “residencia habitual”, cuando no explica en qué medida ello constituye un valor en su beneficio. Ciertamente que lo expuesto, como ya anticipara, no permita justificar el proceder de la madre, más el nuevo régimen de familia contiene numerosas disposiciones relativas a la autocomposición, esto es, a la solución negociada de los conflictos intrafamiliares, y el criterio reinante, es que resulta más conveniente y positivo los progenitores acuerden antes que el juez haga valer su imperium; contando incluso con la misma instancias que ya se había habilitado, solicitando la convocatoria a una audiencia, prestar su máxima colaboración para evitar anteponer la problemática o los conflictos de los adultos por sobre la de las hijas; proponer un plan de parentalidad, o medidas de intervención interdisciplinaria. (Del voto del Dr. Marcelo Medori, en minoría).

Texto completo:

NEUQUEN, 20 de Abril del año 2017

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados "L. A. C/ S. D. R. M. V. S/ INC. DE EJECUCION DE SENTENCIA E/A 70093/15" (Expte. INC Nº 1010/2016) venidos en apelación del JUZGADO FAMILIA 3 - NEUQUEN a esta Sala III integrada por los Dres. Marcelo Juan MEDORI y Patricia CLERICI, por encontrarse apartado de la causa 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. Medori, dijo:

I.- Que la parte demandada interpone recurso de apelación contra la interlocutoria del 4 de octubre del 2016 obrante a fs. 49/50, presentando memorial a fs. 57/59.

Expresa que la juez de grado ha dictado una resolución mas allá de lo que efectivamente pudo llegar a su conocimiento,

vulnerándose el debido proceso legal y afectación de la garantía constitucional de defensa en juicio en tanto ordena el reintegro de las niñas J. y V., ambas de apellido L. a su residencia habitual de la Ciudad de Neuquén, para iniciar el ciclo lectivo 2017.

Destaca lo consignado a fs. 6 respecto a que la restitución ha de ser voluntaria, mas no puede por la presente obligar a la demandada, puesto que el objeto de la ejecución no lo permite, y en el caso se exige conciliar el acuerdo comprometido, más nunca considerarlo obligatorio –si se respeta el principio de congruencia- puesto que jamás pudo ser ni fue el objeto de la pretensión inicial.

Afirma que la incumbencia de la juez solo versaba sobre la presunta falta de comunicación de ambos padres en relación al cambio de domicilio de las menores; y que debió elegirse otra vía, si la pretensión hubiese sido la aludida en la sentencia puesto que para ello nuestro ordenamiento prevé un procedimiento especial.

Argumenta que la afectación al principio de congruencia conlleva en este caso a una fragante vulneración del debido proceso legal y violación del derecho de defensa en juicio de la apelante, por ello efectúa reserva de ocurrir ante las instancias jurisdiccionales necesarias a fin de garantizar la primacía constitucional y tratados internacionales suscriptos por el Estado Argentino.

Asevera que se ha fallado sin considerar debidamente prueba producida en autos al decidir que "…resulta también evidente la dificultad en el contacto con detrimento en la relación de ambos…", toda vez que de lo manifestado por las menores se desprende que no hay afectación en la relación.

Destaca que no solo la sentenciante desoyó la opinión de las menores, toda vez que éstas fueron escuchadas tanto por la jueza como por la defensora conforme el acta obrante a fs. 37, donde manifestaron su voluntad de residir en forma permanente con su madre en la localidad bonaerense de Berisso; y la decisión que se recurre importa obligarlas a regresar contra su voluntad "formalmente expresada ante la jueza", violentándose el derecho a ser oído y tener en cuenta la opinión de los menores.

Enfatiza que la juez tenia conocimiento que el hecho de encontrarse la progenitora viviendo en la localidad de Berisso –La Plata- al momento de iniciarse la presente ejecución, y que era debido a la violencia económica que ejercía el padre de las menores quien como se recalco en la audiencia de partes, nunca abonaba en tiempo y forma la cuota convenida (de hecho desde febrero a la fecha solo pago 2 cuotas de $ 4000 cuando debió pagar $6.000 mensuales, generándose con ello que la demandada como las niñas deambularan de hogar en hogar por no poder pagar los alquileres en tiempo y forma.

Que se vulnera el interés superior del niño al tomar una decisión carente de prueba o tergiversando lo dicho por las niñas; dado que no puede concluir válidamente que incumplir un compromiso trae aparejado su afectación puesto que ello no se desprende de un análisis lógico. Y es que, si los padres acuerdan una cuota alimentaria absolutamente insuficiente y el niño vive en condiciones infrahumanas, el incumplimiento deviene en absolutamente necesario.

Peticiona la anulación de la sentencia apelada en todos sus términos, dado que las menores manifestaron su voluntad de vivir en La Plata y su "alegría" de así hacerlo, puesto que aquí no estaban bien, lo que era conocido por el actor; toda vez que con ello se configuraba una violencia inusitada tanto para la Sra. S. como las hijas en común de las partes.

Corrido el pertinente traslado la parte actora contesta a fs. 63/68 y vta. y solicita se declare desierto el recurso de apelación atento la ausencia de critica concreta y razonada conforme lo dispuesto por el art. 265 del C.P.C. y C.

En cuanto a la afectación del principio de congruencia dice que al momento de iniciar la presente ejecución de sentencia hizo saber que lo que se pretendía era la "inmediata restitución de mis hijas menores J. y V. L.", de allí que la Juez de grado resolvió conforme lo pedido atento la ilegitimidad del accionar de la demandada. Y en pos de otorgar prevalencia al interés superior de nuestras hijas, solicitó en la audiencia de partes que el reintegro se hiciera efectivo al inicio del comienzo lectivo del año 2017.

Agrega que la progenitora se confunde al creer que dependía de su "voluntad" reintegrar a las niñas dado que en un primer momento, la juez de grado la insto a que efectué un reintegro "voluntario" a fin de evitar un conflicto innecesario pese a que el pedido inicial fue el inmediato reintegro de las niñas.

Acerca de la opinión de las menores, manifiesta que ante las constantes amenazas por parte de la Sra. S. inicio los autos "L. A. c/ S. d. R. M. V. s/ Medida Cautelar (Expte Nro. 70093/2015) a los fines de obtener una medida cautelar de no innovar respecto del domicilio de las hijas menores.

Agrega que la madre inicio el Expte. caratulado "S. d. R. M. V. c/ L. A. s/ Alimentos" y que en la audiencia celebrada de fecha 12/06/2015 no se le permitió ocuparse de manera "personal" de todos los gastos que demandan sus hijas, obligándolo a que realice un aporte dinerario a aquella, además de llevarlas, traerlas, comprarles la ropa, compartir el cuidado personal, etc.,
etc.

Manifiesta que desde el nacimiento de las niñas ha sido un padre muy presente y por ello se acordó una cuota alimentaria; que existía un compromiso de no mudar el domicilio, pero en Febrero de 2016 se fueron de vacaciones a Berisso con la progenitora, quien no tenia intenciones de regresar, y sin dar explicaciones de su conducta obligo a sus hijas a abandonar el lugar de residencia

habitual, su centro de vida, para ser afincadas a mas de 1300 km. de distancia.

Asevera que éste abonaba una cuota alimentaria, la Obra Social, tratamientos de ortodoncia, la reinscripción anual de la escuela, las transportaba a la escuela y actividades extraescolares, que las niñas pernoctaban en su domicilio dos veces en la semana y fines de semana por medioque con la decisión unilateral y caprichosa de la progenitora se ha generado un daño tremendo en el vinculo de éste y las niñas, trasladándolas sin previa comunicación a él y a las pequeñas, resultando hipócrita pedir que se las escuche teniendo en cuanta su opinión, cuando ella la olvido por completo al momento de decidir llevárselas.

Indica que en oportunidad de decidir el traslado de las menores a Berisso, la Sra. S. no dio intervención alguna al órgano jurisdiccional siendo ello parte del acuerdo suscripto; sino que a través de una vía de hecho resolvió sustraer a las pequeñas de su centro de vida frustrando lo acordado en sede judicial respecto del compromiso de no mudarlas o en caso de que ello no fuera posible, concurrir judicialmente al efecto.

Denuncia que la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente estuvo ausente en la audiencia mantenida por la Magistrada y las menores, la cual solo duro cinco minutos denotando sus manifestaciones la influencia de un adulto dado que diagramaron un sistema de contacto que escapa a las aspiraciones de una niña por madura y desenvuelta que sea. A ello agrega, la falta de asistencia sicológica desde que se las llevo su madre y la ausencia de algún informe calificado por profesional idóneo que determine que las niñas “no se encuentran afectadas”.

Expresa que la falta de apoyo sicológico obedece a que en la ciudad de Berisso no pueden usar la obra social que el progenitor abona mensualmente al I.S.S.N., y porque tampoco ha solicitado turno en un Hospital Publico; que las condiciones de vida no han mejorado para las niñas en tanto viven actualmente en la casa de la abuela materna quien padece Alzheimer.

Afirma que la opinión de los hijos menores en los juicios donde se discute el régimen de comunicación no puede soslayarse pero debe tenerse presente que su participación puede no resultar vinculante para la resolución a dictarse, tal como S.S. ha decidido en el caso particular.

Asevera que el problema central de larga data es, que la Sra. S. no quiere o le gusta trabajar, y motivada en su deseo personal optó por mudarse a Berisso sin pensar en el interés superior de las hijas que tienen en común; que se encuentran viviendo desde febrero en la casa de su madre –no paga alquiler- percibiendo las rentas de ésta dado que no esta en condiciones de desarrollar actividad laboral.

Concluye, que ya nada tiene que preocuparle tan sólo esperar pasivamente que el suscripto deposite mensualmente la cuota sin importarle el daño ocasionado a las nenas y sin ninguna prueba por “violencia económica”; agregando que son varias las cuestiones que genera esta situación debido al traslado unilateral por parte de la madre sin consulta al progenitor en violación de los derechos y deberes que la patria potestad acuerda conforme los arts. 652, 654 del Código Civil y Comercial teniendo presente que el cuidado personal de las niñas, no se encuentra discernida judicialmente.

II.- A fs. 70 se da intervención a la Defensora de los Derechos del Niño y Adolescente quien considera que debe rechazarse la apelación deducida por la progenitora, debiéndose confirmar el pronunciamiento dictado a fs. 39; reitera que se debe proveer la presentación realizada por el abogado patrocinante de la progenitora a efectos de que las niñas puedan contar con atención psicosocial conforme ya lo peticionara este Ministerio.

III.- Ingresando al estudio de la cuestión traída a entendimiento resulta que, la decisión en crisis ordena el reintegro de las niñas J. y V., ambas de apellido L., a su residencia habitual en la ciudad de Neuquén para iniciar el ciclo lectivo 2017 en dicha ciudad bajo apercibimiento de desobediencia a una orden judicial y remitir las actuaciones a la justicia penal.

Para así decidir, se funda en lo acordado en los autos caratulados “S. D. R. M. V. C/ L. A. S/ ALIMENTOS PARA LOS HIJOS” Expte. Nro. 69864/2015, donde la demandada asumió “el compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor y que para el caso de que ello no fuera posible ocurrirá judicialmente a peticionar al efecto”.

También valoró que la progenitora se trasladó junto a sus hijas menores, mudando su residencia habitual a otro lugar de considerable distancia geográfica de su progenitor (calle 30 nro. 4992 de la ciudad de La Plata provincia de Buenos Aires), modificándose de ese modo el centro de vida; sin la previa conformidad del progenitor o, sin el previo requerimiento por vía judicial.

Atento ello, juzgó que tal conducta afecta profundamente el interés superior de las niñas puesto que no sólo ha violado un acuerdo sino derechos de raigambre constitucional y enumerada en la Convención de los Derechos del Niño (Art. 9 CDN).

Agregó que no se han justificado oportunamente los motivos por los que realizó el traslado de las menores sin obtener el previo consentimiento del progenitor, agregándose lo dictaminado por la Sra. Defensora.

IV.- Analizadas estas actuaciones resulta que el progenitor inicia Incidente de ejecución de sentencia el 9/3/2016 en base al acuerdo homologado mediante acta de audiencia celebrada el día 12/06/2015 en los autos caratulados “S. d. R. M. V. c/ L. A. s/ Alimentos para los hijos” (Expte Nro. 69864/2015 – Juzgado de Familia Nro. 3 iniciada el 7/4/2015), con el objeto de que se haga

lugar a la ejecución de sentencia y se ordene la "inmediata restitución de las menores J. y V. L." atento el "…compromiso de no innovar respecto del domicilio de nuestras hijas menores" sin su consentimiento; a tal fin, denuncia el domicilio de la demandada quien reside actualmente junto a las niñas en la calle 30 Nro 4922 de la Ciudad de La Plata, Provincia de Buenos Aires.

Explica que en los autos caratulados "L. A. c/ S. d. R. M. V. s/ Medida Cautelar" (Expte Nro. 70093/2015) denunció el incumplimiento de la sentencia y compromiso asumido por parte de la progenitora quien se mudo junto a las niñas diciéndoles que iban de vacaciones pero radicándose definitivamente en la ciudad de La Plata; que tiene conocimiento de que las niñas se encuentran inscriptas en una escuela de dicha ciudad.

Conferida la vista a la Defensora del Niño y Adolescente peticiona que a los efectos de que el reintegro sea en forma pacífica, se intime a la madre al cumplimiento del acuerdo homologado bajo apercibimiento de la aplicación de astreintes (fs. 19).

De relevancia, a fs. 37 luce el acta donde se registra la entrevista mantenida por la Magistrada con las niñas en la que se consigna "…mantuve entrevista con las niñas las que me expresan con claridad su situación actual, me cuentan que están viviendo con su mamá en la casa de su abuela. Comentan, con alegría, que están muy bien en La Plata y desean permanecer allí. En aquella ciudad concurren a la Escuela 10, V. practica guitarra y J. está pensando en iniciar piano o danzas. Las niñas se expresan con vocabulario, fluido, claro, y están conscientes de la situación actual, manifiestan que desean ver a su papa, los fines de semana largos, durante las vacaciones, y que las vacaciones de invierno las pasaron con su papá. Les gustaría poder compartir las vacaciones de verano también con su papá. Las navidades les gustaría pasarlas con su mamá, y que su papá viaje para venirse con él a Neuquén para fin de año y pasar con él las vacaciones de verano".

Acto seguido, reunidos ambos progenitores con la Juez, se le pone en conocimiento de aquellos la entrevista mantenida con las niñas, y luego de un intercambio de opiniones, manifiestan que no existen posibilidades de arribar a un acuerdo, proponiendo el padre, al solo fin conciliatorio y para no afectar la escolaridad de sus hijas, que permanezcan al cuidado de su madre en la Ciudad de Berizzo hasta fin de año, siendo luego reintegradas a la Ciudad de Neuquén para iniciar su año escolar 2017 en ésta ciudad, propuesta que no es aceptada por la actora (fs. 38).

V.- Que cabe anticipar en primer punto que en relación al cuidado personal de las hijas, las partes no habían formulado planteo autónomo alguno, consolidándose en los hechos lo que el nuevo Código Civil y Comercial describe bajo la modalidad compartido indistinto (art. 650), atento a que aquellas mantuvieron la residencia junto a la madre, compartiendo decisiones y distribuyéndose con el padre labores atinentes al cuidado.

Luego se comprueba que en el proceso de alimentos, la madre asume compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el padre, y de no ser posible esto último, peticionarlo en forma judicial.

En el caso particular puede apreciarse que por el acuerdo homologado la madre asumió coordinar en forma previa con el padre lo relacionado a la mudanza con las hijas, y en su caso, ocurrir judicialmente a peticionar al efecto, por lo que si bien su proceder es absolutamente objetable, no se deriva de su incumplimiento la restitución de las niñas a esta ciudad, en lo fundamental por la ausencia de convención expresa respecto al régimen de cuidado personal o de alguna de las modalidades previstas.

Sin embargo considero que existen otros y sustanciales elementos que deben integrarse a los fines del análisis, como es la voluntad exteriorizada por las dos niñas que tienen 6 y 8 años, en la audiencia en que fueron escuchadas, y que pone en juego el principio de interpretación que impera en la materia que nos ocupa, esto es el interés superior del niño.

Tal interés se ve reflejado en sus dichos, que involucran otros aspectos como son el ámbito familiar y social, tanto como la estabilidad en la habitación, que son resaltados por la Juez de grado, acerca de que "Comentan, con alegría, que están muy bien en La Plata y desean permanecer allí. En aquella ciudad concurren a la Escuela 10, V. practica guitarra y J. está pensando en iniciar piano o danzas", que "están conscientes de la situación actual".

Esto importa aún en niños de corta edad la clara indicación acerca de donde consideran que van tener mejor satisfechos sus intereses, y aún con la provisoriedad del caso por no haberse establecido un régimen adecuado al legal, se observa que está garantizada la justa comunicación con el progenitor que se mantiene en la distancia, cuando manifiestan: "que desean ver a su papa, los fines de semana largos, durante las vacaciones, y que las vacaciones de invierno las pasaron con su papá. Les gustaría poder compartir las vacaciones de verano también con su papá. Las navidades les gustaría pasarlas con su mamá, y que su papá viaje para venirse con él a Neuquén para fin de año y pasar con él las vacaciones de verano".

Que otro aspecto es que a lo largo de los últimos 5 años los progenitores no supieron resolver en forma cabal en cuanto a la asistencia de alimentos, habitación, educación, vestimenta, etc, con el nivel de satisfacción esperada, y que ahora las hijas exteriorizan detentarlo junto a su madre en la ciudad de La Plata, viviendo en la casa de su abuela materna.

Que tan es así, que el día 28 de abril de 2015 la madre debió promover la individualizada demanda de alimentos por la irregularidad e insuficiencia de los proporcionados conforme constancia de la causa agregada por cuerda; y en él sólo lograron

coincidir en fijar una cuota alimentaria de $6000 con más el 50% del importe correspondiente del colegio al que concurrían las niñas, con el traslado a cargo del padre; y lejos de avanzar en otros acuerdos o prever progresiones en la mejora de la asistencia (educación, deportes, música, etc), le siguió lo relacionado con el cambio de residencia, ciertamente novedoso, más elocuente en que la cierta problemática que implicaba la estabilidad habitacional, y que hoy es informada como satisfecha por las principales beneficiarias.

Que vale recordar que el caso convocante posee como titulares de los derechos a dos niñas de 6 y 8 años de edad a quienes el ordenamiento constitucional y convencional reconoce como sujetos activos de derechos, y otorga especial protección, caracterizando como prioritaria su efectivización y privilegiando su interés superior –Art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, Art. 47 de la Constitución Provincial; Art. 3.1 de la Convención Internacional de Derechos del Niño.

Que la Convención de los Derechos del Niño, en sus artículos 12 inc. 2 y 18 inc. 1, prevé expresamente el derecho del niño a ser escuchado en todo trámite judicial que lo afecte y el interés superior de protección del mismo que debe primar en las decisiones que se tomen.

En el orden local, la ley 2302 determina que la Defensoría de los Derechos del Niño y Adolescente debe resguardar la Defensa Publica de las personas menores –así como velar por la protección integral de todos sus derechos, en orden al interés superior que ostentan- y ha de cumplir aquellas obligaciones constitucionales y legales que tienen como objetivo su protección.

Ello así, por cuanto el debido proceso legal de infantes y las normas que así lo garantizan no resultan ser de aplicación discrecional sino obligatoria.

El art. 706 del Código Civil y Comercial establece que los principios generales de los procesos de familia: “El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. a) las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos. b) los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyos multidisciplinario.

c) la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescente, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

Reiteradamente se ha dicho que la decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas y adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estas personas. El interés superior del niño se constituye como principio rector que rige la responsabilidad parental, junto al de la autonomía progresiva del niño y el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 C.C. y C.)

Al respecto, la Corte Federal ha resuelto que cuando se trata de resguardar el interés superior de aquellos, atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia y la naturaleza de las pretensiones, encausar los tramites por vías expeditas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con particular tutela constitucional (CSJN 23/11/2004, “M. S A s/recurso de amparo”, M 3805 XXXVIII).

En base al desarrollo efectuado y como ya se anticipara, ordenar el reintegro de las niñas se encuentra no sólo alejado del interés que ellas han informado, y no menos si para satisfacer la totalidad de la asistencia en la ciudad de Neuquén el progenitor estima suficiente destinar lo comprometido en el proceso de alimentos, sin acreditar que puede brindar estabilidad en cuanto a la habitación, y elocuente que haya propuesto satisfacer la planilla practicada en concepto de cuotas atrasadas en 48 cuotas de $930 cada una (fs. 95, Exte. 69.864/2015).

Frente a lo expuesto, tampoco informa a qué fin hubiera sido relevante la consulta previa de la madre, más allá de aludir de que las hijas fueron alejadas de su “residencia habitual”, cuando no explica en qué medida ello constituye un valor en su beneficio.

Ciertamente que lo expuesto, como ya anticipara, no permita justificar el proceder de la madre, más el nuevo régimen de familia contiene numerosas disposiciones relativas a la autocomposición, esto es, a la solución negociada de los conflictos intrafamiliares, y el criterio reinante, es que resulta más conveniente y positivo los progenitores acuerden antes que el juez haga valer su imperium; contando incluso con la misma instancias que ya se había habilitado, solicitando la convocatoria a una audiencia, prestar su máxima colaboración para evitar anteponer la problemática o los conflictos de los adultos por sobre la de las hijas; proponer un plan de parentalidad, o medidas de intervención interdisciplinaria.

Y es que como dice Mizrahi “…no cabe duda, que en los procesos de familia el juez cumple una función tuitiva que le impone participar activamente acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor solución del problema que los afecta. Véase que el Código Civil y Comercial impulsa a los progenitores –que obviamente están en conflicto- a presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado de los hijos; disponiéndose, además, que aquellos deben procurar la participación del niño involucrado tanto en la elaboración como en su modificación. En síntesis, favorecer la autocomposición, vale decir, la solución negociada de los

conflictos familiares, conlleva a la bien denominada justicia de acompañamiento que constituye una nota esencial en los procesos de familia (Mauricio L. Mizrahi, Responsabilidad Parental, Editorial Astrea, págs. 169/191).

Desde otro vértice, se advierte que el reintegro de las niñas a la ciudad de Neuquén importa establecer de hecho otra modalidad de "cuidado personal", se concretaría sin que se haya preservado la bilateralidad de las partes ni la oportuna y debida intervención de la Defensora del Niño y Adolescente; y sólo se aprecia como sanción hacia la madre, quien si bien ha incumplido el "compromiso de no mudar el domicilio sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor", en el caso, ello nunca importó una prohibición que se correspondía a un derecho atribuido al padre, de tal forma que pudiera ser suplido, a petición del último, a través de una decisión judicial de reintegro.

Que si bien el art. 642 del Código Civil dispone que "en caso de desacuerdo entre los progenitores cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Publico. Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación", al comentarlo, Mizrahi explica que "…es un error interpretar, que el artículo regula una "sanción" que se concreta en la atribución del ejercicio de la responsabilidad parental al otro o de determinadas funciones que a dicho ejercicio incumbe. Pensemos que la única finalidad de esta perspectiva es la conveniencia del niño; y ese debe ser el norte que tiene que guiar la decisión judicial, mas allá de que medie una conducta obstructiva de alguno de los progenitores que, a todo evento, podrá ser objeto de una sanción distinta" (págs. 270/271 obra citada).

Para resumir, no es dable ignorar la dimensión psicológica que hay tras los conflictos familiares por lo tanto consideramos atinado que se trabaje desde la interdisciplina para la dilucidación y solución de los problemas que motivan la intervención del tribunal, precisamente para que no desborde a las partes adultas y se termine afectando a los hijos. Es cierto que, mediante la cooperación terapéutica, tendremos la posibilidad de reducir la agresión circulante y –como se dijo dar paso a la palabra y a la escucha (Fernández Larravide, Servicio de asistencia sicológica a los juzgados de familia, LL, Actualidad, 14/7/11, p.1.).

Sabido es que el Código Procesal Civil y Comercial consagra la regla mencionada en el art. 34 inc. 4 que impone a los jueces el deber de respetar en el pronunciamiento de sus sentencias definitivas o interlocutorias "el principio de congruencia" y, en el art. 163 inc. 6°). Dichas normas prohíben a los jueces por consiguiente otorgar algo que no haya sido pedido (extrapetita) o más de lo pedido (ultra petita). Tal limitación además reviste en nuestro ordenamiento jurídico jerarquía constitucional habiéndose declarado reiteradamente la Corte Suprema de Justicia que afectan las garantías reconocidas por los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional los pronunciamientos judiciales que desconocen o acuerdan derechos que no han sido objeto de litigio entre las partes.

Ahora bien, corresponde señalar que existen excepciones al principio de congruencia, en las que el juez puede flexibilizar la congruencia cuando ello sea menester a los fines de la tutela efectiva, en tanto no resulte afectado el derecho de defensa ("Postulación y Flexibilidad de la Congruencia"; revista Iberoamericana de Derecho Procesal; año IV N° 6-2004 Pág. 45). Así, en las causas de familia cuando intervienen niños o adolescentes dado que estamos ante materias indisponibles –en tanto-, no se afecte el derecho de defensa de las partes intervinientes, tal como acontece en autos.

Obsérvese que en el sub lite, los progenitores no han debatido acerca del modo o manera que determinarían la titularidad y ejercicio de la Responsabilidad Parental, ni el régimen de comunicación, si la modalidad del cuidado personal será "compartido" o "indistinta", siendo que han dejado de convivir desde hace mucho tiempo ("…mayo de 2011, fecha en la cual decidimos separarnos", cfr. demanda de alimentos), y como adelantara, no se comprueba que las niñas no se encuentran expuestas a riesgos de sufrir daños por el cambio de residencia, el que a tenor de lo que manifiestan, es todo lo contrario, quedando así vacío de contenido, hasta aquí, la pretensión de obtener un comportamiento contrario.

En definitiva, sólo en la medida de la obligación de comunicación previa asumida podrá evaluarse la inconducta de la madre y sus efectos, más en modo alguno como un incumplimiento del que se derive exigible por vías compulsivas de tener que cumplir con la restitución de las niñas a esta ciudad, como derecho que titularice el padre que nunca demandó por cuidados parentales bajo alguna modalidad que lo legitime a obtener un pronunciamiento como el recurrido; y máxime si su concreción implicaría desatender aquellos aspectos que se han evidenciado concretamente la mayor satisfacción del interés superior de aquella.

VI.- Por las razones expuestas y normativa citada, corresponde hacer lugar al recurso de apelación deducido por la progenitora, y revocarse el pronunciamiento de grado.

Las costas se impondrán en el orden causado, atendiendo que el progenitor pudo interpretar que tenia expedita esta vía a los fines del cumplimiento del compromiso asumido por la madre (art. 68,2da parte y 69 del CPyC).

La Dra. Patricia Clerici dijo:

I.- He de disentir con la solución propiciada por el señor Vocal preopinante.

Al fallar la causa "D.A. c/ T.D.A. M.F." (expte. n° 41.394/2009, Sala II P.I. 2011-III, n° 245) señalé que: "Conforme los nuevos paradigmas y directivas de la legislación internacional a la que ha adherido nuestro país, la persona menor de edad es un sujeto pleno de derechos y no un objeto de protección, y ello no solamente vale para el juez, sino que principalmente tiene que ser entendido por los padres: sus hijos son personas y sujetos de derechos. La Corte Suprema de Justicia de la Nación –voto del Dr. Maqueda- ha determinado que la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquél interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos, e incluso, el de los propios padres (autos "S., C.", sentencia del 2/8/2005, Fallos 328:2870).

"En el mismo fallo, el más Alto Tribunal de la Nación destacó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el interés superior del niño como principio regulador, siendo obligación del Estado adoptar esta pauta de interpretación –en las diversas esferas en las que le corresponde actuar- desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En palabras de la Dra. Argibay: "...cuando hay un menor de edad cuyos derechos pueden verse afectados, el juez debe decidir teniendo en cuenta su mejor interés, opinión que puede o no coincidir con la de los adultos que intervienen en el pleito...".

Luego, y al igual que sucediera en el precedente citado, las niñas de autos han nacido en la ciudad de Neuquén (fs. 1/2 del expte. 69.684/2015, que corre agregado por cuerda), y esta ciudad ha sido su centro de vida desde ese momento y hasta el día que su madre decidiera, unilateralmente, su traslado a la localidad de Berisso, a principios del año 2016, cuando ellas contaban con nueve y siete años de edad.

Por otra parte, anoticiado el progenitor de la posibilidad de que su ex cónyuge mudara su domicilio junto con las hijas, solicitó una medida cautelar y se arribó a un acuerdo de partes, en el cual expresamente consta que la progenitora "asume el compromiso de no mudar el domicilio de las niñas sin previa coordinación fehaciente al efecto con el progenitor, y que para el caso de que ello no fuera posible ocurrirá judicialmente a peticionar al efecto" (acta de fecha 12 de junio de 2015, obrante a fs. 1 de este incidente).

No obstante el compromiso asumido, el que fue homologado con fuerza de sentencia, la demandada, sin coordinación con el padre de las niñas y, menos aún, autorización judicial, se mudó, junto con las hijas, a la localidad de Berisso, aproximadamente siete meses después de celebrado el acuerdo de partes.

En estos términos entiendo que la medida decidida por la a quo se ajusta a derecho y respeta, por sobre todo, el interés superior de las niñas de autos.

II.- Tal como lo puse de manifiesto en el precedente ya citado, la conducta de la madre se encuentra reñida con la buena fe –además de importar principalmente una violación palmaria de un acuerdo homologado judicialmente-, ya que acudió a vías de hecho inadmisibles en el marco del derecho y del debido proceso.

Y si bien podría admitirse el traslado inconsulto de las niñas si existiera para ellas en la ciudad de Neuquén algún riesgo, tanto para sus vidas como para su salud psicofísica, o si el interés superior de aquellas aconsejara alejarlas del lugar de residencia habitual; estos extremos no han sido acreditados en autos.

En el mismo acuerdo incumplido hoy por la demandada, las partes acordaron el importe de la cuota alimentaria, el que incluyó el pago del 50% de la matrícula del colegio al que venían concurriendo las personas menores de edad, habiéndose pactado también que el traslado hacia y desde la escuela era asumido por el progenitor.

Comprendo que la madre pueda tener problemas para asistir económicamente a sus hijas en la proporción a su cargo, y conozco las dificultades para la locación de inmuebles en la ciudad de Neuquén, pero surge de fs. 26/57 del expediente que corre agregado por cuerda que el progenitor ha colaborado en la manutención de las niñas, asumiendo, incluso, el pago del alquiler de la vivienda donde ellas vivían con la mamá.

Es cierto que esa situación puede haber variado, pero ello debió ser planteado oportunamente ante la jueza de la causa, y con carácter previo a llevar a sus hijas a vivir a aproximadamente 1.200 kilómetros de distancia de la ciudad donde nacieron y vivieron hasta la mudanza.

Los dichos de las niñas ante la jueza de grado (acta de fs. 37), si bien satisface su derecho a ser oídas, y, en principio, manifiestan estar conformes con su nuevo lugar de residencia, aparecen, en otros aspectos, influenciados por personas mayores de edad, compartiendo la opinión de la recurrente en orden a que el esquema del régimen de contacto con su padre que proponen en la audiencia, se ajusta más a los deseos de la madre que a los de las menores de edad. Asimismo, cabe tener presente que la magistratura no se encuentra obligada a obedecer los deseos de los niños, sino que su resolución debe respetar su interés superior que puede no coincidir con lo que quieran los menores de edad.

En definitiva, no se puede agregar al trauma de la separación de los padres, el alejamiento de su lugar de residencia habitual y

centro de vida, con debilitamiento de la comunicación con su progenitor y contra la voluntad de éste.

Consecuentemente, entiendo que debe confirmarse la resolución adoptada por la jueza de grado, disponiendo el reintegro de las niñas J. y V. a la ciudad de Neuquén, debiendo convivir con la madre si es que ella decide también mudarse a esta ciudad y, en caso contrario, convivir con su progenitor; en ambos casos hasta tanto se resuelva judicialmente el régimen de cuidados personales y de comunicación con sus padres.

Asimismo, teniendo en cuenta la época del año en la que nos encontramos con relación al ciclo lectivo, el traslado de las niñas a la ciudad de Neuquén deberá efectivizarse el primer día hábil correspondiente al receso escolar de invierno para la provincia de Buenos Aires, debiendo acreditar el padre que las menores cuentan con lugar en un establecimiento escolar de esta ciudad.

Las costas por la actuación ante la Alzada se imponen a la demandada perdidosa (art. 69 C.P.C.C.), difiriendo la regulación de los honorarios profesionales para cuando se cuente con base a tal fin.

Existiendo disidencia en los votos que anteceden, se integra Sala con el Dr. Federico Gigena Basombrío, quien manifiesta: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto de la Dra. Clerici, adhiero al mismo.

Por todo ello, la SALA III POR MAYORIA,

RESUELVE:

1.- Confirmar la resolución dictada a fs.49/50, disponiendo el reintegro de las niñas J. y V. a la ciudad de Neuquén, debiendo convivir con la madre si es que ella decide también mudarse a esta ciudad y, en caso contrario, convivir con su progenitor; en ambos casos hasta tanto se resuelva judicialmente el régimen de cuidados personales y de comunicación con sus padres.

2.- Disponer que el traslado de las niñas a la ciudad de Neuquén deberá efectivizarse el primer día hábil correspondiente al receso escolar de invierno para la provincia de Buenos Aires, debiendo acreditar el padre que las menores cuentan con lugar en un establecimiento escolar de esta ciudad.

3.- Imponer las costas de Alzada a la demandada perdidosa (art. 69 C.P.C.C.).

4.- Diferir la regulación de honorarios para cuando se cuente con base a tal fin.

5.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dra. Patricia Clerici - Dr. Marcelo Juan Medori - Dr. Federico Gigena Basombrio

Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA

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

"DE OLIVEIRA MARIO ADOLFO S/ HOMICIDIO CULPOSO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 15151/2014) – Sentencia: 03/17 - Fecha: 09/02/2017

DERECHO PROCESAL. DERECHO PENAL. HOMICIDIO CULPOSO

1.- La prueba testimonial producida en juicio, proyecta a que, aún en la hipótesis que la víctima se hubiera conducido también él en forma antirreglamentaria, De Oliveira deba ser declarado penalmente responsable pues obró con claro conocimiento de la norma transgredida, colocando el vehículo en un lugar que no debió estar y como consecuencia directa de ello provocó la colisión. Su violación al deber objetivo de cuidado señalado, contenido en la norma consignada supra de la Ley Nacional de Tránsito, resultó esencial para producir el resultado muerte. (Del voto del Dr. RIMARO).

2.- Existe la posibilidad que el exceso de velocidad de la victima obedeciera a la especulación que no lo tomara el amarillo o rojo del semáforo en ruta, pero más allá de ello, que no deja de ser una especulación, resulta absolutamente claro, no queda margen para la duda, que esa transgresión reglamentaria (conducir a una velocidad mínima de 82 km/h en el sector) no ha

sido la causa determinante del resultado muerte, como no lo fue la ingesta alcohólica (prohibida reglamentariamente) de De Oliveira, sino el no atender éste a la prohibición de avance que significaba la flecha en rojo del semáforo que debía respetar. (Del voto del Dr. RIMARO).

3.- Aumentar la pena de prisión por una circunstancia contenida en el tipo penal aplicado es inadmisible, porque el argumento reconduce ya a un presupuesto aumentativo de la pena previsto por el legislador nacional. En efecto, cuando objetivamente el hecho materia de condena arroje como resultado más de una víctima fatal o si el hecho hubiese sido ocasionado por la conducción imprudente, negligente, inexperta o antirreglamentaria de un vehículo automotor, el mínimo de la escala punitiva de eventual aplicación se eleva de seis meses a dos años de prisión (art. 84 del C.P.).(Del voto del Dr. RIMARO).

4.- No justifica aumentarse un año de pena privativa de libertad (de dos a tres) por la mera mención de la corta edad de una de las víctimas a lo que se aduna tan sólo la mención de "extensión del daño", cuando tal lamentable circunstancia resulta más propia de ser mensurada en el ámbito civil en el marco del reclamo que seguramente se ha gestado. (Del voto del Dr. RIMARO).

5.- Sobre la pena de inhabilitación es tal la orfandad de razones que no puede menos que tildarse de arbitraria la imposición de un guarismo que supere el mínimo legal. Por otra parte, asiste razón a la Sra. Defensora en un doble sentido. En primer lugar, porque el esfuerzo de los representantes de las acusadoras en audiencia de impugnación para suplir la ausencia de fundamentación no puede surtir efecto; lo que no se expresó en la sentencia no puede ser remediado con alegaciones en la audiencia del art. 245 del C.P.P.N. La omisión incurrida por el juzgador no habilita al Tribunal de Impugnación a su corrección al tiempo de emitir este fallo, pues sino la actividad revisora se convertiría en un simple e inaceptable mejoramiento de los fundamentos de la sentencia recurrida (en el caso, para la inhabilitación siquiera se citó algún argumento). Luego, también lleva razón la Defensa porque, tal como surge de la escueta sentencia, la Sra. Defensora actuante en la audiencia de cesura aludió a extremos importantes que no tuvieron mínimo tratamiento (vbgr. en lo atingente a la condición de taxista de De Oliveira, a la afectación que la inhabilitación provoca a su medio de vida, etc.), lo cual torna deficitario también el pronunciamiento por fundamentación omisiva. (del voto del Dr. RIMARO).

6.- Conforme lo ha resuelto la Sala Penal del Tribunal Superior de Justicia en varios precedentes, por ejemplo "Palavecino s/ homicidio…" (Acuerdo 33/2015 del16/10/2015), no corresponde que el Tribunal de Impugnación forme su personal convicción de pruebas que no presenció sino que su tarea consiste en controlar que el Tribunal de juicio haya incorporado la prueba respetando los principios de inmediación, contradicción y oralidad (juicio sobre la prueba); que dicha prueba sea suficiente para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia (juicio sobre la suficiencia de la prueba); y, finalmente, que se hubiere cumplido con el deber de motivación, es decir, que se haya concretado de manera real el fundamento de la convicción del juzgador y que tal convencimiento se base en parámetros lógicos y razonables (juicio sobre la motivación y su razonabilidad). (Del voto del Dr. TRINCHERI).

7.- Habiendo existido un aumento del riesgo permitido por parte de ambos conductores, la fiscalía no logró acreditar fehacientemente cuál de éstos tuvo mayor aptitud para explicar el resultado lesivo y, en segundo lugar, la fiscalía no logró acreditar con certeza si las víctimas cumplieron con las reglas de autocuidado que imponen las normas del tránsito automotor (en el caso de la niña, dichas reglas se hallaban a cargo de los adultos responsables, es decir, sus padres), las cuales tienen capacidad para interrumpir el nexo de causalidad entre el aumento del riesgo y el resultado lesivo. Ello significa que, cuando un hecho se explica mejor con la conducta de la víctima que con la del acusado, es atípico. (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

8.- Tal como se sostuvo en el antecedente "García" (Sentencia 139/2016, Tribunal de Impugnación, 26/12/16) mediante voto del Dr. Zvilling, suscripto por la dicente) "La atribución penal se encuentra sometida a criterios jurídicos, y no naturales. La relación de causalidad es una vinculación empírica, pero nada nos dice en el plano jurídico, por lo que es necesario recurrir a las "correcciones" de la causalidad, para determinar cuándo una conducta es atribuible a una persona. Lo cierto es que ya desde la teoría de la imputación objetiva (…), para que se configure la tipicidad penal es necesaria la "creación de un riesgo jurídicamente desaprobado", o bien una conducta negligente o violatoria del "deber de cuidado", y la "realización del riesgo en el resultado" -o la relación de determinación entre la acción negligente y el resultado-". (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

9.- En cuanto al aumento del riesgo permitido por parte de los conductores, no se encuentra controvertido que la víctima al momento del impacto venía a 82,42 km/h (de mínimo) por lo cual aumentó el riesgo permitido en la conducción vehicular sobre la arteria donde se produjo el hecho en la cual la máxima permitida era de 60km. A partir de una simple operación matemática se puede calcular que el desplazamiento de la víctima como consecuencia de los 22 kilómetros de exceso (mínimo) alcanza a los 6,11 metros de desplazamiento por segundo. Esta sola circunstancia modifica la plataforma fáctica del suceso. No sabemos qué hubiese sucedido si la víctima se hubiese desplazado a la velocidad máxima permitida. Lógicamente hubiese tenido mayor maniobrabilidad y consecuente capacidad de evitación del resultado, ya sea para detener la marcha como para esquivar al taxi que se hallaba ingresando al carril norte de la multitrocha. Tampoco habría alcanzado el punto de impacto tal como se produjo el hecho (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

10.- La sentencia refiere el principio de confianza, por el cual se espera de los conductores que respeten las señales de tránsito, pero también, que esperen que los vehículos terminen de realizar la maniobra que han iniciado, aun cuando el semáforo les abra el paso. En este sentido, si fuese cierto que De Oliveira inicio el giro en verde y al acceder a la multitrocha viró al rojo (por cuanto los Semáforos de giro no pasan por el amarillo como sucede con los semáforos en línea recta), lógico resulta que –de ser como lo indica el testigo Lagos- San Martin debía permitir que De Oliveira concluyese su maniobra (salvo que por su propia imprudencia –exceso de velocidad- se viese impedido de hacerlo). (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

11.- Las circunstancias alegadas por la defensa tienen que ver con la tipicidad de la conducta endilgada a De Oliveira. Con lo cual es carga de la parte acusadora acreditar las circunstancias objetivas en las que circulaban los pasajeros de la Eco-Sport, como condición de imputabilidad del resultado lesivo, ya que –sin perjuicio del aumento del riesgo permitido por parte de ambos conductores (San Martin y De Oliveira), la conducta de las víctimas (en el caso de la niña, a cargo de ambos progenitores), tiene la capacidad de interrumpir el nexo causal con el resultado lesivo. (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

12.- La sentencia sostiene que no se logró acreditar siquiera si la silla infantil se hallaba o no en el vehículo (y nada dice respecto del cinturón de seguridad de la señora Painevil, otra de las víctimas). Pero estas circunstancias son justamente las que debe probar la Fiscalía para acreditar que el nexo causal no fue interrumpido por la propia conducta de las víctimas. (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

13.- El escudo protector del Estado en caso de perjuicio, operaría si, y sólo si, los individuos actuaran conforme a las condiciones impuestas por la ley. El Estado obliga a los conductores y pasajeros de un vehículo a adoptar medidas de autoprotección bajo amenaza de multa. Conforme a este criterio, la ley atribuye a quien incumple la norma las lesiones que han sido consecuencia de su propio incumplimiento. Las infracciones de terceros causales de un daño no se proyectan sobre aquellos perjuicios que la ley ha puesto a cargo de la propia víctima. Todo conductor tiene derecho a que las consecuencias que se carguen a su cuenta no incluyan aquellas que el Estado puso a cargo de la potencial víctima. (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

14.- Hay otra circunstancia que refuerza el cuadro de duda respecto a la imputación del resultado. La Fiscalía solicitó la aplicación del criterio de oportunidad previsto por el art. 106 inciso tercero respecto de San Martin (víctima). No cabe duda alguna que dichos criterios sólo pueden ser aplicados una vez superado el tamiz de la responsabilidad penal del “beneficiario”. Lo que implica en el caso que nos ocupa, que la fiscalía tuvo evidencia suficiente para imputar objetivamente a San Martin el resultado lesivo (muerte de su señora e hija). Esa circunstancia debió ser debidamente ponderada en el debate, ya que resulta contradictorio que ambas conductas (la de San Martin y la de De Oliveira) a juicio del titular de la acción pública pudiesen explicar simultáneamente el resultado con idéntico alcance (Del voto en disidencia de la Dra. MARTINI).

Ver texto completo:

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

"A. M. R. S/ ROBO CALIFICADO; ABUSO SEXUAL SIMPLE Y ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL EN GDO. TTVA" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFJU 10909/2014) – Sentencia: 02/17 - Fecha: 03/02/2017

DERECHO PROCESAL. UNIFICACION DE PENAS.

1.- Si bien la negativa a la solicitud de la defensa no fue expresa, surge ínsita de la consideración de la Magistrada del primer voto la cual refirió que aplicaba las reglas del concurso real y a lo que se conoce como sistema composicional, porque entendió que son las instituciones que obedecen a una interpretación a favor del imputado. (En el caso, la defensa entendía que se habían unificado penas y no condenas tal como lo había peticionado y ello perjudicaba al imputado).

2.- La misma norma atributiva de competencia establece que cuando se hubieren dictado dos o más sentencias firmes con violación a dichas reglas corresponderá al juez que haya aplicado la pena mayor dictar, a pedido de parte, su única sentencia, sin alterar las declaraciones de hechos contenidas en las otras (CSJN: "Curruhuinca", 28/06/1988). (En el caso, la defensa entendía que se habían unificado penas y no condenas tal como lo había peticionado y ello perjudicaba al imputado).

3.- La solución correcta es la aplicada por el tribunal a-quo, vale decir, la del sistema de concurso real y composicional. Para ello, los integrantes del mismo realizaron una completa valoración de las atenuantes y agravantes, estableciendo la dosis de pena en cinco años y nueve meses, muy por debajo de la solicitada por la Fiscalía en ocho años (dos años y tres meses menos) y más cercana a la peticionada por la defensa (18 meses más). (En el caso, la defensa entendía que se habían unificado penas y no condenas tal como lo había peticionado y ello perjudicaba al imputado).

4.- Si bien no se revoco la condicionalidad de las dos penas impuestas, tal vicio no es suficiente para invalidar el decisorio puesto en crisis, en cuanto dicho error u omisión, puede válidamente ser subsanado en esta instancia sin necesidad de declarar la nulidad. Esto no ha significado ninguna mengua en el derecho a defensa en juicio. Tan solo se trata de una omisión de carácter formal, que puede atribuirse a un olvido con escasa significación jurídico-práctica.Tal olvido, omisión o error, no es suficiente ni alcanza para proceder al desguace de la sentencia de unificación de pena, la que goza de entera lozanía y cumple sobradamente con la finalidad y con el interés de todas las partes. (En el caso, la defensa entendía que se habían unificado penas y no condenas tal como lo había peticionado y ello perjudicaba al imputado).

5.- No existen óbices para desde esta instancia asumir competencia positiva y revocar la condicionalidad de las penas dictadas en el marco de los legajos Legajo n° 610 y 16.425, tal como lo hiciera el máximo tribunal chaqueño (TSJ Chaco: "Sánchez", Ac. nº 69, 04/07/2012), con la finalidad de subsanar la inconsistencia menor con la que contaría el fallo discutido, y dejar a salvo cualquier antipatía con lo dejado de hacer. Queda claro entonces que, no le puede significar ningún agravio lo relativo a la falta de revocación de la condicionalidad, pues tras la unificación, el condenado ha perdido toda posibilidad de que la condena sea de ejecución condicional, pues la misma excede con creces los tres años del art. 26 del CP, siendo innecesaria su revocación ya que se trata de una única pena. Mucho menos puede pretender que tales penas (las de ejecución condicional) sean absorbidas por la pena más

grave, en clara afectación del principio de culpabilidad, ya que el imputado se vería beneficiado en la nueva apreciación punitiva con el olvido de las mismas, lo que se ha caracterizado doctrinariamente como un “recurso de revisión impropio”. Estamos ante tres condenas y tres penas, sólo ello amerita un mayor reproche punitivo, es decir, se autoriza una reacción más intensa frente al desprecio normativo demostrado por el enjuiciado.

6.- Las nulidades procesales son de interpretación restrictiva, siendo condición esencial para que puedan declararse que la ley prevea expresamente esa sanción, que quien la pida tenga interés jurídico en la nulidad y además que no la haya consentido expresa o tácitamente. De esta forma resulta indiferente para una eventual declaración de nulidad la naturaleza de ésta, expresa, genérica, virtual o desde otro análisis absoluta o relativa, ya que los principios de conservación y trascendencia, plasmado éste último en la antigua máxima "pas de nullitésansgrief", impiden la aplicación de dicha sanción si el acto atacado logró su finalidad, y si no se verifica un perjuicio que deba ser reparado. La garantía de la defensa en juicio tiene desde antiguo carácter sustancial y por ello exige de parte de quien la invoca, la demostración del concreto perjuicio que pudo inferirle el presunto vicio de procedimiento y de la solución distinta que pudo alcanzarse en el fallo si no hubiese existido ese defecto –del voto del Dr. Tragant –sin negrita en original- (C.N.C.P., Sala III: “Palacios” c. 5015, 22/06/04). En similar sentido también se expidió la misma sala unos años antes (C.N.C.P., Sala III: “Marginales”, c. 1932. r. 545.99.3, 21/10/1999).

Ver texto completo:

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

"CASTILLO GUIDO NICOLAS S/ ROBO CALIFICADO" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 20375/2015) – Sentencia: 05/17 - Fecha: 16/02/2017

DERECHO PROCESAL. VALORACION DE LA PRUEBA.

1.- El señalamiento de una persona imputada en el marco de un juicio, si bien no es lo ideal porque el legislador provincial ha previsto un específico procedimiento para procurar la identificación de una persona post de revestir de la mayor fiabilidad posible al resultado y, sobre todo, de tutelar las garantías individuales, no resulta ser un acto inválido (en esto no existe controversia), sino que su eficacia acreditativa o valor convictivo derivará de su ponderación en el contexto de la prueba colectada. Evidentemente, a priori, en atención al relajamiento en las exigencias procesales para llevar a cabo un reconocimiento enfila de personas, el señalamiento en audiencia posee una eficacia menguada en relación a aquel. Será su incardinación con el resto del material probatorio adquirido la que realzará o no su valor.

2.- Corresponde revocar la sentencia y absolver a Guido Nicolás Castillo del delito de Robo calificado por el uso de arma de fuego que se le endilgara como partícipe primario, ello así toda vez que el pronunciamiento se ha focalizado en una irrazonable ponderación de las piezas probatorias, atribuyéndole a éstas un peso convictivo que, aún en su evaluación conjunta, no resulta suficiente para tamaña derivación (declaración de responsabilidad penal). Es la solución que se impone adoptar ante la ausencia de certeza necesaria para una condena, pues que Guido Castillo haya trasladado en moto al autor del hecho, esperado y vuelto a trasladarlo para facilitarle la huída, no impresiona como la única posibilidad, excluyente de otras. Y, si ello es de tal modo, la duda no ha podido ser absolutamente disipada (en relación a uno de los hechos).

3.- El intercambio fruto de la inmediación y de la oralidad confiere a los magistrados la libertad de apreciación de la prueba a través de la libre convicción en mérito a lo visto y oído en el debate, permitiéndoles extraer conclusiones acerca de la veracidad y firmeza de quienes declaran en tal oportunidad procesal. Pero el ejercicio de esa facultad reconoce un límite, precisamente el de la arbitrariedad, que en el caso se pone de manifiesto cuando se ha dado valor desmesurado a la merituación conjunta, fundamentalmente de dos testigos (V. y M.), con circunstancias indiciarias. En estas condiciones, el esfuerzo de los Sres. jueces que integraron la mayoría para fundamentar sus posturas, como queda dicho no alcanza para declarar la culpabilidad de una persona más allá de toda duda razonable.

4.- El régimen procesal penal vigente en la provincia permite, en el marco de la libertad probatoria, la elección por parte de los magistrados de la prueba que conduzca a edificar la atribución o eximición de responsabilidad. Y esa elección en el caso que nos ocupa, como no puede ser de otra manera, no ha sido fruto de un mero acto discrecional sino de la libre convicción razonada. Los magistrados de la mayoría han entregado razones suficientes para comunicar por qué el acto de señalamiento adquiere supina trascendencia en este tramo al tiempo de determinar definitivamente la situación procesal de Guido Castillo.

Ver texto completo:

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

"**ANTIGUAL CLAUDIO DANIEL; RAMOS CLAUDIO DAVID; STERLI FRANCO MARCOS TOMAS S/ HOMICIDIO SIMPLE AGRAVADO POR EL EMPLEO DE ARMA DE FUEGO"** - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFCU 19173/2015) – Sentencia: 06/17 - Fecha: 17/02/2017

DERECHO PROCESAL. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. DERECHO PENAL.

1.- El art. 237 establece que la sentencia absolutoria podrá impugnarse por el fiscal únicamente por los siguientes motivos: 1) Arbitrariedad de la sentencia y 2) Apreciación absurda de las pruebas recibidas en el juicio. Es decir, la impugnación de la acusación no es "ordinaria" desde que la "revisión amplia" de la sentencia es sólo en favor de los "condenados"

2.- El presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no sólo por la ley, sino también por la hipótesis de la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba o de confutación judicial. Al propio tiempo, para que el juicio no sea apodíctico, sino que se base en el control empírico, es preciso también que las hipótesis acusatorias sean concretamente sometidas a verificación y expuestas a refutación, de forma que resulten convalidadas sólo si resultan apoyadas por pruebas y contrapruebas.

3.- Para poder atribuir la co-autoría, es necesario acreditar, entre otros extremos, la "distribución de tareas", el "dominio funcional del hecho" y el "acuerdo previo". Esto ya indica que, en el plano fáctico, existe un problema ante una evidente mutación del objeto de la acusación. Sólo señalar que en la "participación" el aporte se presta al autor, en tanto que en la co-autoría por dominio funcional, el aporte es al hecho mismo, permite establecer que no es correcto señalar que "hicieron lo mismo", ya que se trata de categorías conceptuales diferentes. Es decir, los hechos, abstractamente considerados por la ley en las formas jurídicas de autoría y participación, en el plano fáctico "no podrían ser lo mismo".

4.- La "congruencia" debe ser tanto fáctica como "jurídica". Y es claro que se viola la congruencia jurídica por las sustanciales diferencias entre la participación y la co-autoría. Para respetar el sistema acusatorio, el legislador decidió que cualquier circunstancia relevante para la decisión del caso debe haber sido previamente objeto de prueba y discusión entre las partes. Y precisamente, una circunstancia muy relevante en muchos casos, como el que nos ocupa, es la congruencia jurídica, ya que coloca en situación de indefensión a los imputados.

5.- Las convenciones probatorias, consisten en acordar "hechos", por lo que sostener –como lo hiciera la defensa- que se convino incorporar el "certificado de defunción", es erróneo. Y aunque parezca lo mismo, ya que es su contenido lo que se incorpora, no lo es. Se trataría de la incorporación de un documento que podría prestarse a interpretaciones diversas. De allí que el código veda esta posibilidad, al establecer el art. 171 in fine que "La partes también podrán solicitar al juez que tenga por acreditados ciertos hechos, que no podrán ser discutidos en el juicio".

6.- El actual sistema procesal, a diferencia del anterior, no contiene la necesidad de la práctica oficiosa del "examen mental obligatorio". En un sistema acusatorio, la teoría del caso pertenece exclusivamente a las partes. Y la fiscalía no tiene por qué disponer de una operación técnica –que ingresa incluso en el ámbito privado del individuo- cuando ni siquiera existen razones o indicios que los justifiquen.

7.- Las normas administrativas y aquellas que regulan la actuación de los cuerpos auxiliares del Poder Judicial tienen la finalidad de generar protocolos de actuación, por ejemplo, para la debida conservación e identificación de evidencias. Pero no se trata de normas procesales que sancionen con nulidad algún apartamiento del procedimiento. Los destinatarios de las normas son sujetos diferentes. Y también sus efectos encaso de incumplimiento.

8.- El art. 148 del C.P.P. dice: "Se establecerá una cadena de custodia que resguardará la identidad, estado y conservación de todos aquellos objetos secuestrados, con el fin de

asegurar los elementos de prueba. Se identificará a todas las personas que hayan tomado contacto con esos elementos, siendo responsables los funcionarios públicos y particulares intervinientes". El sentido de la norma es que se garantice la evidencia. Para ello se establece la cadena de custodia, con la expresa directiva de identificación de todas aquellas personas que hayan tomado contacto con las evidencias. En el caso que nos ocupa, no surgió la posibilidad de que alguna persona, por fuera de la cadena de custodia, haya manipulado las evidencias.

Ver texto completo:

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

"C. M. S/ ABUSO SEXUAL CON ACCESO CARNAL" - Tribunal de Impugnación - (Expte.: MPFNQ 11462/2014) - Sentencia: 09/17 - Fecha: 22/02/2017

DERECHO PROCESAL. AGRAVIOS. DECLARACION DE NULIDAD.

1.- Es habitual que a lo largo de una audiencia de juicio (de responsabilidad o de cesura) se resuelvan innumerables cuestiones planteadas por las partes, y todas ellas -por la propia dinámica del sistema- en forma oral. No es habitual que luego se agreguen los fundamentos y la resolución de dicha incidencias en la sentencia final, salvo que sea útil a los fines descriptivos de lo ocurrió durante el debate. Sin embargo, su inclusión o no en la sentencia de pena no torna nula dicha resolución toda vez que las partes pueden y deben remitirse a los fundamentos sostenidos durante la audiencia citando los registros fílmicos del debate. No existe tal carencia de fundamentos en la resolución adoptada. Estos existen y fueron enunciados en forma oral durante la audiencia y se encuentran registrados en las filmaciones del juicio de cesura. La no reiteración de los mismos en la sentencia escrita, entre los fundamentos en los que se sostiene la pena impuesta, no torna a la sentencia nula en lo absoluto, por tratarse de una decisión adoptada y enunciada en forma oral en el marco de una audiencia oral.

2.- Los agravios que sustentan una apelación deben haber sido introducidos por las partes previamente en el escrito respectivo, pudiendo luego -en la audiencia del artículo 245 del CPP- explayarse respecto de los fundamentos en los que los agravios se sostienen, pero no pueden incorporarse nuevos agravios en forma oral directamente en la audiencia. De aceptarse ello se violaría el principio de igualdad de armas que asiste a todas las otras partes en el proceso, y la expresa letra de la ley la que establece el procedimiento previsto para esta instancia.

3.- El artículo 229 del CPP establece que el Tribunal de Impugnación será competente en relación a los puntos que motivan los agravios. El artículo 242 del CPP dispone que la impugnación se interpondrá por escrito. Y, el artículo 245 establece que la audiencia se celebrará con las partes que comparezcan o sus abogados, quienes debatirán oralmente el

fundamento de los recursos, agregando luego que las partes podrán ampliar la fundamentación o desistir de los motivos de agravio ya invocados. Así, surge evidente que los agravios deben ser incluidos por escrito y en forma anticipada, entregando copias de éstos a las otras partes, pudiendo luego durante la audiencia ahondar en los fundamentos que sustentan esos agravios. Igual de importante resulta remarcar que el Tribunal de Impugnación delimitará su competencia a los agravios presentados por las partes, por lo que cualquier nuevo agravio incluido tardíamente no podrá ser tenido en cuenta.

4.- Aunque el juicio se compone de dos audiencias distintas, es una unidad conceptualmente hablando. Sin embargo, ello no implica desconocer que esas audiencias, aun formando parte de una unidad conceptual, deben presentar los mismos principios de preclusión que rigen todo el proceso. Téngase en cuenta que luego de finalizada la primera parte del juicio el juez debe disponer (o no) la responsabilidad penal del imputado. Lo que se pretende, cuando se solicita que se retrotraiga lo actuado a la audiencia de control de acusación, es que se deje sin efecto una sentencia de responsabilidad sin que medie una declaración de nulidad, único supuesto por el que se puede revocar dicha resolución. Para que procediera la nulidad, debería haberse acreditado la violación de algún derecho del imputado (vrg. el derecho de defensa en juicio), lo que en autos no ocurrió. De allí que no pueda admitirse que se deje sin efecto una declaración de responsabilidad, sin más, como si se tratara de un acto jurídico que puede ser dejado sin efecto por el simple pedido de unas de las partes. No existe una norma procesal que autorice ello. La única manera de revocar una declaración de responsabilidad es mediando una declaración de nulidad, lo que en autos no es factible, por no existir motivos que así lo justifiquen.

Ver texto completo:

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